**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contrato de aseguramiento - Renovación del contrato - Régimen subsidiario**

Entre 1996 y el 31 de marzo de 2003, la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM- fue la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud –ARS- en el municipio de Victoria (Caldas), en virtud de la celebración periódica de contratos de aseguramiento; sin embargo, mediante oficio 28 del 26 de marzo de 2003, el Municipio informó “la determinación de no renovar los contratos del Régimen Subsidiado por el período comprendido entre el primero (01) de abril y el treinta (30) de septiembre del año en curso”. CAPRECOM alega que tenía derecho a que se le renovaran los contratos y que el alcalde de la Victoria, en el oficio demandado, se lo impidió de manera arbitraria e injusta.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Por activa - Sucesión procesal**

CAPRECOM, hoy liquidada, está legitimada por activa, toda vez que suscribió y ejecutó los contratos de aseguramiento en salud Nros. RS02, RS03, MV05, MV06 y MV07, a los cuales se refiere el oficio Nro. 028 del 26 de marzo de 2003, proferido por el alcalde del municipio de Victoria, objeto de controversia. La sucesión procesal recae en la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR de CAPRECOM, en consecuencia, se le reconocerá como sucesora procesal de CAPRECOM, en la presente sentencia.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Por pasiva - Responsabilidad del estado - Sucesión Procesal**

Si bien, la legitimación del exalcalde del municipio demandado se origina en el artículo 78 del CCA -que establece la posibilidad de que el actor pueda demandar a la entidad, al servidor público o a los dos-, ello debe guardar consonancia con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto a que se debe tener siempre en cuenta que la responsabilidad patrimonial frente a la víctima recae exclusivamente en el Estado, mientras que la del servidor público solo operaría frente a la autoridad estatal.

**COPIAS - Simples - Valoración - Tacha de falsedad - Unificación jurisprudencial**

Es preciso señalar que las copias simples que se acogen como pruebas en el presente proceso, no fueron tachadas por los sujetos procesales y, por tanto, son susceptibles de valoración probatoria, en los términos señalados por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013, en la cual se indicó que serían valorados los documentos aportados por las partes en copia simple, que no hubieran sido tachados de falsos ni controvertidos por ellas. La misma providencia estableció que el referido criterio unificado sería aplicable a todos los procesos contencioso-administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica. (…) La misma providencia estableció que el referido criterio unificado sería aplicable a todos los procesos contencioso-administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica.

**CAPRECOM - Naturaleza jurídica - Empresa industrial y comercial del estado**

Para el efecto, es necesario indicar que la ley 82 de 1912 creó la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-, como establecimiento público, transformada posteriormente a través de la ley 314 de 1996 “Por la cual se reorganiza a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones” en Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Comunicaciones , para operar en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Prestadora de Salud (IPS), en los regímenes contributivo, subsidiado y planes complementarios de salud (PCS) en el régimen contributivo, conforme con lo establecido en la ley 100 de 1993.

**RÉGIMEN SUBSIDIADO - Administración - Contratación - Entidades territoriales - Entidades promotoras de salud**

El régimen jurídico aplicable a los contratos de aseguramiento para la administración del Régimen Subsidiado de Salud, es el derecho privado, sin que por ello estos contratos pierdan su condición de estatales, con las características y requisitos especiales que dicha condición representa, en particular, lo relativo a la aplicación de las normas del procedimiento administrativo (para le época de suscripción de los contratos y expedición del acto cuestionado, el Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA), y la observancia de los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 constitucional.

**CONTRATOS DE ASEGURAMIENTO - Régimen subsidiario - Administración - Régimen jurídico aplicable - Contrato estatal - Derecho privado**

Resulta claro, en concordancia con las normas citadas, que el régimen jurídico aplicable a los contratos de aseguramiento para la administración del Régimen Subsidiado de Salud, es el derecho privado, sin que por ello estos contratos pierdan su condición de estatales, con las características y requisitos especiales que dicha condición representa, en particular, lo relativo a la aplicación de las normas del procedimiento administrativo (para le época de suscripción de los contratos y expedición del acto cuestionado, el Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA), y la observancia de los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 constitucional. Se concluye, los contratos suscritos entre el municipio de Victoria y CAPRECOM son estatales, regidos en su parte sustancial por el derecho privado y en lo procedimental por las normas contenidas en el Decreto 01 de 1984 “Código Contencioso Administrativo”.

**RENOVACIÓN DEL CONTRATO - Mandato legal - Municipio - Función - Entidades promotoras de salud - Libre concurrencia**

En relación con el concepto “Renovación de Contratos”, esta misma Sala la ha considerado como la celebración de un nuevo contrato, referido al mismo objeto, pero bajo unas nuevas condiciones de valor y plazo. (…) Cabe precisar que las partes de un contrato no están obligadas a prorrogar o suscribir un nuevo contrato o contrato adicional, salvo que la ley o el contrato mismo con autorización de aquella, prevean expresamente lo contrario, condición que, como se indicó antes, no se pactó en ninguno de los contratos. (…) El municipio como garante del cumplimiento de los fines de la contratación estatal era el responsable de la correcta ejecución de los contratos de administración del Régimen Subsidiado en salud, con los cuales se busca satisfacer las necesidades básicas y prioritarias de la comunidad en materia de salud; por tanto, considera la Sala que la incertidumbre ante la revocatoria de la habilitación otorgada a CAPRECOM, era título suficiente para la no renovación de los contratos suscritos entre las partes.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 17001-23-31-000-2005-00913-01(38507)**

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

**Demandado: MUNICIPIO DE VICTORIA (CALDAS) Y OTRO**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: CONTRATO DE ASEGURAMIENTO - Régimen subsidiado de salud/ RENOVACIÓN DEL CONTRATO - No está prevista como un derecho de la ARS/ NATURALEZA JURÍDICA DEL OFICIO DEMANDADO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 15 de octubre de 2009, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**SINTESIS DEL CASO**

Entre 1996 y el 31 de marzo de 2003, la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM- fue la Administradora del Régimen Subsidiado de Salud –ARS- en el municipio de Victoria (Caldas), en virtud de la celebración periódica de contratos de aseguramiento; sin embargo, mediante oficio 28 del 26 de marzo de 2003, el Municipio informó *“la determinación de no renovar los contratos del Régimen Subsidiado por el período comprendido entre el primero (01) de abril y el treinta (30) de septiembre del año en curso”.*

CAPRECOM alega que tenía derecho a que se le renovaran los contratos y que el Alcalde de la Victoria, en el oficio demandado, se lo impidió de manera arbitraria e injusta.

**A N T E C E D E N T E S**

1. **La demanda.**

El 28 de marzo de 2005 (fls. 8 - 43), en ejercicio de la acción de controversias contractuales, a través de apoderado judicial, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-, presentó demanda (fls 8 - 43 del cuaderno 1), en contra del municipio de Victoria, Caldas y del señor Felix Germán Uribe García, quien en su condición de alcalde, tomó las decisiones cuestionadas en la demanda y en la cual se formularon las siguientes pretensiones:

*1°. Que se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en el oficio con fecha 26 de marzo de 2003, comunicado el 27 de marzo de 2003, suscrito por el Alcalde Municipal de VICTORIA Caldas, por medio del cual se declaró de manera ilegal la terminación unilateral de los contratos Inter administrativo (Sic) para la administración de recursos del régimen subsidiado No. RS 02 por 55 afiliados con vigencia 01-06-2002 al 31 03 del 2003. Contrato No. RS03 por 1.481 afiliados con vigencia 01-06-del 2002 al 31 de marzo de 2003, Contrato No. MV05 con vigencia del 01-10 del 2002 al 31 03 del 2003, por 83 afiliados, Contrato No MV06 con vigencia 01-10 del 2002 al 31 de marzo de 2003, por 110 afiliados, Contrato MV07 del 01-10 del 2002 al 31 de marzo del 2003, por 46 afiliados.*

*2°. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el Municipio de VICTORIA Caldas, incumplió con la obligación de renovar los contratos interadministrativos del Régimen subsidiado suscritos con CAPRECOM.*

*3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al Municipio de Victoria Caldas, al pago de todos los perjuicios causados a mi representado, con ocasión del incumplimiento contractual, de la expedición y de la ejecutoria del acto demandado, con el que se decidió de manera unilateral e ilegal no renovar los contratos de aseguramiento entre el Municipio y CAPRECOM, incluyendo daño emergente y lucro cesante, así como la corrección monetaria y cualesquiera otros índices de ajustes monetarios de tales sumas.*

*4. 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.*

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

Como fundamento fáctico de las pretensiones, CAPRECOM manifestó que desde abril de 1996, el Municipio de Victoria le autorizó la operación en el Régimen Subsidiado de Salud, fecha desde la cual celebraron los respectivos contratos de aseguramiento.

En el año 2002, las partes suscribieron los siguientes contratos:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Contrato No. | Fecha de Inicio | Fecha de terminación | Cupo de afiliados |
| RS 02 | 01.06.2002 | 31.03.2003 | 55 |
| RS03 | 01.06.2002 | 31.03.2003 | 1481 |
| MV05 | 01.10.2002 | 31.03.2003 | 83 |
| MV06 | 01.10.2002 | 31.03.2003 | 110 |
| MV07 | 01.10.2002 | 31.03.2003 | 46 |

El 27 de marzo de 2003, CAPRECOM conoció el oficio del 26 de marzo de 2003, firmado por el alcalde municipal de Victoria, en el que informó la no renovación de los referidos contratos.

El 1° de abril de 2003, el alcalde de Victoria celebró contratos para la administración del régimen subsidiado en su municipio, con las ARS SOLSALUD y CAFESALUD, con lo cual desconoció a CAPRECOM su derecho a seguir administrando los recursos del régimen subsidiado. .

En resumen, afirmó el actor que el municipio de Victoria actuó de manera arbitraria e injusta privándolo de su derecho a la renovación indefinida de los contratos de administración del Régimen Subsidiado, pues mientras cumpliera con sus obligaciones como contratista, existía la obligación para el ente territorial de renovarlos indefinidamente.

* 1. **Cargos de nulidad**

La parte actora expuso como *“causales de nulidad y/o fundamentos de la acción”*, las siguientes:

1. Infracción a normas legales. Manifestó que el municipio de Victoria, de manera arbitraria e ilegal, expidió el acto que se demanda, inobservando las normas que regulan la materia, las cuales fueron expedidas con el fin de garantizar a la población afiliada la continuidad de los servicios contenidos en el POSS.
2. Desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso. El municipio de Victoria omitió notificar en debida forma el acto administrativo demandado y otorgarle los recursos de ley. Así mismo, violó el derecho de libre escogencia e incurrió en la prohibición de afiliación forzosa regulada en el artículo 16 del Acuerdo 077 de 1997 del CNSSS y en la prohibición señalada en el parágrafo del artículo 17 ibídem, relacionado con la promoción e inducción de la afiliación a una determinada ARS.
3. Falsa motivación. El alcalde del municipio de Victoria motivó su decisión en el supuesto de que la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de funcionamiento otorgado a la entidad como promotora de salud para administrar y operar los regímenes contributivo y subsidiado del sistema general de seguridad social en salud.
4. Desviación de poder. El alcalde del municipio de Victoria, expidió el acto administrativo acusado sin permitir a Caprecom objetarlo, pues sustentó su decisión en argumentos falsos.

En síntesis, señaló que el acto demandado fue expedido con desviación de poder, sin permitir a CAPRECOM objetarlo, desconociendo que toda decisión administrativa debe ser verificada y, de ser el caso, impugnada en la vía gubernativa, además estuvo fundamentado en falacias y supuestos sin verificación.

1. **Trámite de Primera instancia**

Mediante auto del 29 de abril de 2005 (fl. 44 del cuaderno1), notificado por estado del 10 de mayo siguiente, el Tribunal Administrativo de Caldas, ordenó a la parte Actora corregir la demanda, *i)”Aportar documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, conforme al inciso 5° del artículo 139 del C.C.A.”* *ii)”Especificar qué tipo de acción se pretende incoar ante esta corporación, y si es el caso de la acción de controversia contractual, adaptar las pretensiones a las exigencias de la misma”.*

Con escrito del 17 de mayo de 2005 (fl. 45 - 48 del cuaderno 1), el actor allegó al proceso lo solicitado por el Tribunal y adicionó las siguientes pretensiones a la demanda:

*Que se declare la nulidad del contrato de Administración de recursos del Régimen Subsidiado N°MV08, celebrado entre el municipio de Victoria Caldas y SOLSALUD EPS S.A. del 1 de abril de 2003.*

*Que se declare la nulidad del contrato de Administración de recursos del Régimen subsidiado N°MV09 celebrado entre el municipio de Victoria Caldas y CAFÉSALUD EPS S.A. del 01 de abril de 2003.*

*Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al Municipio de Victoria Caldas, al pago de todos los perjuicios causados a CAPRECOM, con ocasión de la firma de los contratos con dichas entidades, sin el lleno de los requisitos y con la no renovación automática que debía realizar con CAPRECOM, incluyendo daño emergente y lucro cesante, así como la corrección monetaria y cualesquier otros índices de ajustes monetarios de tales sumas.*

En auto del 10 de junio de 2005 (fl 57 del cuaderno 1), notificado por estado del 16 de junio de 2005, el Tribunal Administrativo de Caldas consideró, con fundamento en el inciso 3 del artículo 87 del C.C.A., procedente la acción de Controversias Contractuales, en consideración a que la acción estaba dirigida a obtener la nulidad total de los contratos MV 08 celebrado entre el actor y la demandada y MV 09 celebrado entre las ARS Solsalud y Cafesalud. Así mismo, con fundamento en el artículo 83 del C.C.A., vinculó al proceso, en calidad de demandados al municipio de Victoria (Caldas) y a las ARS Solsalud y Café Salud, integrando así el contradictorio.

 En consecuencia, admitió la demanda y ordenó notificar al Ministerio Público y a las partes.

**2.1 El municipio de Victoria**

Contestó oportunamente la demanda (fls 67 a 75 del cuaderno 1), aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones de la misma. Adujo que la decisión del alcalde de no renovar los contratos del régimen subsidiado con la ARS CAPRECOM, a partir del 1 de abril de 2003, se adoptó al amparo de las disposiciones legales que regulan la contratación estatal.

Basó su oposición en un análisis de la aplicación de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, consagradas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993 y en las propias del derecho común, para concluir que los contratos MV08 y MV09, celebrados con SOLSALUD y CAFESALUD respectivamente, fueron suscritos en ejercicio de las facultades legales que le asisten a los alcaldes municipales, con la finalidad de garantizar la cobertura en salud de las personas de menores ingresos del municipio.

En el caso concreto, la finalidad de los nuevos contratos fue buscar alternativas eficientes para la prestación del servicio, dada la grave situación en la que se encontraba CAPRECOM, siendo obligación del alcalde adoptar mecanismos que permitieran garantizar el régimen subsidiado en el municipio, máxime, considerando que la relación contractual que existía entre CAPRECOM y el municipio de Victoria se encontraba totalmente terminada, en razón del vencimiento de los contratos suscritos entre las partes.

La decisión del alcalde, de no renovar los contratos de régimen subsidiado con CAPRECOM, se adoptó mediante oficio comunicado el 26 de marzo de 2003, el cual nunca fue objeto de demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que, en su concepto, el citado acto administrativo goza del principio de legalidad a que alude el artículo 66 del C.C.A., y conforme al cual los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, no existe causa alguna para que pasados más de tres (3) años se enjuicie la legalidad del acto a través de una acción cuya naturaleza no tiene esa finalidad.

Es desacertado demandar la nulidad de un contrato, sin atacar tangencialmente la relación contractual existente entre las partes y sin definir los fundamentos fácticos que dan origen a la supuesta nulidad. No puede ampararse una causal de nulidad con fundamento en un acto administrativo, sin solicitar la nulidad de dicho acto, por cuanto permanecería incólume la decisión administrativa.

Para apoyar su tesis citó la sentencia del Consejo de Estado del 04 de septiembre de 1997, expediente Nro. 10.065 con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, de la que destacó el siguiente aparte: *“. . . Tampoco podría el juez administrativo pronunciarse sobre la nulidad del acto de adjudicación si no ha sido solicitada en forma expresa en la demanda, porque el fallo no puede ser extrapetita y la debida formulación del petitum es un presupuesto material para la sentencia de fondo que hace imposible resolver sobre la petición de la parte actora. La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de devolver a las partes a su estado anterior (L.80/93 art.48). pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.”.*

Según los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, es *“nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”.* En la demanda no se hace pronunciamiento alguno, que evidencie, siquiera tangencialmente, la ausencia de alguno de los requisitos legales de los contratos atacados; por tanto, no existe ninguna circunstancia que permita concluir la nulidad de los contratos.

La parte demandante desconoció todas las acciones adelantadas por el municipio de Victoria una vez se adoptó la decisión de no renovar los contratos de régimen subsidiado con CAPRECOM, las cuales cumplieron con los procedimientos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para los casos de no renovación de contratos con las ARS.

La legitimación para demandar los contratos, como tercero con interés directo, deviene de la condición de proponente. Para el caso concreto, CAPRECOM no tenía legitimación en la causa para demandarlos, por no haber participado en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato, ni haberle sido negada su participación sin justificación legal alguna.

La relación contractual entre CAPRECOM y el municipio de Victoria terminaba el día 31 de marzo de 2003, quedando las partes sin obligación contractual a partir del 1° de abril del referido año.

El artículo 139 del C.C.A. establece los requisitos de la demanda y sus anexos, exigiendo entre otros, que a la demanda debe integrarse una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, así como los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenden hacer valer, pero el demandante omitió las copias de los contratos demandados, las cuales era fácil aportar, por ser de carácter público.

Mal puede hacerse un juicio de legalidad a un contrato sin conocerse su contenido ni las cláusulas que rigen la relación contractual. El hecho de que en ninguno de los apartes de la demanda se debatan las cláusulas convenidas entre las partes, evidencia su plena legalidad y el respeto a las disposiciones legales.

* 1. **Solsalud**

Se opuso a las pretensiones de la demanda (fls 106 a 115 del cuaderno 1), con los siguientes argumentos:

Los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y 44 de la ley 80 de 1993, no permiten determinar que el contrato de Administración de Recursos del Régimen subsidiado, suscrito entre SOLSALUD EPS y el municipio de Victoria estuviera viciado de alguna causal de nulidad, toda vez que la entidad territorial acató las disposiciones legales sobre la materia.

Para la época de celebración del contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de salud con la ARS SOLSALUD, esta se encontraba debidamente inscrita, y autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, para prestar estos servicios y era ajena a cualquier causal de inhabilidad o incompatibilidad, lo cual se acredita con la propia firma del contrato.

En la celebración del contrato de Administración de Recursos del Régimen subsidiado MV08 del 01 de abril de 2003, se observaron las normas legales que regulaban la materia, con el fin de garantizar a los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, la prestación de los servicios contemplados en la ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás normas relacionadas. El contrato de administración de recursos buscaba opciones que permitieran una eficiente prestación del servicio en el régimen subsidiado en el municipio de Victoria, teniendo en cuenta que la relación contractual entre dicho ente municipal y CAPRECOM se encontraba terminada por haberse vencido los contratos suscritos entre las partes.

La decisión del alcalde de no renovar los contratos con CAPRECOM, fue debidamente notificada mediante oficio del 26 de marzo de 2003, el cual no fue demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que ese acto administrativo goza de presunción de legalidad, principio al que alude el artículo 66 del C.C.A., conforme al cual los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Al no haber sido objeto de reproche la medida acogida por el ente territorial, no existe fundamento para que pasado el tiempo se cuestione su legalidad a través de esta acción. Es erróneo solicitar la nulidad de un contrato, sin atacar la relación contractual existente entre las partes y sin definir los fundamentos fácticos que dan origen a la supuesta nulidad; en igual sentido, no puede acogerse una causal de nulidad con fundamento en un acto administrativo, sin solicitar la nulidad de dicho acto, por cuanto ello significaría que la decisión administrativa quedaría indemne.

Propuso excepción de inepta demanda, la cual fundó en la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 139 del C.C.A., en particular que la demanda debe acompañarse de una copia del acto acusado, con la constancia de su publicación, notificación o ejecución, así como los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenden hacer valer.

Indicó que en el proceso no obra copia del contrato de administración de recursos del Régimen Subsidiado suscrito entre Solsalud y el Municipio de Victoria, cuya nulidad se demanda por el actor.

* 1. **Cafésalud**

No contestó la demanda.

* 1. **Traslado y contestación de las excepciones**

En auto del 26 de marzo de 2007 (fl 116 del cuaderno 1), el Tribunal Administrativo de Caldas dio traslado a CAPRECOM, por el término de cinco (5) días, de las excepciones propuestas por SOLSALUD,.

Frente a la excepción de inepta demanda, CAPRECOM manifestó (fls 118 Y 119) los siguientes argumentos:

Los requisitos legales para dar trámite a la demanda, establecidos en el Código Contencioso Administrativo (C.C.A.), deben ser verificados por el despacho de conocimiento y debe ser este quien defina si la demanda cumple o no con los requisitos legales y, en el evento que así no ocurra se debe ordenar la corrección de la demanda. En consecuencia, en el evento que el documento enunciado en la excepción hubiera sido esencial, para el trámite de la demanda, se debió ordenar que el mismo fuera incorporado al expediente.

CAPRECOM, en la demanda inicialmente presentada contra el municipio de Victoria, anexó los documentos con los cuales sustentó los hechos relacionados en la acción contractual, tal como se consignó en el auto admisorio de la demanda. Si falta algún documento relacionado con SOLSALUD, ello se debió a su condición de vinculada, toda vez que inicialmente la demanda fue dirigida contra el municipio de Victoria, únicamente.

La Constitución Política de 1991, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, en relación con los procesos judiciales, privilegió el derecho sustancial sobre las restricciones de trámite o ritual procesal.

En la demanda y en el documento de excepciones se individualizaron en forma clara los actos demandados.

En auto del 18 de octubre de 2007, el Tribunal Administrativo de Caldas corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión. Vencido el término otorgado para el efecto, las partes guardaron silencio. Así consta en el auto del 26 de noviembre de 2007 (fl 134 del cuaderno 1).

1. **La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Caldas, profirió sentencia el 15 de octubre de 2009, (fls. 146 a 171 del cuaderno 3), en la que accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

1. *Declárase no probada la excepción de inepta demanda, formulada por la entidad demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
2. *Declárese la nulidad del oficio Nro. 028 de fecha 26 de marzo de 2003, por el cual el municipio de la Victoria comunica a CAPRECOM E.P.S., la no renovación de los contratos de administración de recursos del régimen subsidiado en ese municipio, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
3. *A título de indemnización, condénase al municipio de la Victoria a reconocer y pagar a CAPRECOM E.P.S. a título de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, el valor que resulte de aplicar la fórmula primera indicada en la parte motiva de esta sentencia, suma que deberá ser actualizada conforme a la fórmula de las matemáticas financieras también indicada en la parte considerativa de este mismo fallo. Las sumas liquidas devengarán intereses comerciales los primeros cuatro (4) meses y moratorios después de este lapso.*
4. *Sin costas por lo brevemente expuesto en la parte considerativa de esta providencia.*
5. *Ejecutoriada esta providencia, liquídese los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.*

El Tribunal Administrativo de Caldas, apoyado en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 12 de junio de 2003, así como en la sentencia C-577 de 1995, el artículo 356 de la Constitución Política de Colombia, las leyes 715 de 2001 y 100 de 1993, y el Acuerdo 31 de 1996, concluyó que no quedaba a la mera liberalidad del ente territorial contratar a una administradora del régimen subsidiado u otra, por cuanto dicha contratación se encontraba estrechamente ligada al proceso de afiliación de los beneficiarios al régimen subsidiado, de tal forma que, estando la Caja demandante habilitada para contratar la administración de los recursos del régimen subsidiado, y habiendo sido escogida por los beneficiarios del régimen, debió ser contratada por el ente territorial por cuanto la misma si cumplía con los requisitos normativos para administrar los subsidios. Sin embargo, el municipio de Victoria no atendió los mandatos, toda vez que el oficio Nro. 028 del 26 de marzo de 2003 no se fundamentó en una causa legal que le permitiera no renovar los contratos del régimen subsidiado con CAPRECOM y, en consecuencia, hay lugar a declarar la nulidad del acto en el que se adoptó esa decisión.

En cuanto al restablecimiento del derecho, el Tribunal ad quo consideró que CAPRECOM no podía pretender que se le diera aplicación en su caso, a lo previsto en el artículo 45 del Acuerdo 244 de 2003, sino al régimen de transición previsto en el artículo 58 del mismo y, en tal sentido, sólo procedía la renovación del contrato por el período comprendido entre el 1° de abril y el 30 de septiembre de 2003, toda vez que la sentencia C-898 del 07 de octubre de 2003, eliminó el derecho preferencial de las ARS en la adjudicación de contratos de aseguramiento, con la única salvedad de que en caso de empate se preferiría a las Empresas Solidarias de Salud (ESS). En consecuencia, concluyó que el lapso a indemnizar a la demandante por concepto de lucro cesante, era el comprendido entre el 1° de abril y el 30 de septiembre de 2003.

1. **El recurso de apelación**

El municipio de Victoria recurrió el fallo de primera instancia (fls. 175 a 181 del cuaderno 3), argumentó que había operado la caducidad respecto de la solicitud de nulidad del oficio 028 de marzo 26 de 2003 y que, además, era improcedente la acción contractual, toda vez que el proceso se debió encausar a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

La legitimación para demandar, como tercero con interés directo, deviene del hecho de que en su condición de proponente, CAPRECOM hubiera participado en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato, pero se le negó su participación, sin justificación legal alguna, situación que no se presentó, por cuanto la decisión del alcalde de no renovar los contratos con CAPRECOM y adjudicar los mismos a otras Cajas no tuvo como presupuesto un proceso precontractual o un acto previo de adjudicación.

Los contratos celebrados entre el municipio de Victoria y CAPRECOM, terminaron por vencimiento de plazo el 31 de marzo de 2003, en consecuencia, las partes se liberaron de cualquier obligación contractual a partir del 01 de abril 2003.

1. **El trámite de la segunda instancia**

En providencia del 07 de mayo de 2010 (fl 202 - cuaderno 3), fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En decisión del 14 de julio de 2010 (fl 204 - cuaderno 3), se negó la solicitud de pruebas formulada por la parte demandada.

En decisión del 25 de octubre de 2010 (fl 207 - cuaderno 3), se corrió traslado del expediente a las partes y al Ministerio Público, para que presentaran sus alegaciones finales y concepto, respectivamente.

En el término otorgado, la demandante presentó su escrito de alegaciones (fls 209 a 218 del cuaderno 3), en el que indicó que conforme con la normatividad vigente para la época de los hechos que originaron la litis, la administración municipal de Victoria no tenía liberalidad de contratar a una u otra administradora del régimen subsidiado, tampoco tenía soporte normativo para no renovar los contratos y trasladar a otras ARS a la población afiliada, por tanto, CAPRECOM tenía el derecho a la renovación automática de los contratos.

No existe prueba en el expediente que demuestre que CAPRECOM estuviera atravesando por una dificultad económica o que la Superintendencia de Salud hubiera ordenado su liquidación.

No se notificó inconformidad alguna durante la ejecución del contrato, por parte del municipio o la interventoría.

El oficio del 26 de marzo de 2003, fue expedido sin observancia del debido proceso, derecho de defensa y con violación de los preceptos normativos aplicables al caso concreto.

Solicita confirmar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas y condenar en costas al municipio de Victoria.

7.5 En escrito del 24 de noviembre de 2010 (fls. 229 a 241), el Ministerio Público consideró que la acción contractual es la vía correcta para ventilar las pretensiones de la demanda; sin embargo, manifestó la imposibilidad de estudiar la legalidad del oficio del 26 de marzo de 2003, toda vez que la parte actora lo aportó al proceso en copia simple, situación que impide apreciarlo como prueba, por carecer del requisito de autenticidad exigido por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, en cuanto a la capacidad procesal de CAPRECOM, apoyado en jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional concluyó que no acreditó un interés directo sobre los contratos MV08 y MV09 y, por tanto, carecía de interés para demandar la nulidad de los mismos.

Solicitó revocar la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio en esta etapa procesal.

**II.- CONSIDERACIONES**

La Sala precisa que, el presente asunto se resolverá aplicando las reglas del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, por cuanto la demanda se interpuso el 28 de marzo de 2005, es decir, en vigencia de dicho código, antes de que entrara a regir la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados bajo el régimen jurídico anterior.

1. **Presupuestos Procesales**
	1. **Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Caldas, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

Por otra parte, el valor de las pretensiones, incluido el capital y los intereses, se estimó por la accionante en la suma de cuatrocientos tres millones de pesos ($403.000.000.000), valor superior a los 500 S.M.L.M.V.($190.750.000[[1]](#footnote-1)) de la fecha de presentación de la demanda, exigidos por el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. y por el artículo 164 de la ley 446 de 1998, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**1.2. Legitimación en la causa**

**1.2.1 Por activa**

CAPRECOM, hoy liquidada, está legitimada por activa, toda vez que suscribió y ejecutó los contratos de aseguramiento en salud Nros. RS02, RS03, MV05, MV06 y MV07, a los cuales se refiere el oficio Nro. 028 del 26 de marzo de 2003, proferido por el alcalde del municipio de Victoria, objeto de controversia.

En el curso del proceso, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de CAPRECOM. En asunto similar al que ahora se examina[[2]](#footnote-2), esta misma Sala indicó:

*Es de advertir que en el curso del proceso, mediante Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 el Gobierno Nacional dispuso la supresión y liquidación de CAPRECOM, razón por la cual se debe dar aplicación al artículo 60, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establece:*

*… Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores del derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran…*

*En el presente caso, la sucesión procesal de la extinta CAPRECOM radica en la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora de su Patrimonio Autónomo de Remanentes - PAR, designación que fue establecida en el artículo 2 del Decreto 2192 de 2016 y, en lo atinente a la gestión y atención de los procesos judiciales, en los que era parte CAPRECOM, fue dispuesta en el numeral 10 del respectivo contrato de fiducia mercantil, obrante en este proceso (folio 807, cuaderno de segunda instancia ).*

*Si bien, mediante auto del 21 de noviembre de 2017 le fue reconocida personería al apoderado judicial de Fiduciaria La Previsora S.A., resulta necesario reconocer a esta sociedad como sucesora procesal de CAPRECOM, lo que será declarado por la Sala en la presente sentencia, a la luz del citado artículo 60, inciso 2 del CPC.*

La sucesión procesal recae en la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR de CAPRECOM, en consecuencia, se le reconocerá como sucesora procesal de CAPRECOM, en la presente sentencia.

En cuanto a la pretensión de nulidad de los contratos MV08 y MV09, suscritos por el municipio de Victoria con Solsalud y Cafesalud respectivamente, solicitada por CAPRECOM en su escrito de corrección de demanda del 17 de mayo de 2005 (fls 45 a 48), basada en que el municipio vulneró a CAPRECOM su derecho a la renovación automática de los contratos RS02, RS03, MV05, MV06 y MV07 y, en consecuencia, que se declare que los posteriores contratos suscritos entre el municipio y SOLSALUD y CAFESALUD son ilegales y se encuentran viciados de nulidad, considera la Sala que la pretensión es improcedente.

Lo manifestado por el actor no permite establecer de manera concreta un enjuiciamiento a los actos previos a los contratos suscritos con SOLSALUD y CAFESALUD, toda vez que no logra demostrar un interés directo y, por tanto, legitimación en la causa para enjuiciarlos. Al respecto, en diversos pronunciamientos de esta Corporación se ha manifestado:

*De esta manera, en principio son los terceros intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato los que tendrán interés directo en que se declare la nulidad del contrato cuando éste se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio y sin embargo la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal. Pero en el primer caso, ese interés directo no nace del solo hecho de haber participado en la licitación; es necesario que el proponente que después decida impugnarla al igual que el contrato que se celebró con ocasión de ella, haya licitado y ofrecido para ejecutar el contrato que en particular cuestiona[[3]](#footnote-3).*

En ese mismo sentido:

*Serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que estima vulnerado*(sic) *por el acto demandado.*

*(…)*

De todo lo anterior concluye la Corporación que *"tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción sigue a aquel, son susceptibles de ser enjuiciados sólo por quien tiene un interés directo en uno y otro, generalmente por el proponente vencido, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales que el legislador ha reconocido al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato."* [[4]](#footnote-4)

Por las razones expuestas, la Sala desestimará las pretensiones del demandante, por falta de legitimación, en relación con la declaratoria de nulidad de los contratos MV08 y MV09 suscritos por el Municipio de Victoria con SOLSALUD Y CAFESALUD respectivamente.

**1.2.2 Por pasiva**

El municipio de Victoria está legitimado en la causa por pasiva, por haber sido la autoridad que expidió el oficio cuestionado 028 del 26 de marzo de 2003.

Respecto al Sr. Félix Germán Uribe García, quien en su calidad de alcalde de la Victoria suscribió el oficio 28 del 26 de marzo de 2003 y que al momento de presentación de la demanda había fallecido; es preciso indicar que, al no ser vinculados al proceso sus herederos o causahabientes, el proceso se adelantó, exclusivamente, en contra del municipio de Victoria.

En este punto, debe advertirse que si bien, la legitimación del exalcalde del municipio demandado se origina en el artículo 78 del CCA –que establece la posibilidad de que el actor pueda demandar a la entidad, al servidor público o a los dos-, ello debe guardar consonancia con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto a que se debe tener siempre en cuenta que la responsabilidad patrimonial frente a la víctima recae exclusivamente en el Estado, mientras que la del servidor público solo operaría frente a la autoridad estatal. Así se desprende del mismo artículo 78 del C.C.A., en cuanto dispone:

*Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere .*

**1.3 La Acción de Controversias contractuales**

Acción ejercida por el demandante para controvertir la decisión consignada en oficio del 26 de marzo de 2003. La misma está prevista en el artículo 87 del C.C.A.[[5]](#footnote-5) y en este caso se ejerció con el fin de que se declare que “*CAPRECOM tenía total derecho a que se le renovara el contrato, lo que el alcalde del Municipio de Victoria impidió de manera arbitraria e injusta ya que con las motivaciones manifestadas tomó de forma arbitraria la decisión”.*

La acción incoada es procedente, teniendo en cuenta que la pretensión principal es que se declare la nulidad del referido oficio y, de manera consecuencial, el incumplimiento contractual por parte del municipio de Victoria.

La acción contractual permite plantear al Juez toda la variedad de situaciones problemáticas que se presentan en el universo de las relaciones contractuales, en las que participan las entidades estatales. Al respecto, esta Sala precisó:

*[L]a acción establecida por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, es una acción instituida para diversos tipos de pretensiones, esto es, que bajo su égida pueden ser planteadas al juez toda la variedad de situaciones problemáticas que pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales de las entidades estatales[[6]](#footnote-6).*

**1.3.1 Oportunidad de la Acción**

El artículo 136, numeral 10 del decreto 01 de 1984 -modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998-, reglamentó el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, disponiendo para el efecto el término de dos (2) años, que se contarán a partir del día siguiente *“a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.*

En el caso concreto que resuelve la Sala, el oficio demandado fue expedido por el municipio de Victoria el 26 de marzo de 2003 y, conocido por CAPRECOM el 27 de marzo siguiente.

En consecuencia, el término de caducidad expiraba el 28 de marzo de 2005, día en que efectivamente fue interpuesta la demanda (fl. 43), por tanto la acción fue ejercida oportunamente.

1. **Valoración de los medios de prueba aportados al proceso**

En este punto, es preciso señalar que las copias simples que se acogen como pruebas en el presente proceso, no fueron tachadas por los sujetos procesales y, por tanto, son susceptibles de valoración probatoria, en los términos señalados por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013, en la cual se indicó que serían valorados los documentos aportados por las partes en copia simple, que no hubieran sido tachados de falsos ni controvertidos por ellas.

Sobre el particular, se precisó:

*En otros términos, a la luz de la Constitución Política, negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).*

*(…).Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.*

La misma providencia estableció que el referido criterio unificado sería aplicable a todos los procesos contencioso administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica.

En consecuencia, siguiendo lo indicado en la referida sentencia de unificación, los documentos que fueron aportados al proceso en copia simple, serán valorados, en los términos previstos legalmente para el efecto, toda vez que no fueron tachados de falsedad.

1. **Hechos probados**

El 1 de junio de 2002, el municipio de Victoria y CAPRECOM, suscribieron los contratos RS02 y RS03, con vigencia hasta el 31 de marzo de 2003 y el 1 de octubre de 2002, suscribieron los contratos MV05, MV06 y MV07, con vigencia hasta el 31 de marzo de 2003.

En ninguno de los referidos contratos se pactó su renovación automática, al vencimiento del plazo acordado.

El 26 de marzo de 2003, mediante oficio 028, el municipio de Victoria anunció a CAPRECOM su voluntad de no renovar los contratos referidos en el numeral anterior. Manifestó el municipio de Victoria, en el referido oficio, lo siguiente:

*Victoria Caldas, 26 de marzo de 2003*

*OFICIO No. 028*

*Doctora*

*CLAUDIA MERCEDES RUEDA VARGAS*

*Directora Regional*

*CAPRECOM E.P.S.*

*Manizales*

*Ref: Contratación Régimen Subsidiado*

*Cordial Saludo*

*Ante la dificultad económica por la cual atraviesa CAPRECOM E.P.S. y de acuerdo a orden emanada de la Presidencia de la República de liquidar dicha empresa y ante la resolución de la Superintendencia de Salud de sacarlos del mercado del Régimen subsidiado, razón por la cual, este Municipio ha tomado la determinación de no renovar los contratos del Régimen subsidiado por el período comprendido entre el primero (01) de abril y el treinta (30) de septiembre del año en curso.*

*Si más adelante son superadas estas dificultades y pueden continuar prestando estos servicios, volveremos a tenerlos en cuenta para futuras contrataciones.*

*Atentamente,*

*FELIX GERMAN URÍBE GARCÍA*

*Alcalde Municipal*

*Copia: Dr. Francisco Javier Soto H. Subdirector Aseguramiento D.T.S.C.*

El oficio 028, cuestionado por CAPRECOM, fue conocido por este, conforme argumenta en su demanda, el 27 de marzo de 2003.

El 4 de abril de 2003, CAPRECOM, a través de la directora regional de Caldas, presentó una petición al municipio de Victoria, en el que le solicitó información relacionada con el proceso de selección de las administradoras del Régimen Subsidiado de Salud que administrarían los recursos del municipio, para el período comprendido entre el 01 de abril y el 30 de septiembre de 2003 y el proceso de traslado de los beneficiarios del Régimen Subsidiado, de CAPRECOM a las ARS seleccionadas.

El 19 de abril de 2003, el municipio de Victoria dio respuesta a la petición, indicando que el proceso de selección de las administradoras del Régimen Subsidiado que administrarían los recursos del municipio, para el período comprendido entre el 01 de abril y el 30 de septiembre de 2003, fue el mismo ejecutado por el municipio para contratar con CAPRECOM, COMCAJA, CAFESALUD y la EPS DE CALDAS.

1. **Problema Jurídico**

Se concreta en establecer si en virtud de lo pactado contractualmente y de la legislación aplicable al caso concreto, estaba el municipio de Victoria obligado a renovar los contratos de administración de recursos del Régimen Subsidiado en Salud, Nros. RS02, RS03, MV05, MV06 y MV07, celebrados con CAPRECOM, con fecha de vencimiento del 31 de marzo de 2003, cuya no renovación fue informada por el municipio a través de oficio 028 del 26 de marzo de 2003.

* 1. **Marco jurídico del contrato de aseguramiento**
		1. **Naturaleza Jurídica de CAPRECOM**

Precisa la Sala, en orden a determinar el marco legal aplicable a los contratos suscritos entre el municipio de Victoria y CAPRECOM, definir la naturaleza jurídica de esta última. Para el efecto, es necesario indicar que la ley 82 de 1912 creó la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-, como establecimiento público, transformada posteriormente a través de la ley 314 de 1996 *“Por la cual se reorganiza a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”* en Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Comunicaciones[[7]](#footnote-7), para operar en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Prestadora de Salud (IPS), en los regímenes contributivo, subsidiado y planes complementarios de salud (PCS) en el régimen contributivo, conforme con lo establecido en la ley 100 de 1993.

En Colombia, el Sistema General de Seguridad Social en Salud está conformado por dos regímenes, el Contributivo y el Subsidiado, ambos sistemas encuentran su marco normativo general en la ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*. En particular, el Régimen Subsidiado, materia de interés para el presente análisis, es definido por el artículo 211 de la ley 100 de 1993.

En cuanto a la administración del Régimen Subsidiado y la contratación entre los entes territoriales (municipio de Victoria) y las entidades promotoras de salud (CAPRECOM en el presente caso), los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993 establecen que las direcciones locales, distritales o departamentales de salud suscribirán, bajo el régimen privado, contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios del subsidio, las cuales prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el plan de salud obligatorio.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), organismo encargado de definir la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado, por mandato expreso del artículo 212 de la ley 100 de 1993, estableció en el artículo 29 del acuerdo 077 de 1997, *“Por medio del cual se define la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, que los contratos de administración de subsidios serían regidos por el derecho privado.

Resulta claro, en concordancia con las normas citadas, que el régimen jurídico aplicable a los contratos de aseguramiento para la administración del Régimen Subsidiado de Salud, es el derecho privado, sin que por ello estos contratos pierdan su condición de estatales, con las características y requisitos especiales que dicha condición representa, en particular, lo relativo a la aplicación de las normas del procedimiento administrativo (para le época de suscripción de los contratos y expedición del acto cuestionado, el Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA), y la observancia de los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 constitucional.

Al respecto, esta Corporación, analizando un caso similar, señaló:

*Hasta la saciedad se ha sostenido que un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales*[[8]](#footnote-8).

Se concluye, los contratos suscritos entre el municipio de Victoria y CAPRECOM son estatales, regidos en su parte sustancial por el derecho privado y en lo procedimental por las normas contenidas en el Decreto 01 de 1984 *“Código Contencioso Administrativo”.*

**4.1.2. Renovación de los contratos**

El verbo rector empleado por el municipio de Victoria en su oficio 028 del 26 de marzo de 2003, fue *“no renovar”* los contratos del Régimen Subsidiado. En relación con el concepto “Renovación de Contratos”, esta misma Sala la ha considerado como la celebración de un nuevo contrato, referido al mismo objeto, pero bajo unas nuevas condiciones de valor y plazo:

*La renovación del contrato, por el contrario, constituye una modificación del acuerdo inicial en cuanto se trata de un nuevo vínculo contractual, esto es se configura la celebración de un nuevo contrato –aunque de ordinario con características similares, al menos en parte, al contrato anterior- puesto que precisamente la re-novación equivale a re-hacer, volver a hacer, o mejor volver a celebrar el contrato, cuestión que puede tener lugar cuando mediante el acuerdo de voluntades y ante el vencimiento de un contrato similar pre-existente, en ejercicio de su libertad negocial, las partes convienen un nuevo vínculo en relación con el cual puede mantenerse vigente la regulación básica o genérica del contrato inicial*[[9]](#footnote-9)*.*

Cabe precisar que las partes de un contrato no están obligadas a prorrogar o suscribir un nuevo contrato o contrato adicional, salvo que la ley o el contrato mismo con autorización de aquella, prevean expresamente lo contrario[[10]](#footnote-10), condición que, como se indicó antes, no se pactó en ninguno de los contratos celebrados entre el demandante y el municipio de Victoria. En consecuencia, debe establecerse si las normas aplicables así lo exigían[[11]](#footnote-11) y, en todo caso determinar, teniendo claro que se trata de una renovación de contratos, si CAPRECOM[[12]](#footnote-12) cumplía para ese momento con los requisitos exigibles para suscribirlos de nuevos contratos de administración del régimen subsidiado en salud con el municipio de Victoria.

Las normas vigentes para el 31 de marzo de 2003, fecha en que terminaban los contratos en estudio, eran el Decreto 50 de 2003 y los Acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003, las cuales exigían los siguientes requisitos para suscribir contratos de administración del régimen subsidiado en salud: (i) que la ARS se encuentre habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud; (ii) que la ARS haya sido seleccionada por el Ministerio de la Protección Social para operar en la región determinada; (iii) que la ARS haya sido elegida libremente durante el proceso de afiliación o traslado por los beneficiarios del subsidio; (iv) que la ARS cumpla con el porcentaje mínimo de participación en cada municipio según lo establecido en el artículo 39 del Acuerdo 244/2003 para la selección de las ARS dentro del correspondiente concurso; (v) que la ARS, a 31 de diciembre de 2002, cumpla con el margen de solvencia, previsto en el Decreto 882 de 1998, y (vi) que la ARS no esté incursa en la situación prevista en el artículo 36 del Decreto 050 de 2003, esto, en mora respecto de las cuentas aceptadas.

Frente a los anteriores requisitos se tiene que:

La Superintendencia Nacional de Salud le retiró a CAPRECOM la habilitación para funcionar como Entidad Promotora de Salud, mediante Resolución 356 del 13 de marzo de 2003; sin embargo, la afectada el 20 de marzo de 2003, presentó un recurso de reposición contra esa decisión; por tanto, para la fecha del oficio expedido por el municipio de Victoria, 26 de marzo de 2003, la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud no estaba en firme, por tanto, no impedía la renovación. Sin embargo, CAPRECOM debía acreditar las demás exigencias:

1. Que hubiera sido seleccionada por el Ministerio de la Protección Social para operar en el municipio de Victoria: Requisito no demostrado por CAPRECOM.
2. Que hubiera sido elegida libremente durante el proceso de afiliación o traslado por los beneficiarios del subsidio: No se encuentra en el expediente prueba alguna que evidencie la voluntad de los afiliados de permanecer en CAPRECOM o retirarse a otras ARS.
3. Que la ARS cumpla con el porcentaje mínimo de participación en cada municipio, según lo establecido en el artículo 39 del Acuerdo 244/2003, para la selección de las ARS dentro del correspondiente concurso: Condición no demostrada por CAPRECOM.
4. Que la ARS, a 31 de diciembre de 2002, cumpla con el margen de solvencia, previsto en el Decreto 882 de 1998: Condición no demostrada por CAPRECOM en el proceso.
5. Que estuviera al día respecto de las cuentas aprobadas, según lo exigía el artículo 36 del Decreto 050 de 2003: Estado de cuentas no demostrado durante el proceso.

CAPRECOM no demostró durante el proceso el cumplimiento de los requisitos exigidos por el decreto 50 de 2003 y los acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003, para la renovación de los contratos de aseguramiento.

El Municipio de Victoria, por su parte, tenía la carga de verificar el cumplimiento de los requisitos normativos, sin que tal deber representara una intromisión en la escogencia de la entidad por parte de los afiliados. En tal sentido, una vez verificados los referidos requisitos, la entidad territorial, teniendo conocimiento del proceso de revocatoria del certificado de funcionamiento a CAPRECOM, se abstuvo, por precaución, de renovar los contratos de aseguramiento con dicha Entidad.

En este mismo sentido, en providencia del 23 de noviembre de 2017, la Subsección A de la Sección Tercera, sostuvo[[13]](#footnote-13):

*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[[14]](#footnote-14).*

El municipio como garante del cumplimiento de los fines de la contratación estatal era el responsable de la correcta ejecución de los contratos de administración del Régimen Subsidiado en salud, con los cuales se busca satisfacer las necesidades básicas y prioritarias de la comunidad en materia de salud; por tanto, considera la Sala que la incertidumbre ante la revocatoria de la habilitación otorgada a CAPRECOM, era título suficiente para la no renovación de los contratos suscritos entre las partes.

Debe insistirse en que el Acuerdo 244 de 2003 fijó las directrices para la celebración de los contratos de aseguramiento, sin consagrar prórrogas o renovaciones automáticas para los contratos que se venían ejecutando a su entrada en vigencia, es decir, para el 31 de enero de 2003, por el contrario, dispuso la celebración de nuevos contratos, con vigencia inicial de seis meses a partir del 1º de abril de 2003 y la posibilidad de prórroga por otros seis meses.

En cuanto al argumento según el cual los actos administrativos atacados están viciados de nulidad porque al no renovarse se vulneró el principio de libre escogencia de la administradora del régimen subsidiado consagrado en el Acuerdo 77 de 1997, se reitera lo expresado por la Sección Tercera de esta Corporación que en casos similares[[15]](#footnote-15) ha indicado que este es un derecho en favor de los usuarios, no de la administradora; por tanto, CAPRECOM no podría esgrimir ese argumento en su favor.

*“(...) 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”.*

Por otro lado, en relación con la indebida notificación de la decisión de no renovación de los contratos, esta Corporación ha señalado[[16]](#footnote-16) que cuando un acto administrativo no ha sido notificado en debida forma o dentro de la oportunidad legal, ello no constituye causal de nulidad del mismo, pues tal hecho afecta su oponibilidad y eficacia, no su validez.

*(… ) el único efecto que produce la indebida notificación es la inoponibilidad, pero en ningún momento esa irregularidad acarrea la nulidad. Las causales de anulación son las del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y todas se refieren a irregularidades que son propias del acto y que están presentes desde en el momento mismo de su expedición. Es decir, para que se configure una causal de nulidad, el acto debe estar viciado desde su aparición en el tráfico jurídico.*

En consecuencia, este cargo de nulidad no tiene vocación de prosperar.

Finalmente, la Sala reitera que la decisión adoptada por el municipio de Victoria de no renovar los contratos de administración del Régimen Subsidiado, suscritos con CAPRECOM se fundamentó en hechos ciertos que la justificaban, por tanto no puede afirmarse que la misma hubiera incurrido en falsa motivación.

Tampoco incurrió el municipio de Victoria en desviación de poder, por el contrario, apoyándose en hechos ciertos, buscó garantizar la adecuada y continua prestación de los servicios a cargo de las administradoras del Régimen Subsidiado de Salud.

**5. Costas**

En consideración de lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, condición que no se presentó en este proceso, por tanto no habrá lugar a su imposición.

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 y por autoridad de la ley.

**FALLA**

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 15 de octubre de 2009 y en su lugar disponer:

**PRIMERO: DECLÁRASE** como sucesora procesal de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, hoy liquidada, a la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora de su Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** la falta de legitimación, por parte de CAPRECOM, para demandar los contratos MV08 y MV09 suscritos por el municipio de Victoria con SOLSALUD EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A. respectivamente.

**TERCERO: NIÉGANSE**.Las pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. El valor del salario mínimo para el año 2005 era de $381.500 [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), expediente 38243, CP: María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del , 7 de octubre de 1999, expediente 10610, CP: Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777, CP: Dr. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-4)
5. Para la fecha del presente fallo, en el artículo 141 del CPACA. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencia del 28 de enero de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-6)
7. El Decreto 205 de 2003 *“Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones”,* vinculó a CAPRECOM al Ministerio de Protección Social. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. 18 de febrero de 2010. Radicado: 37004. CP: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 12 de febrero de 2014, exp. 32716, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
10. Téngase presente que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. [↑](#footnote-ref-10)
11. Los contratos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 53 de 1887, se regían en todo por las leyes vigentes al tiempo de su celebración. [↑](#footnote-ref-11)
12. La carga de la prueba, frente al cumplimiento de cada uno de los requisitos exigidos por la normatividad vigente para la suscripción de los contratos de aseguramiento del sistema subsidiado en salud recaía sobre CAPRECOM, por ser ella la interesada en demostrar los hechos y fundamentos en que soportó sus pretensiones. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2017, expediente 33955, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E). [↑](#footnote-ref-13)
14. “*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-14)
15. 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-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 09 de diciembre de 2013, expediente 47783, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido: Sección Primera, sentencia del 09 de septiembre de 2004, expediente 2002-90012, C.P. Rafael E. Oustau de Lafont Pianeta; Sección Quinta, Sentencia del 26 de julio de 2018, Radicado 25000-23-24-000-2008-00310-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. [↑](#footnote-ref-16)