**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedencia**

En los términos planteados por la parte demandante se abordarán las pretensiones, en tanto se ajustan a las que resultan admisibles de acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, a la acción de controversias contractuales, no obstante, corresponde a la Sala determinar su prosperidad al resolver el fondo del asunto. (…) “Ha de observarse igualmente, que de conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual son susceptibles de control a través de la acción de controversias contractuales. En consonancia la Sala ha considerado que los actos administrativos de carácter contractual son aquellos que i) provienen de la actividad contractual de la entidad responsable; ii) con ocasión y durante la actividad contractual y iii) con efectos directos en la actividad contractual. (…) “Finalmente, en asuntos similares al sometido al conocimiento en esta oportunidad, la Subsección concluyó que la acción procedente para formular las reclamaciones que presenta el demandante es la de controversias contractuales, en tanto el acto administrativo acusado se relacionaría con los contratos de administración de recursos de régimen subsidiado celebrados por las partes.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Controversias contractuales – Plazo – Liquidación del contrato**

Tratándose de la demanda contra un acto de naturaleza contractual, al seguir 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 y en la citada disposición.

**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO – Régimen aplicable**

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.

**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO – Reglas de funcionamiento**

El (…) 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 ASEGURAMEINTO – Finalidad**

A falta de una definición 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.

**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO –**  **Atípico – Sui Generis**

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.

**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.

**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO – Procedimiento**

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.

**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO – Adjudicación previa convocatoria**

En 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.

**HECHO NOTORIO – Definición**

Es aquel cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión.

**PRUEBAS – Deber del juez**

el decreto oficioso de pruebas es un deber del juez, siempre y cuando: “ (…) (i) a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes”.

**PRUEBAS – Obligación – Aportar y solicitar pruebas**

Son las partes del proceso las primeras obligadas a aportar y solicitar las pruebas necesarias para demostrar sus afirmaciones. En caso de dudas que no se puedan superar con los medios de convicción obrantes en el expediente, surge para el juez administrativo el deber de decretar las pruebas que se requieran para desentrañar esa incertidumbre. Sin embargo, esa potestad de ninguna manera lleva implícita la obligación de suplir —en su totalidad— las cargas probatorias que le corresponden a los extremos de la litis.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 52001-23-31-000-2005-00502-01(33955)**

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

**Demandado: MUNICIPIO DE SAMANIEGO Y OTRO**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas: CONTRATO DE ASEGURAMIENTO - Régimen subsidiado de salud / prórroga automática.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por CAPRECOM en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 16 de febrero de 2007[[1]](#footnote-1), que decidió negar las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

Mediante escrito presentado el 15 de abril de 2005[[2]](#footnote-2), la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM instauró demanda, en ejercicio de la acción contractual, en contra del municipio de Samaniego, Nariño, y el exalcalde del mismo, señor Pedro Dorado Galindo, para lo cual se formularon las siguientes pretensiones (se transcribe literal, incluso con errores):

“*1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No SS - 0154 calendada el 27 de marzo de 2003, suscrita por el Alcalde Municipal de SAMANIEGO, por medio de la cual se adopta la decisión de abstenerse de renovar los contratos interadministrativos para la administración de recursos del régimen subsidiado para 12.630 afiliados; correspondientes a los contratos No. A001 por 12.421 afiliados con vigencia del 01 de abril a 31 de mayo de 2002, Contrato No. J001 por 12.421 afiliados con vigencia 01 de junio de 2002 al 31 de marzo de 2003, Contrato No. 0581 por 1.200 afiliados con vigencia 01 de octubre de 2002 a 31 de marzo de 2003.*

“*2. Que se declare la nulidad del oficio sin número fechado el 8 de abril de 2003 y radicado en las oficinas de Caprecom Regional Nariño el día 16 de abril del mismo año, suscrito por el Alcalde Municipal del municipio de SAMANIEGO, por medio del cual el Ejecutivo Municipal resolvió el recurso de reposición instaurado, confirmando la decisión de abstenerse de renovar los contratos interadministrativos A001, J001 y 0581.*

“*3. 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.*

“*4. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el municipio de SAMANIEGO, incumplió con la obligación de renovar los contratos interadministrativos del Régimen Subsidiado suscritos con CAPRECOM.*

“*5. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al Municipio de SAMANIEGO y al señor PEDRO DORANDO GALINDO como persona natural, al pago de todos los perjuicios causados a mi representado con ocasión del incumplimiento contractual, de la expedición y de la ejecutoria del acto demandando, con el que se decidió de manera 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.*

“*6. 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.*

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

“*8. 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. 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.

**2.2.** El 1° de agosto de 1996, CAPRECOM celebró contrato de aseguramiento con el municipio de Samaniego para atender a personas del 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 Samaniego suscribieron el Contrato No. A001, con cobertura para 12.421 afiliados y vigencia del 1 de abril de 2002 al 31 de mayo de ese mismo año; el Contrato No. J001 para 12.421 afiliados, con vigencia del 1 de junio de 2002 al 31 de marzo de 2003, y el Contrato No. 0581, con cobertura para 1200 afiliados y vigencia del 1 de octubre de 2002 al 31 de marzo de 2003.

**2.4.** El 1° de abril de 2003, se radicó ante la dirección de CAPRECOM Regional Nariño un oficio sin número calendado el 31 de marzo de ese mismo año, firmado por el Secretario de Salud de Samaniego, al que se anexó una copia de la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003, suscrita por el Alcalde de ese municipio, a través de la cual adoptó la decisión de abstenerse de celebrar con CAPRECOM contratos para la administración de recursos del régimen subsidiado.

**2.5.** Indicó la parte demandante que esa decisión adolece de vicios de fondo y de forma, pues no señaló los recursos procedentes en su contra, el plazo para ejercerlos y la autoridad competente para resolverlos. Sostuvo que no se realizó la notificación personal, a pesar de ser un acto administrativo particular y concreto.

**2.6.** Manifestó que a pesar de esas omisiones interpuso recurso de reposición contra la determinación del Alcalde.

**2.7.** El Alcalde de Samaniego resolvió el recurso de reposición de manera desfavorable, según la decisión radicada ante CAPRECOM el 16 de abril de 2003.

**2.8.** Sostuvo CAPRECOM que ese acto administrativo se expidió con falsa motivación, dado que no se anexaron soportes, quejas o informes relacionados con supuestos incumplimientos en el suministro de medicamentos.

**2.9.** Refirió que al momento de renovar los contratos, la Resolución 0326 del 13 de marzo de 2003, expedida por la Superintendencia de Salud, mediante la cual se revocó la autorización a CAPRECOM para administrar los recursos del régimen subsidiado, aún no se encontraba en firme, toda vez que se interpusieron recursos que fueron resueltos en su favor.

**2.10.** De acuerdo con lo que aseveró la demandante, el municipio de Samaniego estaba obligado a renovarle los contratos celebrados para la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 77 de 1997, toda vez que los beneficiarios no habían manifestado su intención de trasladarse a otra administradora.

**2.11.** Finalmente, se expresó en la demanda que los contratos J001 y O581 se prorrogaron automáticamente a partir del 1° de abril de 2003, en la medida en que su fecha de terminación estaba prevista para el 31 de marzo de ese mismo año, pero solo hasta el 1° de abril se radicó en CAPRECOM la comunicación de la decisión ahora acusada, es decir, con posterioridad a la fecha en que se hizo efectiva su renovación[[4]](#footnote-4).

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

La parte actora sostuvo que el acto acusado transgredió lo dispuesto en los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 49, 83, 84, 90, 113, 123, 209, 287, 311, 333, 334 y 365 de la Constitución Política; los artículos 1602, 1603, 1608 y 1609 del Código Civil; los artículos 3, 4, 153, 156, 171, 172 y 216 de la Ley 100 de 1993; los artículos 13, 14 y 15 del Decreto 2357 de 1995; los artículos 12, 13, 14, 16, 29, 30 y 37 del Acuerdo 77 de 1997; los artículos 31 y 36 del Decreto 50 de 2003; el artículo primero del Acuerdo 223 de 2002; el artículo primero del Acuerdo 225 de 2002; los Decretos 574 y 163 de 2003; los Acuerdos 244 y 258 del 2003; el Acuerdo 284 de 2005 y las Circulares 11 y 26 de 2003, expedidas por el Ministerio de la Protección Social.

Concretó los cargos de nulidad de la siguiente manera:

*-* “*Infracción a normas legales*”: la actora manifestó que la decisión arbitraria e ilegal adoptada por la entidad territorial demandada desconoció la normativa que garantiza la continuidad de los servicios previstos dentro del POS para la población afiliada.

*-* “*Desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso*”: CAPRECOM expresó que la decisión acusada no fue notificada en debida forma y los argumentos expuestos en su recurso de reposición no fueron tenidos en cuenta por parte de la Administración; asimismo, agregó que se violó el derecho a la libre escogencia y se incurrió en la prohibición de la afiliación forzosa, al omitir la imparcialidad y objetividad en la selección de la ARS que por ley corresponde a los afiliados y no a las entidades territoriales.

*-* “*Falsa motivación*”: CAPRECOM estimó que las motivaciones de la decisión adoptada por el Alcalde Municipal de Samaniego son precarias, personales, carentes de argumentación jurídica, de presupuestos legales y de apoyo en pruebas siquiera sumarias.

*-* “*Desviación de Poder*”: la accionante afirmó que la decisión del ente territorial demandado no fue notificada en debida forma y se fundamentó en argumentos poco sólidos, incurriendo en una violación del principio de buena fe y de confianza legítima, al adoptar una decisión desmedida e injusta[[5]](#footnote-5).

**4. Trámite de la primera instancia**

La demanda se admitió por el Tribunal *a quo* en auto del 20 de abril de 2005[[6]](#footnote-6) y ordenó notificar al Alcalde de Samaniego, Nariño, mediante comisión dirigida al Juez Promiscuo del Circuito de esa entidad territorial. Se advierte que en ese proveído se omitió pronunciarse sobre la admisión de la demanda en contra del ex alcalde del referido municipio, señor Pedro Dorado Galindo. En todo caso, CAPRECOM guardó silencio sobre ese aspecto.

Notificado el auto admisorio el 1° de diciembre de 2005[[7]](#footnote-7) al señor Harold Wilson Montúfar Andrade, en su calidad de Alcalde del municipio demandado, se fijó en lista el proceso para que se contestara la demanda[[8]](#footnote-8).

Durante el término de traslado el municipio accionado guardó silencio.

**5. Sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Nariño, luego de efectuar un recuento de las pretensiones elevadas y de los hechos relatados en la demanda, señaló que la demandante tenía la obligación de probar que los supuestos sobre los cuales se fundamentaron las decisiones de la administración municipal no eran ciertos.

Sobre el particular, precisó que los motivos en los cuales se sustentó la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003, a través de la cual la entidad territorial demandada decidió no celebrar nuevos contratos de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud con CAPRECOM, se pueden sintetizar así: (i)la expedición de la Resolución 326 del 13 de marzo de 2003, mediante la cual la Superintendencia Nacional de Salud revocó la autorización de la actora para administrar recursos del régimen subsidiado; (ii)la insuficiente contratación con la red prestadora de servicios de salud; (iii) la insatisfacción de los afiliados con el suministro de medicamentos y (iv) la mora en los pagos a la red prestadora de servicios.

Resaltó que al interponer el recurso de reposición en contra de ese acto administrativo, la demandante reconoció las insuficiencias en la contratación de la red prestadora de servicios de salud, así como el inoportuno suministro de medicamentos.

Añadió que la parte actora, a pesar de haber manifestado que la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud mediante la cual se le revocó la autorización para administrar recursos del sistema de seguridad social en salud no se encontraba en firme, no allegó al proceso prueba alguna que acreditara dicha circunstancia.

Expresó que si bien no existe constancia alguna de que los afiliados a CAPRECOM en el municipio demandado hubieran solicitado el cambio de administradora, no resulta menos cierto que el Acuerdo 77 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dispone que cuando la entidad territorial decide no renovar los contratos de administración de recursos del régimen subsidiado, los afiliados deben ser reubicados en otras ARS, situación que fue prevista por la administración municipal de Samaniego en la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003.

Con fundamento en lo expuesto, consideró que la accionante no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados y que a pesar de que la entidad demandada no contestó la demanda, lo que podría tenerse como un indicio en su contra, la parte actora tampoco probó los supuestos de hecho de las normas sobre las cuales estructuró sus pretensiones, de conformidad con lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 168 del Código Contencioso Administrativo.

Por consiguiente, negó las pretensiones de la demanda[[9]](#footnote-9).

**6. Recurso de apelación**

Inconforme con ese pronunciamiento, la parte demandante interpuso recurso de apelación[[10]](#footnote-10) mediante escrito presentado el 1° de marzo de 2007, con fundamento en lo siguiente:

i) El municipio de Samaniego, al no haber contestado la demanda, era acreedor de las sanciones consagradas en los artículos 95 y 249 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales, debía aplicarse un indicio grave en su contra.

ii) Los hechos que motivaron la demanda eran notorios, de conformidad con los artículos 168 y 177 ibídem, por lo que no requerían mayores pruebas para evidenciar que el demandado violó el ordenamiento jurídico.

iii) Reiteró que los actos administrativos acusados desconocieron los Acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003, expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Circular 26 del 31 de marzo de 2003 del Ministerio de la Protección Social y el Decreto 50 de 2003.

iv) La recurrente expresó que la Ley 80 de 1993 obliga a las entidades estatales a contratar interventorías para garantizar la adecuada ejecución de los contratos que celebran e informar a la entidad acerca de las irregularidades que se presentaran durante la ejecución del negocio jurídico; sin embargo, el Alcalde del municipio de Samaniego no allegó soporte o documento alguno emanado del interventor, en los que se hiciera alusión a posibles irregularidades acaecidas durante la ejecución de los contratos en litigio.

v) Agregó que “(…) *nos encontramos frente a un hecho notorio cuando existiendo una normatividad que se predica es de conocimiento de todos los ciudadanos, esta es violada de plano por Actos Administrativos que no cuentan con ningún soporte fáctico ni jurídico como es el caso sub examine. Por lo tanto, insisto, CAPRECOM no estaba obligada a probar lo exigido por la Señora Magistrada*”.

Concluyó que si en criterio del *a quo* existían dudas en relación con la verosimilitud de lo expuesto en la demanda, este debió hacer uso de las facultades previstas en el artículo 169 del C.C.A. y decretar de oficio las pruebas necesarias para fallar de fondo el asunto.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, la accionante solicitó que se revoque la sentencia objeto de apelación y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

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

El recurso de apelación fue admitido a través de auto del 31 de enero de 2008, en el cual, además, se negó la solicitud de pruebas elevada por la parte demandante al momento de sustentarlo[[11]](#footnote-11).

Una vez se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la segunda instancia —auto del 14 de marzo de 2008[[12]](#footnote-12)—, la parte actora presentó sus alegatos de conclusión, en los cuales, básicamente, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación[[13]](#footnote-13).

La entidad territorial demandada y el Ministerio Público guardaron silencio[[14]](#footnote-14).

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal 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 ex 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 $2.946’754.957[[15]](#footnote-15), valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($190’750.000)[[16]](#footnote-16), determinada en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005[[17]](#footnote-17), 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 Samaniego 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[[18]](#footnote-18), en concordancia con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993[[19]](#footnote-19) 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 normativa 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.

En el caso *sub judice* los actos atacados son la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003[[20]](#footnote-20) y el Oficio sin número del 8 de abril de 2003[[21]](#footnote-21), emitidos por el Alcalde del municipio de Samaniego, 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 y segunda solicitan que se decrete la nulidad de la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003 y del Oficio del 8 de abril de ese mismo año, proferidos por el Alcalde de Samaniego*;* la tercera y cuarta pretensión se presentaron como consecuencia de la primera y segunda, 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 *“ilegal”* de no renovar los contratos.

Al revisar los hechos y pretensiones de la demanda, se tiene que CAPRECOM no cuestionó el procedimiento de selección de las Administradoras que la sustituyeron para el período de contratación que cobró vigencia desde el 1° de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004.

Aunque, dentro del acápite denominado “*concepto de la violación*”,la entidad expuso que la ARS que la sustituyó para el período de contratación referido fue seleccionada de forma ilegal, no obstante, en las pretensiones no expuso ninguna encaminada a solicitar la nulidad de los actos que se profirieron dentro de ese proceso de selección, es más, no aportó ni solicitó ningún medio de prueba para demostrar la existencia del proceso precontractual y las circunstancias de una eventual ilegalidad.

De igual manera, en los alegatos de conclusión, tanto de primera como de segunda instancia, y en el recurso de apelación no se hizo ningún comentario sobre el particular.

En razón a que en este proceso la parte actora no se apoyó en los hechos referidos al concurso correspondiente entre las administradoras, sino que se enfocó en las decisiones contenidas en la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003 y en el Oficio sin número del 8 de abril de ese mismo año, ahora atacadas, calificándolas como decisiones arbitrarias que le obstaculizaron su derecho a la renovación de los contratos J001 y 0581 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 a través de la acción contractual.

Desde ese punto de vista, la Sala corrobora que se pretendió atacar un acto de naturaleza contractual, cual fue la decisión de terminación de los contratos celebrados en el año 2002 que se encontraban vigentes para la fecha en que se emitió la resolución demandada que resolvió no renovarlos[[22]](#footnote-22).

Cabe advertir que los contratos objeto de demanda (J 001 y 0581), vencieron el 31 de marzo de 2003, mientras que la Resolución SS 154 del 27 de ese mismo mes y año se comunicó a CAPRECOM el 1° de abril de 2003, es decir, de forma posterior a la terminación de esos negocios jurídicos, circunstancia que, en todo caso, no varía la naturaleza contractual de los actos acusados.

En efecto, para la Sala, la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003 nació a la vida jurídica desde la fecha en que se suscribió, cuestión diferente es que para darle alcance a los principios de publicidad, debido proceso, defensa y contradicción, esta debía darse a conocer a CAPRECOM para que, si a bien lo tenía, ejerciera los recursos procedentes, procedimiento que podía llevarse a cabo como ocurrió en el presente asunto de forma posterior a su expedición, pues así lo establecía el artículo 44 del Decreto 1 de 1984[[23]](#footnote-23).

Asimismo, se considera que independientemente de la fecha de comunicación, el alcance material del acto particular y concreto recayó sobre un contrato vigente para el instante en que este se suscribió.

Precisa la Sala que la Sección Tercera de la Corporación, Subsección B, al estudiar un caso de similares connotaciones[[24]](#footnote-24), explicó que la acción procedente para demandar la legalidad del acto acusado era la de controversias contractuales. Al respecto sostuvo:

“***1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente***

“(...) *1.1.3. Conviene precisar que la parte demandante pretende en primer lugar* ***la nulidad del Decreto 032 del 1º de abril de 2003, proferido por el municipio de Salamina, mediante el cual decidió no renovar los contratos de administración de recursos del régimen subsidiado con la ARS Caprecom****, a su vez declaró la situación de urgencia manifiesta en el municipio para dar continuidad a la prestación del servicio de salud y adoptar las medidas necesarias para conjurar esta situación. Como consecuencia de la nulidad pretende se declare el incumplimiento de la “obligación de renovación” de los contratos aludidos a cargo del municipio de Salamina y se condene al reconocimiento de los perjuicios causados por la expedición del acto administrativo demandado*.

“*En los términos planteados por la parte demandante se abordarán las pretensiones, en tanto se ajustan a las que resultan admisibles de acuerdo con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo[[25]](#footnote-25), a la acción de controversias contractuales, no obstante, corresponde a la Sala determinar su prosperidad al resolver el fondo del asunto*.

“*Ha de observarse igualmente, que de conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993[[26]](#footnote-26) los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual son susceptibles de control a través de la acción de controversias contractuales. En consonancia la Sala ha considerado que los actos administrativos de carácter contractual son aquellos que i) provienen de la actividad contractual de la entidad responsable; ii) con ocasión y durante la actividad contractual y iii) con efectos directos en la actividad contractual*[[27]](#footnote-27).

“*Finalmente, en asuntos similares al sometido al conocimiento en esta oportunidad, la Subsección concluyó que la acción procedente para formular las reclamaciones que presenta el demandante es la de controversias contractuales, en tanto el acto administrativo acusado se relacionaría con los contratos de administración de recursos de régimen subsidiado celebrados por las partes*[[28]](#footnote-28).

“*Contrario a lo manifestado por el Representante del Ministerio Público que conceptuó en primera instancia, el acto administrativo acusado es un acto de carácter particular, en la medida en que afectó de manera concreta la relación jurídico negocial existente entre Caprecom y el Municipio de Salamina. La decisión adoptada por el municipio tiene efectos particulares sobre el contrato*”[[29]](#footnote-29) (se destaca).

De acuerdo con todo lo anterior, tratándose de la demanda contra un acto de naturaleza contractual, al seguir 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[[30]](#footnote-30) 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: como ya se indicó, los contratos J001 y 0581 finalizaron el 31 de marzo de 2003; a dicho término se le agregan los seis meses establecidos para la liquidación (bilateral y unilateral), es decir, hasta el 30 de septiembre de 2003 y de allí se calculan los dos años establecidos en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, hasta el 30 de septiembre de 2005.

En conclusión, como la demanda se presentó el 15 de abril de 2005[[31]](#footnote-31), no se configuró 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[[32]](#footnote-32) 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[[33]](#footnote-33).

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.

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

A falta de una definición 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[[34]](#footnote-34) y una entidad prestadora de servicios “*para administrar los recursos del régimen subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen*”.

De conformidad con 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[[35]](#footnote-35) 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[[36]](#footnote-36), 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[[37]](#footnote-37), 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[[38]](#footnote-38).

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[[39]](#footnote-39) 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 el 1º de abril de 2002[[40]](#footnote-40).

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 244 de 2003[[41]](#footnote-41) 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[[42]](#footnote-42).

Se concluye que en 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 participaron 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.

Sumado a ello, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 50 de 1993, las entidades territoriales podían abstenerse de celebrar nuevos contratos de aseguramiento o de renovar los ya existentes con las correspondientes administradoras del Régimen Subsidiado, en el siguiente período de contratación, cuando:

(i) Hubiesen incurrido en mora superior a 7 días calendario respecto de las cuentas debidamente aceptadas, una vez recibidos oportunamente los recursos correspondientes a la UPC de su población afiliada.

(ii) Si la mora se presentaba en 2 períodos de pago dentro de la misma vigencia contractual y equivalía como mínimo al 5% del pasivo corriente de la ARS, la entidad territorial daría por terminado el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado.

Esa terminación impedía a la ARS contratar con la misma entidad territorial para el siguiente período.

En estos casos, se efectuaría el traslado de la población afiliada, garantizando la continuidad en la afiliación.

**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 en el ámbito 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 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[[43]](#footnote-43) 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*”.

**2.4. La afiliación de los usuarios y el principio de libre escogencia de la administradora del Régimen Subsidiado**

El Acuerdo 77 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definió, entre otras cosas, la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como el procedimiento de afiliación a las Administradoras del Régimen Subsidiado.

De conformidad con esa normativa, el período de afiliación a una Administradora del Régimen Subsidiado era de un año y debía coincidir con el período de contratación que se hacía por ese mismo lapso[[44]](#footnote-44).

Asimismo, estableció que todos los afiliados al régimen subsidiado, como los que llegasen a afiliarse, tenían el derecho de libre elección de ARS[[45]](#footnote-45), y a que en ese régimen “*no se efectuaran procesos de ratificación de la afiliación, en consecuencia, si antes de 90 días de la terminación del período de contratación, el afiliado no manifiesta expresamente su voluntad de cambiar de Administradora, permanecerá en la que ha escogido inicialmente, por otro período de contratación*”.

Ahora bien, el traslado de los afiliados podía efectuarse libremente bajo el siguiente procedimiento[[46]](#footnote-46):

(i) La voluntad de traslado se debía manifestar en cualquier momento, después de 6 meses de iniciado el respectivo período de afiliación y hasta 90 días calendario antes del vencimiento del período.

(ii) Las Administradoras del Régimen Subsidiado debían remitir a la respectiva Alcaldía o Dirección de Salud la información sobre las personas que se afiliaron a su entidad Administradora, a más tardar 60 días calendario antes de iniciarse el período de contratación.

(iii) El traslado de los afiliados se haría efectivo en el momento en que la respectiva entidad territorial suscribiera el contrato con la administradora del Régimen Subsidiado y lo registrara presupuestalmente.

Bajo ese mismo orden, se prohibió la asignación forzosa de beneficiarios del Régimen Subsidiado a una determinada administradora[[47]](#footnote-47).

Entre tanto, cuando la administradora del Régimen Subsidiado cumpliera con los requisitos exigidos en las normas para administrar los subsidios y los afiliados la hubiesen elegido, la entidad territorial debía contratar con ella[[48]](#footnote-48).

De forma consecuente, finalizado cada período de contratación, las entidades territoriales procederían a efectuar la 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 (UPC)[[49]](#footnote-49).

**3. El caso concreto**

En el presente asunto se encuentra probado lo siguiente:

3.1. El municipio de Samaniego suscribió con la EPS CAPRECOM los contratos que a continuación se relacionan:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Número de contrato** | **Fecha de inicio** | **Fecha de terminación** | **Número de afiliados que se debían atender.** |
| A001[[50]](#footnote-50) | 1° de abril de 2002 | 31 de mayo de 2002 | 12421 |
| J001[[51]](#footnote-51) | 1° de junio de 2002 | 31 de marzo de 2003 | 12421 |
| 0581[[52]](#footnote-52) | 1° de octubre de 2002 | 31 de marzo de 2003 | 1200 |

De lo anterior se colige que la controversia gira en torno a los contratos J001 y 0581, pues su terminación ocurrió el 31 de marzo de 2003, fecha a partir de la cual el accionado decidió no renovarlos, mediante los actos administrativos demandados[[53]](#footnote-53).

Bajo esta óptica, al revisar las cláusulas suscritas, se advierte que CAPRECOM EPS adquirió las siguientes obligaciones[[54]](#footnote-54) (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“*TERCERA*.- *(...) 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 (...) y en especial a cumplir las siguientes obligaciones: a) Disponer y mantener un sistema de información que permita obtener datos separados con relación al número de personas afiliadas, con su correspondiente documento de identidad, de conformidad con lo establecido en la Resolución 2390 de 1998 (...) b) Carnetizar a los nuevos afiliados (...) c) Entregar a la red prestadora y al municipio los listados o bases de datos correspondientes, identificando los afiliados en continuidad y los nuevos afiliados (...) e) presentar a EL CONTRATANTE, el reporte de Novedades y el informe de ejecución de las Actividades de promoción y prevención (...) f) Garantizar a los afiliados el sistema de referencia y contrarreferencia para los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (...) g) Cancelar oportunamente las obligaciones que haya contraído con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y demás proveedores* (...)

“*QUINTA.- EL CONTRATISTA (...) deberá contratar en primera instancia los servicios que ofrezca la red pública del municipio. Entiéndase 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* (...)”.

3.2. El 1° de abril de 2003, el Secretario de Salud de Samaniego radicó una comunicación a la Gerente de CAPRECOM, mediante la cual le informó de la decisión unilateral del municipio de no renovar los contratos de administración del régimen subsidiado; a ese escrito anexó copia de la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003, expedida por la administración municipal de Samaniego[[55]](#footnote-55).

En lo pertinente, el Secretario de Salud plasmó lo siguiente (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“(...) *Es de su conocimiento que la EPS CAPRECOM, no tiene una Red de prestación de servicios suficiente para el número de afiliados que hay en nuestro municipio y se presentan en promedio seis Remisiones por día, lo que ha causado traumas en la población que requiere los servicios de segundo, tercer y cuarto nivel de complejidad, por no existir contratación con los Hospitales Departamental, San pedro, Infantil, etc.*

“*Es preocupante que los Hospitales Públicos les hayan cancelado los contratos de Prestación de Servicios por que la EPS CAPRECOM no se encuentra a paz y salvo, con lo cual no están cumpliendo con el Decreto 050 de Enero 13 de 2003 por el cual se obliga a las Administradoras de los Recursos del Régimen Subsidiado mayor agilidad en el pago a la Red prestadora de servicios y así perjudicando a los afiliados”.*

3.3. A través de la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003, el Alcalde de Samaniego dispuso no renovar el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado con CAPRECOM para 12.630 afiliados; asimismo, distribuir equitativamente los afiliados entre las ARS y EPS que cumplieran los requisitos de ley[[56]](#footnote-56).

Las consideraciones de ese acto administrativo fueron las siguientes (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“1. Que según Resolución No. 0326 de Marzo 13 de 2003, emanada por la Superintendencia Nacional de Salud, se Revoca la Autorización a la EPS CAPRECOM para Administrar los recursos del Régimen Subsidiado.

“2. Que el señor Presidente de la República, Dr. ALVARO URIBE VELEZ, informó al País, que la EPS CAPRECOM, está en proceso de liquidación.

“3. Que la EPS CAPRECOM, no tiene la suficiente contratación con la Red de Servicios de Salud para garantizar la atención a los afiliados, lo cual entorpece el Sistema de Referencia y Contrareferencia a los afiliados del Municipio de Samaniego.

“4. Que los afiliados a la EPS CAPRECOM, presentan insatisfacción con el Suministro de Medicamentos, servicios contratados con particulares ‘Distribuidora Elite’.

“5.Que la EPS CAPRECOM, presenta morosidad e incumplimiento en los acuerdos de pago con la Red Prestadora de Servicios y en especial con la Empresa Social del Estado Hospital Lorencita Villegas de Santos del Municipio de Samaniego, violando claramente el artículo 36 del Decreto 050 de Enero 13 de 2003”.

3.4. En contra de la decisión referida, el 3 de abril de 2003, la directora territorial de CAPRECOM interpuso recurso de reposición, en el que manifestó que si bien en la Resolución 326 del 13 de marzo de 2003 la Superintendencia Nacional de Salud había revocado la autorización de CAPRECOM para administrar los recursos del régimen contributivo y subsidiado del sistema de seguridad social en salud, no podía perderse de vista que ese acto no estaba en firme porque había sido objeto del recurso de reposición.

Adicionalmente, expuso que en aras de asumir la obligación de suministrar medicamentos contrató con la empresa “*Elite Pharmaceutica*”, la cual había presentado dificultades ajenas a la voluntad de CAPRECOM; indicó que, sin embargo, adoptó las medidas correctivas en pro de evitar hechos reincidentes e insatisfactorios.

Para culminar, sostuvo que el artículo 36 del Decreto 50 de 2003 no podía servir de referente para no renovar los contratos[[57]](#footnote-57).

3.5. El 8 de abril de 2003, el Alcalde del municipio de Samaniego, mediante Oficio sin número, radicado en CAPRECOM el 16 de abril de 2003, dio contestación al recurso de reposición y resolvió confirmar “*en todas sus partes*” la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003[[58]](#footnote-58). Al respecto señaló (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“Si bien es cierto que la Resolución No. 0326 de marzo 13 de 2003, aún no se encuentra en firme pues ha sido objeto de recurso de reposición, sí es cierto que esto ha creado una incertidumbre en la comunidad y en los diferentes estamentos gubernamentales sobre la continuidad de la E.P.S. CAPRECOM; incertidumbre que esta entidad territorial ha decidido solucionarla no renovando la contratación, en aras de garantizar la permanencia de los afiliados en el Sistema de Seguridad Social en Salud ya que es deber de las autoridades, en este caso del Alcalde Municipal, velar por la protección de los derechos de la comunidad máxime aún cuando se trata del derecho a la salud que está implícito en el derecho a la vida consagrado en nuestra Constitución Política de Colombia.

“(...) Respecto a la manifestación de que pese a algunas dificultades CAPRECOM ha encaminado sus actuaciones a garantizar la adecuada atención médica en todos los niveles de complejidad, esto es absolutamente falso pues en muchas ocasiones el Hospital Lorencita Villegas de Santos realizó remisiones de pacientes afiliados a CAPRECOM, a los Hospitales Departamental, San Pedro e Infantil y estos se abstuvieron de prestar los servicios requeridos, argumentando que CAPRECOM no tenía contrato y/o convenio para prestar los servicios de segundo y tercer nivel de complejidad en vista de que CAPRECOM emitió una circular donde comunicaba a todos los Hospitales que se abstengan de prestar estos servicios ya que realizaron contrato con la Clínica San Juan de Pasto, situación que generó descontento e insatisfacción a los afiliados por mala calidad de la prestación de los servicios, los cuales debieron garantizar con una Red de prestación de servicios más amplia y suficiente, que albergue todas las necesidades de los usuarios.

“El hecho de que CAPRECOM haya comunicado a través de la circular No. 017 de Diciembre 20 de 2002 a los Hospitales Públicos de abstenerse de prestar estos servicios va en detrimento de la calidad de los servicios, si por Ley las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a contratar el 40% con la Red Pública, el Contratista en cumplimiento del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 9° del Decreto 046 de 2000, debe garantizar la Red de prestación de servicios, 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. Y no limitar la prestación de los servicios como lo decidió CAPRECOM, contratando con una Institución Privada que no tiene la capacidad operativa y resolutiva para atender el número de afiliados que se remiten, si tenemos en cuenta que el Municipio de Samaniego presenta el mayor número de afiliados (13.621) y así mismo demanda mayores servicios de segundo y tercer nivel de complejidad”.

Vistas así las cosas, se tiene que en el presente asunto el Tribunal Administrativo de Nariño, en la primera instancia, negó las pretensiones en razón de que consideró que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

Por su parte, CAPRECOM alegó en el recurso de apelación que debía aplicarse un indicio grave en contra del municipio de Samaniego por no contestar la demanda. Adicionalmente, que los fundamentos del libelo introductorio son notorios, por lo que no resultaba necesario aportar “*mayores*” pruebas. En último lugar, reiteró que al no renovarse los contratos materia de debate se transgredió el Acuerdo 77 de 1997, el Decreto 50 de 2003 y el Acuerdo 244 de 2003.

Así pues, vale recordar que el artículo 137.5 del C.C.A. establece que uno de los requisitos de las demandas radicadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el aporte o la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 168 *ejusdem*, en los procesos contencioso administrativos se aplicarán en materia probatoria, en cuanto resultaran compatibles, las normas del Código de Procedimiento Civil.

En ese orden, el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil dispone que la falta de contestación de la demanda será apreciada por el Juez como un indicio grave en contra del demandado.

Sobre este aspecto en particular, la Sección Tercera de esta Corporación ha referido que no se pueden tener por acreditados los hechos de la demanda tan solo porque no se contestó, pues si bien es cierto que esa circunstancia constituye un indicio en contra de la parte accionada, ello no es plena prueba de su responsabilidad. También aclaró lo siguiente:

“(...) *Si bien el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil establece que la falta de pronunciamiento de la entidad demandada puede ser considerado como un indicio grave en su contra, lo cierto es, que éste indicio,* ***por sí solo, no constituye plena prueba, porque como la norma lo indica se trata de un elemento indiciario que debe ser valorado en conjunto con el material probatorio que obre en el proceso****. No basta la ausencia de defensa de la demandada en un proceso para tener por demostrado el hecho de la administración y la relación de causalidad entre él y el daño cuya indemnización se reclama*” (se destaca)[[59]](#footnote-59).

En consonancia con lo anterior, y de conformidad con los artículos 249 y 250 ibídem, el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes, pero en relación con las demás pruebas del proceso.

Así las cosas, ante la falta de contestación de la demanda por el municipio de Samaniego no pueden darse por probados de forma automática los cargos de nulidad invocados, puesto que, como ya se anotó, esa circunstancia debe valorarse en conjunto con las demás pruebas obrantes en el expediente.

En línea con lo anterior, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil determinó dos reglas en materia probatoria al indicar que:

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

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

Bajo ese contexto, importa precisar que el hecho notorio es aquel cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión[[60]](#footnote-60).

Al aplicar esas prerrogativas al caso concreto, se tiene que los hechos alegados en la demanda no pueden catalogarse como notorios, porque hacían parte de una relación contractual específica que se desenvolvió bajo características y aspectos únicos que solo eran conocidos en detalle por los contratantes.

Por lo antes dicho, la carga de la prueba frente a cada una de las afirmaciones del libelo demandatorio recaía en la parte actora, como la más interesada en sacar avante sus pretensiones.

No puede pasarse por alto que la parte apelante indicó en su recurso que la primera instancia debió decretar de oficio las pruebas necesarias para fallar de fondo el *sub examine*. En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha explicado que el decreto oficioso de pruebas es un deber del juez, siempre y cuando:

“ (…) *(i) a partir de los hechos narrados por las partes* ***y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer****,* ***surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia****; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv)* ***cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia*** *o mala fe de las partes*”[[61]](#footnote-61) (se destaca)*.*

En esa misma decisión, la Corte enfatizó en que el decreto oficioso de pruebas se orienta al:

“(…) *esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos con la finalidad de tener certeza sobre la realidad fáctica del litigio,* ***sin que ello implique, desde luego, que se haga uso de ese poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados en lo atinente a los medios probatorios. Es decir, la prueba de oficio encuentra su razón de ser en la certidumbre del operador jurídico respecto de los hechos que a pesar de estar insinuados a través de otras pruebas, no han ofrecido el grado de convicción requerido***”(se destaca)[[62]](#footnote-62).

De acuerdo con lo reseñado, son las partes del proceso las primeras obligadas a aportar y solicitar las pruebas necesarias para demostrar sus afirmaciones. En caso de dudas que no se puedan superar con los medios de convicción obrantes en el expediente, surge para el juez administrativo el deber de decretar las pruebas que se requieran para desentrañar esa incertidumbre. Sin embargo, esa potestad de ninguna manera lleva implícita la obligación de suplir —en su totalidad— las cargas probatorias que le corresponden a los extremos de la *litis*.

Esa conclusión, adquiere una mayor relevancia cuando las pruebas de los hechos invocados por el demandante se encuentran en su poder, en tanto que su deber mínimo es aportarlas o, en su defecto, ante la imposibilidad de hacerlo, pedir que se oficie por ellas. En el caso en estudio, CAPRECOM no acató ninguna de esas exigencias.

Claro lo anterior, es preciso ahora indicar que no existía una obligación en cabeza del municipio de Samaniego de renovar y/o prorrogar automáticamente los contratos J001 y 0581 de 2002, una vez vencido su plazo de ejecución —31 de marzo de 2003—.

Lo que antecede obedece a que en 2003, los contratos de aseguramiento en el régimen subsidiado de salud debieron adjudicarse mediante el sistema de concurso regulado en el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con el artículo 39 del Acuerdo 244 de 2003. Esta última norma fue enfática al establecer que:

“*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* (...)” (se destaca).

Importa recordar que, de conformidad con el Acuerdo 77 de 1997 (artículos 29 y 36), los municipios debían contratar con las administradoras del régimen subsidiado que cumplieran los requisitos exigidos en la normativa[[63]](#footnote-63). Asimismo, que al finalizar cada período de contratación les correspondía verificar la ejecución del contrato.

De lo anterior emerge que CAPRECOM estaba en el deber de acreditar que para la fecha de terminación de los contratos J001 y 0581 de 2002, es decir, el 31 de marzo de 2003, se encontraba habilitada y cumplía las exigencias necesarias para prestar sus servicios en el municipio accionado; entre tanto, el municipio de Samaniego debía verificar la calidad del servicio prestado por esa entidad así como el cumplimiento de las obligaciones contraídas dentro del periodo de contratación que finalizaba.

Bajo este entendido, CAPRECOM suscribió dentro de los contratos mencionados, entre otras, las siguientes obligaciones: i) garantizar a sus afiliados el servicio de salud; ii) presentar un informe de ejecución de las actividades de promoción y prevención; iii) cumplir oportunamente con los compromisos adquiridos con las instituciones prestadoras de salud y demás proveedores; iv) contar con la red pública de servicios ofrecida en el municipio.

En el plenario no obra prueba alguna que certifique la habilitación de CAPRECOM ni el cumplimiento de cada uno de los compromisos reseñados.

Entre tanto, la verificación que debía efectuar el municipio demandado era apropiada porque el objeto contractual que ejecutaba recaía nada más y nada menos que en la administración de los recursos en salud, la cual, por disposición constitucional, se encuentra catalogada como un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizarse a todas las personas a través de actividades de promoción, protección y recuperación[[64]](#footnote-64).

El punto anterior resulta relevante, pues dentro de las motivaciones expuestas en la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003, hoy demandada, están las siguientes: i) que la Superintendencia Nacional de Salud había revocado la autorización a CAPRECOM para administrar recursos del régimen subsidiado; ii) que CAPRECOM no tenía la suficiente contratación con la red de servicios de salud para garantizar la atención de los afiliados; iii) que sus afiliados presentaban insatisfacción con el suministro de medicamentos y iv) que CAPRECOM estaba en mora en el cumplimiento de los acuerdos de pago con la red de prestación de servicios en contravía del artículo 36 del Decreto 50 de 2013.

Precisamente, uno de los argumentos centrales de la demanda y del recurso de apelación se dirigió a desvirtuar la legalidad de los actos demandados, porque para el momento en que estos se profirieron, no estaba en firme la Resolución 326 del 13 de marzo de 2003, emitida por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual revocó la autorización para que CAPRECOM administrara los recursos del régimen subsidiado.

A ese respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado[[65]](#footnote-65) se ha pronunciado así:

“*Ahora bien, en sede de discusión, debe entenderse que aunque la administración hubiera previsto la falta de firmeza de la Resolución 326 de la Superintendencia de Salud, como ella bien lo manifestó dentro del acta demandada, CAPRECOM no ofrecía garantías frente a la prestación del servicio.*

“*A la sazón, no debe perderse de vista que ante la posible revocatoria del certificado de funcionamiento, la entidad demandada no podía entenderse obligada a suscribir un contrato cuya ejecución, probablemente, no podía garantizar.*

“*Es en aplicación de los criterios de planeación contractual que la administración debe prever las contingencias que dentro de la ejecución del contrato puedan presentarse y adoptar las decisiones que garanticen la prestación del servicio, el interés general y la inversión eficiente de los recursos públicos* (...)”.

Así pues, la incertidumbre en la que se encontraba el municipio de Samaniego ante la revocatoria de la habilitación otorgada a CAPRECOM para administrar los recursos públicos del régimen de subsidiado en salud, de entrada no puede tomarse como una falsa motivación.

Ese argumento se refuerza con las exposiciones que ya se hicieron respecto de los requisitos que la Ley 715 de 2001 y el Decreto 2309 de 2002 establecieron para la habilitación de las entidades administradoras del régimen subsidiado.

En ese sentido, vale recalcar que la habilitación estaba dirigida a verificar y controlar que las administradoras del régimen subsidiado cumplieran 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.

Bajo ese escenario, si la Superintendencia Nacional de Salud había concluido que CAPRECOM no cumplía con esos requisitos básicos y que, por ende, no podía administrar los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud, es entendible que el municipio accionado intentara salvaguardar los intereses de su comunidad, todo ello en atención a los fines de la contratación estatal consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política[[66]](#footnote-66).

En lo que tiene que ver con las motivaciones referentes a la insuficiente red de servicios para la atención de los afiliados y la no oportuna entrega de medicamentos, correspondía a la entidad accionante demostrar que no eran ciertas, y ello es así porque en su poder estaban las pruebas para hacerlo.

Debe ponerse de presente que, en todo caso, esos argumentos no son coherentes con las pruebas allegadas al expediente, dado que dentro del recurso de reposición que CAPRECOM radicó ante el alcalde de Samaniego, el 3 de abril de 2003, reconoció abiertamente la mora que presentaba su contratista *“Elite Pharmacéutica”* con la entrega de medicamentos[[67]](#footnote-67).

En cuanto a las razones orientadas a indicar que el municipio de Samaniego no podía aplicar al artículo 36 del Decreto 50 de 2003, se tiene que son carentes de pruebas; por el contrario, del contenido de esa norma se desprende que la entidad territorial sí tenía la competencia para abstenerse de renovar los contratos de aseguramiento en los siguientes casos i) cuando la ARS hubiese incurrido en mora superior a 7 días calendario respecto de las cuentas debidamente aceptadas y ii) al presentarse mora en 2 períodos de pago dentro de la misma vigencia contractual, equivalente mínimo al 5% del pasivo corriente de la ARS.

Como consecuencia, correspondía a la parte demandante justificar que se encontraba al día en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con su red de prestadores o, en su defecto, debió documentar que el municipio de Samaniego no le había desembolsado los dineros a los que estaba obligado y que por esa circunstancia incurrió en mora[[68]](#footnote-68). Revisado el *sub lite*, resulta palmario que ninguna de esas situaciones fue demostrada.

De otra parte, según la demanda, los actos administrativos atacados están viciados de nulidad porque al no renovarse los contratos se vulneró el principio de libre escogencia de la administradora del régimen subsidiado consagrado en el Acuerdo 77 de 1997.

Pues bien, sobre ese aspecto la Sección Tercera de la Corporación ha indicado en casos similares que ese derecho se predica en cabeza de los usuarios y no de la entidad administradora; por ese motivo, CAPRECOM no está legitimado para invocar ese argumento en su favor. Nótese:

“(...) ***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****.*

“(...) *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***”[[69]](#footnote-69) (se destaca).

CAPRECOM también refirió en la apelación que la interventoría debía vigilar la adecuada ejecución de los contratos para que en caso presentarse irregularidades, estas se pusieran en conocimiento de los contratantes; sobre el particular enfatizó que al proceso no se allegó ningún documento de este tipo, incidencia que a su juicio no fue valorada en la primera instancia.

Sobre este aspecto, se impone insistir en que era un deber de CAPRECOM probar cada una de sus aseveraciones, para este caso, a través de los informes de la interventoría; sin embargo, esos documentos no fueron aportados al plenario y tampoco se solicitaron.

Otra de las causales de nulidad invocadas es la referente a que con la expedición de la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003, a CAPRECOM se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, dado que esa decisión no indicó los recursos que procedían en su contra, el plazo para ejercerlos y la autoridad competente para resolver. Además, porque no se notificó personalmente.

Al revisar el contenido de la Resolución 154, emerge que esas afirmaciones atienden a la realidad. Aunque, se precisa que si bien no se efectuó la notificación personal bajo los parámetros establecidos en el artículo 44 del C.C.A., ese acto administrativo sí fue dado a conocer a CAPRECOM, pues fue radicado en sus dependencias el 1° de abril de 2003[[70]](#footnote-70).

Sumado a lo anterior, en el plenario está acreditado que en contra de la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003, la representante legal de CAPRECOM formuló un recurso de reposición que fue resuelto por el municipio de Samaniego mediante Oficio sin número del 8 de abril de 2003 — hoy objeto de demanda—.

Significa lo anterior que la finalidad perseguida con la notificación personal y la indicación de los recursos precedentes no fue cercenada a CAPRECOM, en la medida en que la entidad conoció el acto que la afectaba y ejerció los recursos en su contra, recibiendo respuesta del ente territorial demandado.

En último lugar, CAPRECOM expuso en la impugnación que anexó como pruebas varias circulares, que a su modo ver no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal *a quo.* En tal sentido, al revisar el contenido de esos documentos se verifica que no aportan mucho al proceso, en vista de que son oficios que se dirigieron por la Superintendencia Nacional de Salud al Alcalde del municipio de Belalcázar, Caldas[[71]](#footnote-71), y por el Ministerio de la Protección Social a la Secretaría de Salud de Santa Marta, Magdalena[[72]](#footnote-72), entidades que no hacen parte de este litigio.

Adicionalmente, la Circular externa número 26 del 31 de marzo de 2004[[73]](#footnote-73) suscrita por el Ministro de la Protección Social, y dirigida a alcaldes y gobernadores, fue expedida con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de demanda —estos acaecieron entre el 27 de marzo de 2003 y el 1 de abril del mismo año[[74]](#footnote-74)—; en todo caso, el referido documento únicamente contenía “*instrucciones para la contratación del régimen subsidiado que inicia el 1° de abril de 2004*”. En consecuencia, esas indicaciones no pueden tenerse como un imperativo categórico de forzoso cumplimiento para el municipio de Samaniego.

Recapitulando, y a modo de conclusión, se impone manifestar que la sentencia objeto del recurso de apelación será confirmada.

**5. vinculación del Alcalde**

La Sala considera pertinente señalar que el señor Pedro Dorado Galindo, exalcalde del municipio de Samaniego, contra quien también se dirigió la demanda como persona natural, podía ser parte en el proceso en calidad de demandado o ser vinculado eventualmente como llamado en garantía, tal como observó la Corte Constitucional en sentencia C-430 de 2000[[75]](#footnote-75), lo cual en todo caso no sucedió en este proceso, ya que si bien es cierto CAPRECOM lo citó dentro de la *litis* como parte demandada, no es lo menos que el libelo no se admitió por la primera instancia en contra del mencionado ciudadano y tampoco se le llamó en garantía.

**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: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 16 de febrero de 2007, por los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

1. Folio 81 a 92 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 42 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 5 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 3 a 5 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 6 a 15 del cuaderno 1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 43 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 54 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 55 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 81 a 92 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 95 a 104 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 115 a 117 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 119 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 120 a 129 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 130 del cuaderno de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 12 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2005 ($381.500 x 500), toda vez que la demanda se presentó el 15 de abril de 2005 y el recurso de apelación se interpuso el 1 de marzo de 2007, en vigencia de las cuantías determinadas en la Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-16)
17. Diario Oficial 45.983. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. “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-19)
20. Por medio de la cual resolvió no renovar el contrato de administración de los recursos del régimen subsidiado en salud con la EPS CAPRECOM. [↑](#footnote-ref-20)
21. Que confirmó la Resolución SS 154 del 27 de marzo de 2003. [↑](#footnote-ref-21)
22. Los contratos no renovados —J001 y 0581 de 2002— según se lee en sus cláusulas número seis se suscribieron hasta el 31 de marzo de 2003; mientras que la Resolución SS 154 se expidió el 27 de marzo de ese mismo año. [↑](#footnote-ref-22)
23. “*ARTÍCULO 44.  Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.*

    *Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.*

    “***Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente****.* ***El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.***

    “*No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.*

    “*Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.*

    “***En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código***” (se destaca). [↑](#footnote-ref-23)
24. El acto administrativo que se demandó y por medio del cual el ente territorial accionado no le prorrogó a CAPRECOM los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado que vencieron el 31 de marzo de 2003, se profirió el 1° de abril de ese mismo año. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cita textual del fallo: “*En virtud de la normativa citada, cualquiera de las partes de un contrato estatal puede pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, se ordene su revisión, se declare su incumplimiento y se condene los perjuicios causados a consecuencia del mismo*”. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cita textual del fallo: “*Dicha norma prescribe: ‘De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. (…) Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo’”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Cita textual del fallo: “*Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 27.718, M.P. Danilo Rojas Betancourth*”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cita textual del fallo: “*Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2016, exp. 34097 C.P. Danilo Rojas Betancourth*”. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente 37026, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-29)
30. Estos contratos se encontraron instrumentados en formatos con membrete del Ministerio de Salud, cuya cláusula décima quinta indicó que la liquidación del contrato se regía por la Ley 80 de 1993 y dispuso que “*en consecuencia* *dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato las partes se obligan a su liquidación*”. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 42 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. 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-32)
33. 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-33)
34. 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-34)
35. 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-35)
36. 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-36)
37. “*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-37)
38. *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-38)
39. 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-39)
40. 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-40)
41. Diario Oficial No. 45.145, de 1 de abril de 2003. [↑](#footnote-ref-41)
42. Acuerdo 244 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-42)
43. *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-43)
44. Artículo 12. [↑](#footnote-ref-44)
45. Artículo 13. [↑](#footnote-ref-45)
46. Artículo 14. [↑](#footnote-ref-46)
47. Artículo 16. [↑](#footnote-ref-47)
48. Artículo 29. [↑](#footnote-ref-48)
49. Artículo 36. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 61 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folio 60 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 62 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-52)
53. Sobre este aspecto debe aclararse que si bien en los hechos y pretensiones de la demanda se alegó que los actos administrativos objeto de reproche habían decidido no renovar los contratos de aseguramiento números A001 del 1° de abril de 2002, J001 del 1° de junio de 2002 y O581 del 1° de octubre de 2002, lo cierto es que solamente los contratos J001 y 0581 culminaron el 1° de marzo de 2003, pues el contrato A 001 finalizó el 31 de mayo de 2002 (Fl. 61 vuelto), es decir, en una fecha muy anterior a la expedición de los actos administrativos objeto de demanda. [↑](#footnote-ref-53)
54. Folios 60 y 62 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-54)
55. Folios 32 a 33 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-55)
56. Folio 34 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-56)
57. Folios 35 a 38 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folios 39 a 41 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de mayo de 2015, exp. 34.927, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-59)
60. Corte Constitucional, auto 035 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Diaz. [↑](#footnote-ref-60)
61. Corte Constitucional, sentencia SU 768 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, reiterada en sentencia T- 339 de 2015. [↑](#footnote-ref-61)
62. Corte Constitucional, sentencia SU 768 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-62)
63. De acuerdo con la normativa estudiada, se pueden extraer los siguientes requisitos: i) que los usuarios optaran por elegirla de forma libre (artículo 15 del Acuerdo 77 de 1997); ii) haber entregado a la alcaldía o dirección local de salud el listado de afiliados (artículo 29 del Acuerdo 77 de 1997); iii) que hubiese presentado trimestralmente un informe ante la Superintendencia Nacional de Salud y ante la dirección local de salud sobre el estado de cartera frente a las Instituciones prestadoras de servicios de salud y proveedores (artículo 34 del Acuerdo 77 de 1997); iv) acreditar el cumplimiento de sus obligaciones frente a los contratos vigentes (artículo 36 del Acuerdo 77 de 1997); v) no estar en mora con su red de prestadores de servicios según lo estipulado en el artículo 36 del Decreto 50 de 2003. [↑](#footnote-ref-63)
64. Constitución Política de Colombia artículo 49. [↑](#footnote-ref-64)
65. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 41325, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-65)
66. “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo* (...)”. [↑](#footnote-ref-66)
67. Folios 35 a 38 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-67)
68. De conformidad con el artículo 36 del Decreto 50 de 2003, para que las entidades territoriales pudieran abstenerse de celebrar y/o renovar los contratos de aseguramiento, era un requisito que las administradoras del régimen subsidiado hubiesen recibido “*oportunamente los recursos correspondientes a las UPC de su población afiliada*”. [↑](#footnote-ref-68)
69. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente 37026, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, que a su vez reiteró la sentencia de la Sección Tercera (Subsección B), del 29 de agosto de 2016, exp. 34097 C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-69)
70. Folio 32 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-70)
71. Folios 24 a 25 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folios 26 a 27 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-72)
73. Folios 28 a 29 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-73)
74. Vale recordar que de conformidad con los hechos probados, son tres los momentos trascendentales en el *sub examine*: el primero ocurrió el 27 de marzo de 2003, con la expedición de la Resolución SS 154, por medio de la cual el municipio de Samaniego decidió no renovar con CAPRECOM los contratos objeto de demanda (J001 y 0581), el segundo sucedió el 31 de marzo de 2003, cuando finalizaron los contratos referidos. Finalmente, el tercero acaeció el 1° de abril de 2003, instante en que la entidad territorial demandada le comunicó a CAPRECOM su decisión de no prorrogar los contratos señalados. [↑](#footnote-ref-74)
75. “*Conforme a las consideraciones precedentes la Corte concluye lo siguiente*:

    “*a)* ***La norma cuestionada 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.*

    “(...)

    “*c) Entiende la Corte, además, que así no se demande al funcionario o agente, el juez administrativo esta facultado para llamarlo en garantía de oficio o a solicitud de la entidad demandada o del ministerio público.*

    “(...)

    “***En síntesis, el funcionario puede ser condenado a repetir siempre que haya sido demandado en un proceso conjuntamente con la entidad pública, o cuando es llamado en garantía en éste, o cuando se le impone la obligación de restituir a la entidad pública lo pagado en proceso separado, según la norma antes transcrita***” (se destaca). [↑](#footnote-ref-75)