

CONTRATOS DE ASEGURAMIENTO – Naturaleza - Régimen jurídico aplicable - Ley 100 de 1993 - Régimen subsidiado - Sistema General de Seguridad Social

Con la Ley 100 de 1993 se instituyó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que comprende dos modalidades de afiliación, como lo son: el régimen contributivo y el régimen subsidiado, este último el cual fue creado con el propósito de financiar la atención en salud a las personas más pobres y vulnerables del país que no tienen capacidad de cotizar, según lo dispuso el artículo 212, disposición normativa que, además, radicó en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la operación del referido régimen subsidiado.

El artículo 215 de la Ley 100 de 1993 establece que las direcciones locales, distritales o departamentales de salud son las encargadas de suscribir los contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud (EPS) que afilian a los beneficiarios del subsidio. A su vez, el artículo 216 ibidem, que consagra las reglas básicas para la administración del régimen subsidiado, en su numeral 2 dispone que los contratos que se celebran para la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud -también denominados contratos de aseguramiento- se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de que se puedan incluir las cláusulas exorbitantes propias del derecho público, y así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corporación. Igualmente, el artículo 52 del Acuerdo 415 de 2009, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, estableció que, conforme con el numeral 2 del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, los contratos de aseguramiento se gobiernan por el derecho privado.

CONTRATOS DE ASEGURAMIENTO – Decisiones adoptadas en el marco negocial - Contenido contractual

[...] teniendo en cuenta que [...] se suscribió un contrato de administración de recursos y aseguramiento del régimen subsidiado, ha de advertirse que las decisiones adoptadas por el ente territorial en el marco de esa relación negocial de derecho privado no constituyen actos administrativos con carácter ejecutivo y ejecutorio sino actos jurídicos contractuales como expresión de la autonomía privada, con excepción de los casos en los que las disposiciones legales dispongan lo contrario -como el ejercicio de las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80-.

[...] Como el régimen jurídico del contrato es el derecho privado, las decisiones adoptadas por la entidad durante la ejecución del contrato no son actos administrativos, ni son susceptibles de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. El daño no proviene de un acto administrativo, ni lo que se pretende es adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje el poder de imperio del Estado, sino de determinar un incumplimiento del contrato por la entidad, que decidió terminar unilateralmente el contrato.

CONTRATOS DE ASEGURAMIENTO- Liquidación unilateral

[...] la liquidación unilateral no es una cláusula exorbitante, porque estas son las previstas en el artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, a saber: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad, reversión y sometimiento a leyes nacionales, estableciéndose, de esa manera, una clasificación taxativa. De este modo, por habilitación legal (art. 216.2 de la Ley de 1993), en los contratos de aseguramiento, pese a que se gobiernan por el derecho privado, pueden ejercerse tales cláusulas exorbitantes por acto administrativo, categoría en la que no entra la liquidación unilateral.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedencia - Artículo 141 Ley 1437 de 2011 –Nulidad de actos administrativos de contenido contractual – Actos jurídicos contractuales – Sentencia de unificación 9 de mayo de 2024 radicado interno 53962

[...] Teniendo en cuenta que el artículo 141 del CPACA establece que el medio de control de controversias contractuales es procedente para solicitar la nulidad de actos administrativos contractuales, cabe preguntarse si ese mecanismo judicial también es idóneo para cuestionar los actos jurídicos contractuales, desde luego ya no bajo la óptica del juicio de legalidad que corresponde cuando de por medio hay actos administrativos con carácter ejecutivo y ejecutorio.

[...] De acuerdo con la pauta jurisprudencial de unificación en cita, queda claro que el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo judicial procedente para cuestionar los actos proferidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios en el marco de la actividad contractual, que no son actos administrativos sino actos jurídicos de naturaleza contractual tesis que se hace extensible al caso concreto, al margen de que la sentencia de unificación haya girado en torno a actuaciones de dichas empresas de servicios públicos.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Artículo 141 CPACA

De conformidad con lo establecido en el artículo 141 del CPACA, cualquiera de las partes de la relación contractual puede pedir la declaratoria de incumplimiento y la anulación de actos administrativos contractuales, de ahí que la legitimación en la causa en este tipo de controversia se encuentre, en principio, en cabeza de los extremos del acuerdo de voluntades.

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Ejercicio oportuno – Artículo 164 Ley 1437 de 2011

El CPACA, en el literal j), numeral 2, del artículo 164 del CPACA, establece la regla general de que en las controversias relativas a contratos el término para demandar será de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento del libelo introductorio.

OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN - Artículo 320 del Código General del Proceso - Competencia del juez

Resulta oportuno precisar que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida. Es así que, de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso (CGP), la apelación “tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”; a la vez que, según lo consagrado en el artículo 328 del CGP, “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio (...)”.



Radicado: 41001-23-33-000-2014-00211-01 (62319)
Demandante: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL HUILA

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C. once (11) de diciembre dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Apelación sentencia
Radicación: 41001-23-33-000-2014-00211-00 (62319)
Demandantes: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL HUILA
Demandados: MUNICIPIO DE NEIVA

Temas: CONTRATOS DE ASEGURAMIENTO - se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de que se puedan incluir las cláusulas exorbitantes propias del derecho público - los actos expedidos en el marco de su ejecución no son actos administrativos sino actos jurídicos contractuales, entre ellos, el de la liquidación unilateral - improcedencia de las causales de anulación de los actos administrativos / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - es procedente para cuestionar los actos jurídicos de naturaleza contractual, cuyo estudio gira en torno ya no al juicio de legalidad por no ser actos administrativos, sino bajo la perspectiva de las responsabilidad contractual / CARGA DE LA PRUEBA - incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que pretende hacer valer - principio de autorresponsabilidad.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 28 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El municipio de Neiva y Comfamiliar EPS del Huila suscribieron un contrato de aseguramiento, con vigencia entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, para la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el cumplimiento de función indelegable del aseguramiento en salud de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado Activos en BDUA.

Los contratantes adelantaron los trámites para liquidar bilateralmente el negocio jurídico, el cual se rige por derecho privado, pero tales actuaciones resultaron infructuosas, por lo que el ente procedió a liquidarlo unilateralmente mediante Resolución No. 119 de 2012, estableciéndose que al municipio se le adeudaba



\$364'473.613.24. Esta determinación fue recurrida por Comfamiliar EPS y confirmada por la entidad territorial a través de la Resolución No. 045 de 2012.

En ejercicio del medio de control de controversias contractuales, Comfamiliar EPS interpuso demanda en contra del municipio de Neiva, al considerar que la liquidación del contrato en cuestión debió arrojar la suma en su favor de \$892'210.093.28. La parte actora alegó que las citadas resoluciones violaron el debido proceso y desconocieron la realidad de la ejecución del acuerdo de voluntades; de igual modo, solicitó declarar el incumplimiento del contrato y condenar al pago del valor de la liquidación que a su juicio se le adeuda, junto con los perjuicios causados.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 13 de mayo de 2014¹, Comfamiliar EPS, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda -*subsanada el 1° de julio de 2014*² en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra del municipio de Neiva, con las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: *Que se declare que entre Comfamiliar y el municipio de Neiva existió o se suscribió contrato de aseguramiento del servicio de salud subsidiada para atender los usuarios de dicho servicio en el período junio de 2010 – marzo de 2011.*

Segunda: *Que como consecuencia de lo anterior, el municipio incumplió dicho contrato al no cancelar la totalidad de la población reportada en las bases de datos y a la cual Comfamiliar EPS le garantizó el acceso a los servicios de salud en su red de prestadores.*

Tercera: *Que, igualmente como consecuencia de lo anterior, el municipio de Neiva le debe pagar a Comfamiliar, junto con los intereses moratorios y perjuicios ocasionados por el no pago oportuno, la suma principal de OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL NOVENTA Y TRES PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS M/CTE (\$892'210.093.28), correspondientes a la liquidación del período comprendido entre junio de 2010 a marzo de 2011; sumas que deben ser pagadas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia respectiva.*

Cuarta: *Que se paguen los perjuicios ocasionados como consecuencia de la demanda ejecutiva y embargo interpuesto por la ESE Carmen Emilia Ospina como consecuencia del no pago de los servicios garantizados a los usuarios reportados para garantizar el acceso a los servicios de salud.*

¹ Folios 3 a 17 del cuaderno No. 1.

² Mediante auto del 13 de junio de 2014, el Tribunal *a quo* inadmitió la demanda, entre otras razones, porque la parte actora no determinó de manera clara y precisa las pretensiones del libelo introductorio (folios 94 a 96 del cuaderno No. 1), aspecto que subsanó Comfamiliar el 1° de julio de 2014 (folios 99 a 102 del cuaderno No. 1).



Quinta: *Así mismo se declaran sin efecto, en lo que le sea desfavorable a Comfamiliar, lo dispuesto en las Resoluciones 0119 del 17 de septiembre de 2012 'Por medio del (sic) cual se ordena liquidar unilateralmente el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud suscritos entre el municipio de Neiva – Huila y la EPSS COMFAMILIAR', así como la Resolución No. 045 del 26 de diciembre de 2012 la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por mi poderdante.*

Sexta: *A más de condenar al pago de las sumas y conceptos anteriores, se le condenará a pagar las costas y perjuicios ocasionados a Comfamiliar como consecuencia del no pago de las sumas pretendidas en esta acción teniendo en cuenta que hubo negligencia y abuso del derecho por parte del municipio toda vez que Comfamiliar oportunamente le envió la conceptualización y cifras de la suma a su favor que resultaba con la liquidación de contrato materia de demanda³.*

1.2. La parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

1.2.1. Indicó que Comfamiliar se encontraba habilitada como EPS para suscribir contratos de aseguramiento del servicio de salud subsidiada con los entes territoriales, para garantizar el acceso a servicios de salud a la población del régimen de salud subsidiado en el período entre junio de 2010 y marzo de 2011.

1.2.2. Señaló que Comfamiliar, como aseguradora, contrató a la ESE Carmen Emilia Ospina, la cual permitía el acceso a los servicios de salud “*mediante los reportes de bases de datos mensuales que le hiciera la EPS Comfamiliar y [a través] de consulta en línea de verificación de derechos en el sistema de información propio de la EPS*”.

1.2.3. Afirmó que, con el fin de asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del régimen subsidiado, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 1965 de 2010, creó el instrumento de Declaración de Giro y Aceptación de Saldos (DGAS), a través del cual los entes territoriales “*aceptan los contenidos de la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), aceptan la liquidación de UPC-S y autorizan las operaciones en las cuentas maestras del Fosyga a nombre de las EPS*”.

1.2.4. Aseveró que con la Circular Externa No. 028 del 17 de mayo de 2011 se emitieron instrucciones referentes a la información de los registros de afiliados activos en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), para el periodo contractual comprendido entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, disponiendo de

³ Estas pretensiones son las que se plasmaron en el escrito de subsanación de la demanda.



la metodología a aplicar en la liquidación de contratos de vigencia del mismo periodo.

1.2.5. Adujo que, mediante oficio SA.01-23614, Comfamiliar le solicitó al representante legal de Cooservit C.T.A. *-interventor del contrato-* programar el cronograma de trabajo para la liquidación del periodo comprendido entre junio de 2010 y marzo de 2011, y que, a través de oficio USS-2874 del 29 de diciembre de 2011, el municipio de Neiva, de manera impositiva, presentó proyecto de liquidación del periodo en cuestión, haciendo caso omiso a las solicitudes que había efectuado Comfamiliar indicando la forma como debía liquidarse.

1.2.6. Sostuvo que, mediante Resolución No. 119 del 17 de septiembre de 2012, el municipio de Neiva liquidó unilateralmente el contrato 4100112010001/02, con vigencia entre junio de 2010 y marzo de 2011, consignando un saldo a favor del municipio por la suma de \$364'473.613.24; determinación esta que, aunque fue recurrida por Comfamiliar mediante recurso de reposición, fue confirmada en su integridad por el ente territorial, a través de la Resolución No. 045 del 26 de diciembre de 2012.

1.2.7. Afirmó que el no pago de la totalidad de la liquidación confeccionada y enviada por Comfamiliar al municipio de Neiva, en lo correspondiente a la suma de \$892'210.093.28, le causó perjuicios económicos, porque a la ESE Carmen Emilia Ospina y a las demás IPS de la red de prestadores se les ha tenido que pagar *“el valor del servicios de salud capitados respecto a la totalidad de los usuarios reportados en base de datos en el citado periodo teniendo en cuenta que la contratación se hizo en la modalidad de capitación”*.

1.3. Luego de los supuestos fácticos narrados por la parte actora, en la demanda se expusieron **los fundamentos de derecho**, así:

1.3.1. Violación del debido proceso, cargo que sustentó en el hecho de que en la Resolución No. 0119 de 2012, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social suscrito entre el municipio de Neiva y Comfamiliar, se tuvieron en cuenta unos informes de interventoría frente a los cuales la ahora demandante no tuvo acceso, de ahí que no contó con la respectiva oportunidad para controvertirlos.



Acto seguido, manifestó que en la liquidación anexa a la mentada resolución no se expresó el número de usuarios o afiliados tenidos en cuenta para la liquidación de los valores a reconocer a Comfamiliar, mes a mes, como lo disponía la Resolución No. 415 de 2011 y la Circular Externa 0028 de 2011, emitidas por el Ministerio de la Protección Social. Adicionalmente, señaló que Cooservit C.T.A., interventor del contrato, se abrogó una facultad que no tenía, cuando en la liquidación del período comprendido entre junio de 2010 y marzo de 2011 incluyó criterios diferentes a los establecidos por la cartera ministerial mencionada.

1.3.2. La liquidación unilateral no obedeció a la realidad ni a la ejecución del contrato, cargo que fundamentó en el hecho de que existe una gran diferencia entre los valores que reconoció el municipio de Neiva y los que realmente debían reconocérsele a Comfamiliar.

Para el efecto, indicó que el Decreto 4747 de 2007, en el párrafo primero del artículo 6, estableció que, para el suministro de información de la población atendida, las entidades responsables del pago de servicios de salud deben garantizar la administración en línea de las bases de datos de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, de ahí que, según la misma norma, las atenciones prestadas con base en la información reportada en línea o por cualquier otro medio no pueden ser objeto de glosa, a lo que añadió que, a partir de esa disposición normativa, no resultaba obligatorio para las aseguradoras enviar periódicamente sus bases de datos a la red prestadora, toda vez que se dispone de una base de datos en línea, que en el caso particular se concretó desde el 1° de octubre de 2010, como quedó demostrado con la certificación expedida por SGA SOFTWARE, *“lo que significa que, a partir de esa fecha, la forma de verificar acceso a los servicios de salud por parte de nuestra red era la consulta en línea, tal como lo dispone el artículo 11 del Decreto 4747 ibidem”*.

En adición a lo anterior, sostuvo que para la liquidación de octubre a diciembre de 2010 y de enero a marzo de 2011 el municipio de Neiva debió tener en cuenta el número de usuarios cargados en la base de datos de Comfamiliar, lo cual no ocurrió, siendo imperativo para las EPS pagar a la red prestadora la totalidad de usuarios



cargados en la base de datos en línea, independientemente de que los mismos hayan sido cargados o no en la Base de Datos Única de Afiliados.

Finalmente, aseveró que para la liquidación de junio a septiembre de 2010 el interventor realizó unas operaciones matemáticas reconociendo un número de afiliados que desconoció las certificaciones de las IPS, como la de la ESE Carmen Cecilia Emilia Ospina, ente que certificó *“que de los usuarios no reconocidos por la interventoría para junio a septiembre de 2010, la EPS a esa entidad le reportó 8577 para junio, 9826 para julio, 11888 para agosto y 10458 para septiembre, cifras estas que difieren ostensiblemente de las obtenidas por la firma interventora”*.

Por todo lo anterior, señaló que los actos administrativos demandados debían declararse nulos.

2. Contestación de demanda

El 24 de julio 2014⁴, el Tribunal **admitió la demanda** y ordenó notificar personalmente esa decisión a la entidad demandada y al Ministerio Público.

2.1. El municipio de Neiva **contestó la demanda**⁵ oponiéndose a las pretensiones, salvo la concerniente a la declaratoria de existencia del contrato de aseguramiento, pues el mismo ente territorial reconoció la suscripción de dicho negocio jurídico con Comfamiliar, ahora demandante.

Sostuvo que los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se liquidó unilateralmente el contrato de aseguramiento, se encuentran ajustados a derecho, en tanto no vulneraron el debido proceso, ya que a Comfamiliar se le remitió el proyecto de liquidación con antelación a que se expidiera unilateralmente, dándole, además, la oportunidad de interponer recurso de reposición en su contra; agregó que no es cierto que la demandante no hubiera conocido el informe de la interventoría sobre el cual se basó el ente territorial para liquidar. Añadió que a Comfamiliar se le pagó el valor que arrojó la liquidación unilateral, la cual tuvo en cuenta la prestación de servicio de los usuarios cargados a la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA).

⁴ Folios 107 a 109 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 122 a 134 del cuaderno No. 1.



Propuso las siguientes excepciones: **(i) falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad**, en tanto en la quinta pretensión de la demanda Comfamiliar solicitó que se dejaran sin efectos los actos demandados, pero en la solicitud de conciliación que presentó únicamente elevó la petición de que se exploraran posibles alternativas de arreglo respecto del valor y/o los recursos que debían reconocérsele, por concepto del periodo comprendido entre junio de 2010 y marzo de 2011, de ahí la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial; **(ii) el cobro de lo no debido**, con fundamento en que el municipio no es el responsable de los perjuicios reclamados por la parte actora, aunado al hecho de que la liquidación unilateral se encuentra ajustada a derecho, la cual se basó en el informe presentado por el interventor del contrato; y **(iii) inexistencia de violación de normatividad alguna, por ocasión de la expedición de los actos demandados**, con base en que no se demostró que los actos administrativos hubiesen incurrido en las causales de nulidad invocadas.

3. Audiencia inicial

El 5 de marzo de 2015⁶, el Tribunal Administrativo del Huila llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no se encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento.

Seguidamente se pronunció sobre la excepción de falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad *-que catalogó como previa-*, descartando su prosperidad, con fundamento en que la solicitud de conciliación extrajudicial que presentó Comfamiliar, en la cual se pidió que se exploraran posibles alternativas de arreglo respecto del valor y/o los recursos que debían reconocérsele por concepto del período comprendido entre junio de 2010 y marzo de 2011, claramente estaba relacionada con los actos administrativos demandados, dado que, según la parte demandante, con ocasión de su expedición se le dejaron de pagar los valores reclamados por el servicio de aseguramiento en el periodo indicado, lo cual generó la controversia que dio origen a la solicitud de conciliación extrajudicial y a la interposición de la demanda *“y como es conocido de haberse dado a conciliación en lo económico, se hubiere entendido revocados los actos administrativos”*.

⁶ Folios 205 a 208 del cuaderno No. 2.



Más adelante se fijó el litigio en el entendido de determinar si se debe **(i)** declarar la nulidad de la Resoluciones Nos. 0119 del 17 de septiembre de 2012 y 045 del 26 de diciembre de 2012, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social suscrito entre el municipio de Neiva y Comfamiliar; y **(ii)** reconocer a la demandante *“el valor de la totalidad de la población afiliada al régimen subsidiado contratada y reportada en la base de datos y a la cual Comfamiliar le garantizó el acceso a los servicios de salud en el periodo entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011”*.

Posteriormente, el *a quo* declaró fallida la etapa de conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio, y luego decretó como pruebas los documentos aportados por las partes, accedió a la petición de los testimonios de los extremos procesales y requirió al municipio de Neiva para que allegara los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos administrativos demandados, entre ellos los informes de interventoría, e incluso el contrato objeto de estudio.

4. Audiencia de pruebas

El 27 de marzo de 2015, el Tribunal Administrativo del Huila realizó la audiencia de pruebas⁷, en la cual se practicaron los testimonios decretados y se requirió al municipio para que allegara los informes de interventoría correspondientes al período comprendido entre junio de 2010 y marzo de 2011 y el contrato de aseguramiento⁸, so pena de sanción. Seguidamente, de conformidad con el inciso final del artículo 181 del CPACA, ordenó que los alegatos de conclusión se presentaran por escrito.

5. Alegatos de conclusión

5.1. El municipio de Neiva reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, en el sentido de que los actos administrativos se encontraban ajustados a legalidad⁹.

⁷ Folios 346 a 348 del cuaderno No. 2.

⁸ Lo anterior porque el municipio allegó los informes de interventoría 2011-2012, cuando los solicitados correspondían al período entre junio de 2010 y marzo de 2011, además por cuanto no se allegó el contrato de aseguramiento objeto de estudio.

⁹ Folios 381 a 386 del cuaderno No. 2.



5.2. Comfamiliar insistió en que con las resoluciones demandadas se vulneró el debido proceso, además de que su contenido no correspondía a la realidad de lo ejecutado con ocasión del contrato de aseguramiento suscrito con el ente territorial¹⁰.

6. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 28 de junio de 2018, el Tribunal Administrativo del Huila **(i)** declaró la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato suscrito entre las partes; **(ii)** condenó en abstracto al municipio de Neiva en favor de Comfamiliar, con el fin de que por vía incidental presentara la liquidación “*motivada y especificada*” del contrato objeto de estudio para el periodo entre junio de 2010 y marzo de 2011; **(iii)** negó las demás pretensiones de la demanda; y **(iv)** se abstuvo de condenar en costas¹¹.

6.1. Señaló que con las resoluciones demandadas no se vulneró el debido proceso, dado que antes de su expedición entre las partes en cuestión hubo un diálogo para liquidar el contrato, además de que, según el material probatorio recaudado, a Comfamiliar se le pusieron en conocimiento los informes del interventor. Agregó que, al margen de que feneció el plazo pactado para el ejercicio de la liquidación unilateral, el municipio de Neiva contaba con competencia para realizarla, en tanto lo hizo dentro de los dos años del término de caducidad previsto en la ley.

6.2. Sostuvo que la finalidad del contrato objeto de estudio consistió en el aseguramiento de la población pobre y vulnerable que pertenece al régimen subsidiado, garantizándole el acceso a los servicios de salud, a lo que agregó que la modalidad de pago contratada fue la de capitación o UPC-S, que “*corresponde a un pago anticipado de una suma fija por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo*”, según lo previsto en el artículo 4 del Decreto 4747 de 2007, de ahí que, según indicó, el reconocimiento de las UPC-S debe hacerse respecto de las personas que se encuentran en la base de datos y no de las efectivas atenciones recibidas por cada persona. Señaló, además, que en las cláusulas séptima y octava del negocio jurídico que vinculó a las partes se estipuló

¹⁰ Folios 387 a 396 del cuaderno No. 2.

¹¹ Folios 401 a 450 del cuaderno del Consejo de Estado.



que su valor no se establecía por la atención que hubiere recibido cada usuario, sino por el valor de la UPC-S, multiplicado por el número de afiliados activos y cargados al BDUA, actualizada por los meses totales del contrato. Bajo esa línea, en la sentencia se afirmó que en la liquidación del contrato deben ser reconocidos los usuarios a los que se les garantizó el acceso a la prestación del servicio de salud.

Seguidamente, en cuanto a la discusión entre las partes de si se puede o no reconocer el pago correspondiente a los usuarios que no están incluidos en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), el Tribunal expuso lo siguiente:

“(...) la Sala es del criterio que si bien el inciso primero del artículo 66 del Acuerdo 415 de 2009 establece que para el reconocimiento de la UPC-S a la EPS es requisito indispensable el registro de la afiliación en la BDUA, su parágrafo 2 estipula que ‘la garantía en la prestación de servicios de salud a los afiliados se hace efectiva desde que entra en vigencia la afiliación, con independencia del registro de la misma en la BDUA’, de tal suerte que si por alguna razón un usuario tuvo algún inconveniente para ser registrado en la BDUA, como glosas o inconsistencias en sus datos personales, cuya obligación radica en las EPS como lo dispone la Resolución 1892 de 2010, y lo estipula el numeral 6 del artículo 19 del Acuerdo 415 de 2009, y se demuestra que se le garantizó el acceso al servicio de salud con cualquier medio de prueba, no puede excluirse su reconocimiento bajo el argumento que no fue registrado en la BDUA, pues aunque esta Base de Datos Única de Afiliados es la herramienta del manejo de la información sobre la población afiliada y es la base para ejercer el control sobre el flujo de los recursos, debe primar el aspecto sustancial del contrato que es efectivamente la garantía del acceso al servicio de salud.

Así las cosas, contrario a lo que interpreta la entidad demandada, ‘el pago de lo debido’ al que hace referencia la Circular 028 de 2011 no corresponde al número de personas efectivamente atendidas, sino a quienes se les garantizó el acceso a los servicios de salud, en consonancia con la finalidad de este tipo de contratos, que se insiste, son de aseguramiento y se pagan por un valor fijo o UPC, y no por el valor de cada atención médica”.

Luego de lo anterior, en la sentencia se aludió al parágrafo primero del artículo 6 del Decreto 4747 de 2007, con fundamento en el cual se sostuvo que, además de la base de datos reportada físicamente por la EPS a su red prestadora, debía tenerse en cuenta la base de datos en línea desde el momento en que entró en funcionamiento el 1° de octubre de 2010 –fecha a partir de la cual, según las pruebas, entró a funcionar el software en Comfamiliar, en el cual puede consultarse en tiempo real el estado de afiliación de una persona, así como la red de prestadores de servicios-, para realizar el cruce de información en la liquidación del contrato, con independencia de que las personas estuvieran o no incluidas en la BDUA, en virtud de la finalidad misma del contrato de aseguramiento.



En cuanto al argumento de la entidad demandada en el sentido de que en la liquidación de contrato objeto de estudio no se tuvo en cuenta la certificación expedida por la ESE Carmen Emilia Ospina, en la que se indicó el número de usuarios atendidos mes a mes por Comfamiliar, el Tribunal *a quo* expresó:

“La Sala advierte que si determinado número de usuarios no fue reconocido en la liquidación del contrato, independientemente de la razón que conllevó a no reconocerlos, verbigracia no se encuentran en la BDUA, no fueron reportados a la red o cualquier otra justificación, si se prueba, como en efecto se hizo con la mencionada certificación, que fueron atendidos por la red prestadora a nombre de Comfamiliar EPS, no corresponde reconocer el valor de la UPC exclusivamente para el mes en que fueron atendidos porque el objeto del contrato no es la atención efectiva sino la garantía de acceso y con esta certificación se probó que los usuarios tuvieron garantía de acceso dentro de periodo contractual tanto así que fueron efectivamente atendida en alguna oportunidad, lo que implica que debe reconocerse el valor de la UPC sobre esta población para toda la vigencia del contrato o desde la fecha de la afiliación si el usuario se afilió en vigencia de este contrato, porque se demostró la garantía de acceso, y es que, se insiste el objeto del contrato es el aseguramiento y la EPS contratista asume un riesgo financiero y de salud que es recompensado con el reconocimiento del valor de la UPC de todos los usuarios a quienes garantiza ese acceso.

Igual situación se predica de los RIPS o Registros Individuales de Prestación de Servicios que los testigos Yesid Chilito y Adiel Ortiz indican se tuvieron en cuenta para la liquidación del contrato, no obstante la Sala aclara que los RIPS más allá de demostrar una efectiva atención en salud, lo que prueban es que a esos usuarios se les garantizó el acceso al servicio, pues cuando lo requirieron les fueron prestadas las atenciones en salud, razón por la que los usuarios que se prueban con RIPS debe ser reconocidos por toda la vigencia del periodo contractual o desde la fecha de la afiliación si el usuario se afilió en vigencia de este contrato, y no exclusivamente respecto al mes en que fueron atendidos”.

Por su parte, respecto de los usuarios que fueron atendidos con la copia rosada del formulario de afiliación, en el fallo se sostuvo que debía reconocerse a Comfamiliar el valor diario de la UPC, como lo determinaba la Circular Externa 028 de 2011, desde el día en que entró en vigencia la afiliación y no desde la fecha en que se efectuó el registro en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA). Además, añadió que, si bien en el oficio del 1° de noviembre de 2011 el municipio demandado señaló que algunas ESE no le prestaron los servicios de salud a los usuarios con copia rosada que no estaban cargados en el BDUA, lo cierto es que la entidad territorial no probó dicha afirmación, al punto que lo que se acreditó en el expediente fue que Comfamiliar le informó a la red prestadora que debía atender a la población que presentara la mencionada copia rosada.

Con base en los anteriores razonamientos, el Tribunal declaró la nulidad de las resoluciones demandados.



6.3. Luego de lo expuesto, el Tribunal *a quo* consideró que debía condenarse en abstracto al municipio de Neiva para que, por vía incidental y de acuerdo con el artículo 193 del CPACA, Comfamiliar presentara *“la liquidación motivada y especificada de la liquidación del contrato (...) para el periodo entre junio de 2010 y marzo de 2011”*, bajo los siguientes parámetros: **(i)** el punto de partida para realizar la liquidación lo constituye la guía de liquidación adoptada por el Ministerio de la Protección Social en la Circular Externa 028 de 2011; **(ii)** el primer cruce de información se debe realizar entre la guía de liquidación señalada y la Declaración de Giro y Aceptación de Saldos (DGAS), cuyo resultado determina los afiliados efectivamente pagados y no pagados durante cada bimestre, *“por lo que los afiliados ya pagados se excluirán de la liquidación del contrato, y el proceso continuará respecto de los afiliados no pagados, es decir, los que no cruzaron”*; **(iii)** con el resultado del cruce de bases de datos anterior, se procederá a realizar el cruce con la base de datos física reportada por Comfamiliar a la red prestadora de servicios, así como con la base de datos en línea con la que cuenta la aquí actora; **(iv)** no se incluirá en la liquidación el histórico de afiliaciones del departamento del Huila suministrado por la Secretaría de Salud; **(v)** se reconocerán los usuarios respecto de los cuales Comfamiliar demuestre, a través de diferentes medios, que les fue garantizado el acceso a los servicios de salud en toda la vigencia contractual o desde la fecha de la afiliación si el usuario se afilió en vigencia del contrato, con independencia de si se encuentran cargados o registrados en la BDUA; **(vi)** se reconocerá el valor de las UPC-S a los afiliados que fueron certificados por la red prestadora de servicios de salud como efectivamente atendidos en salud, bien sea a través de la certificación expedida por la ESE Carmen Emilia Ospina o con los Registros Individuales de Prestación de Servicios, no solamente para el periodo o el mes en que fueron atendidos sino para toda la vigencia contractual o desde la fecha de afiliación si el usuario se afilió en vigencia de este contrato; y **(vii)** se reconocerán los afiliados respecto de los cuales se demuestre que se trasladaron a otros municipios y cuya prestación de servicios continuó a cargo de Comfamiliar.

Acto seguido, el Tribunal resaltó que, ante la carencia de material probatorio, era menester acudir a la condena en abstracto, toda vez que resultaba imposible realizar en la sentencia la liquidación del contrato bajo los parámetros señalados con anterioridad, dado que en el expediente no se contaba con la liquidación



expedida por el Ministerio de Protección Social mediante la Circular Externa 028 de 2011, así como tampoco con la Declaración de Giro y Aceptación de Saldos (DGAS), con la base de datos en línea con la que cuenta Comfamiliar y, en general, con toda la documentación requerida para realizar este procedimiento.

6.4. En relación con la pretensión relativa al pago de la suma de \$892'210.093, 28, correspondiente al valor reclamado por Comfamiliar como saldo que, en su criterio, resultaba a su favor en la liquidación del contrato, el Tribunal señaló que no se acreditó lo correspondiente y añadió que, hasta tanto no se realizara la liquidación del contrato de conformidad con los parámetros mencionados, no podía determinarse el monto final del cruce de cuentas, a su favor o en contra. Adicionalmente, el *a quo* indicó que no se demostraron los perjuicios solicitados por la parte actora y que, si bien se pidió el pago de perjuicios como consecuencia de una demanda ejecutiva interpuesta por la ESE Carmen Emilia Ospina por el no pago de los servicios, al proceso no se allegó prueba alguna respecto de ello.

7. Recurso de apelación

El municipio de Neiva interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones.

7.1. Sostuvo que en el expediente no existe prueba de la cual pueda determinarse que las resoluciones demandadas se encuentren inmersas en ilegalidad. Dijo que no se entiende por qué se declaró la nulidad de los actos cuestionados, cuando en la misma sentencia se estableció que ante la falta de prueba no era posible ordenar el pago de la suma reclamada por el valor de \$892'210.093,28, la cual, en criterio de la parte actora, es la que corresponde a la realidad y en favor de Comfamiliar.

Aseveró que, contrario a lo expuesto en la sentencia apelada, la liquidación unilateral efectuada por el municipio de Neiva estuvo acorde con el número de beneficiarios, de acuerdo con la base de datos aplicable. Para el efecto, indicó que en la cláusula octava del contrato, relativa a la forma de pago, se pactó de manera clara y precisa que debía tenerse en cuenta el número de afiliados que se encontrara en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), de modo que la liquidación del contrato debía partir de ahí y no como lo determinó el Tribunal de primera instancia, máxime porque los parámetros establecidos en el fallo apelado



rebosaban lo pedido por la parte actora en su demanda, no teniendo el juez administrativo la facultad para conceder peticiones no pedidas, por tratarse de una jurisdicción rogada.

Seguidamente, indicó que la liquidación unilateral cuestionada en el proceso se ajusta a los lineamientos de la Circular 028 de 2011, pues en dicho acto se determinó que el valor del contrato era de \$20.987'438.791,20, que el valor ejecutado fue de \$19.787'223.490,66, que los valores pagados a Comfamiliar ascendieron a la suma de \$19.734'501.868,00 *“y por artículo 217 de la Ley 100 de 1993 la suma de \$434'592.0000”*, de ahí que, realizada la respectiva operación aritmética con los descuentos correspondientes, resulte un saldo a favor del municipio por valor de \$364'473.613,24, lo que desdibuja, entonces, lo señalado por el Tribunal.

De igual modo, afirmó que no era procedente reconocer suma alguna a la parte actora, dado que, para el reconocimiento de la UPC-S por afiliados no reportados a la red, Comfamiliar debió demostrar la atención de aquellos, cosa que no ocurrió, pues la actora no allegó soportes que acreditaran dicha circunstancia, por lo que el valor de esos usuarios no reportados no fue posible incluirlo en la liquidación, en atención a lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 415 de 2011.

Estimó que no era de recibo lo pretendido por la parte demandante en el sentido de que era viable que se reconocieran los afiliados de Comfamiliar que no estaban cargados en la BDUA, toda vez que ello difiere de lo contemplado en la Circular Externa 028 de 2011 y de la normatividad aplicable, de modo que la liquidación unilateral efectuada por el ente territorial se ajustó a derecho, basada en los informes de la interventoría.

En consecuencia, señaló que debían negarse las pretensiones de la demanda, salvo la concerniente a la existencia del contrato.

7.2. Alegó que las resoluciones demandadas, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato en mención, no fueron objeto de la solicitud de conciliación prejudicial, por lo que, en su criterio, no se agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 del CPACA.



8. Actuación en segunda instancia

Luego de admitirse el recurso de apelación mediante auto del 11 de diciembre de 2018¹², a través de providencia del 21 de agosto de 2019¹³ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público para que presentara el concepto de rigor.

8.1. Comfamiliar solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, basado en que la decisión del Tribunal se basó en el material probatorio y en la normativa aplicable al caso¹⁴.

8.2. El municipio de Neiva insistió en los argumentos del recurso de apelación y, por ende, pidió la revocatoria del fallo apelado¹⁵.

8.3. El Ministerio Público rindió concepto solicitando la revocatoria de la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, porque la liquidación unilateral efectuada por el municipio de Neiva atendió al marco jurídico aplicable, en concreto a la Circular 028 de 2011 y a los lineamientos fijados por el legislador, por el Ministerio de Salud y Protección Social para liquidar esos contratos de aseguramiento, al haber tenido en cuenta los datos contenidos en la BDUA para realizar los pagos de las UPC-S.

Precisó que, conforme con la normativa aplicable, para el reconocimiento de las UPC-S a las EPS, indistintamente de las atenciones médicas prestadas, debe acreditarse que los afiliados para el momento de la liquidación del contrato estaban registrados en la BDUA, e insistió en que la erogación de los recursos destinados al régimen subsidiado de salud no depende de la base de datos en línea del software de a EPS sino de la BDUA y de sus actualizaciones¹⁶.

¹² Folios 485 y 489 del cuaderno del Consejo de Estado

¹³ Folio 492 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁴ Folios 495 a 505 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Folios 507 a 509 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Folios 515 a 524 del cuaderno del Consejo de Estado.



III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) medio de control precedente; (2.1.) régimen jurídico aplicable a los contratos de aseguramiento y naturaleza de los actos que se expiden con ocasión de estos negocios jurídicos, en particular el de liquidación unilateral que la entidad profirió; (2.2.) la procedencia del medio de control de controversias contractuales ejercido en el asunto *sub examine*; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales; (5) objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver; (6) hechos probados y pruebas adicionales de cara a la resolución del problema jurídico; (7) solución al caso concreto; y (8) costas.

1. Jurisdicción y competencia

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 104¹⁷ del CPACA, vigente a la fecha de radicación de la demanda¹⁸ y, por lo mismo, aplicable al presente proceso, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto, en tanto la controversia gira en torno al contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado, que fue suscrito entre una entidad territorial, como lo es el municipio de Neiva¹⁹, y Comfamiliar EPS.

¹⁷ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”. Se precisa que al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado, sin incluir la reforma de la Ley 2080 de 2021, debido a que no se encontraba vigente para la fecha de presentación de la demanda.

¹⁸ 13 de mayo de 2014.

¹⁹ De conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993: “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**; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (se destaca).

¹⁹ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de



1.2. Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2018 por el Tribunal Administrativo del Huila, de conformidad con lo previsto en el artículo 150²⁰ y el numeral 4 del artículo 152²¹ del CPACA, dada la vocación de doble instancia del proceso, en razón de que la única pretensión económica de la demanda²² excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes²³ a la fecha de interposición del respectivo libelo introductorio²⁴.

2. Medio de control procedente

Previo a abordar lo correspondiente a este presupuesto procesal, la Sala considera pertinente referirse al régimen jurídico que gobierna los contratos para la administración de recursos del régimen subsidiado *-también denominados contratos de aseguramiento-*, así como a la naturaleza de los actos que profieren los entes territoriales contratantes en el marco de esos negocios jurídicos.

2.1. Régimen jurídico aplicable a los contratos de aseguramiento y naturaleza de los actos que se expiden con ocasión de estos negocios jurídicos, en particular el de liquidación unilateral que la entidad profirió

2.1.1. Con la Ley 100 de 1993 se instituyó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que comprende dos modalidades de afiliación, como lo son: el régimen

este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...].

²⁰ *“Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...].”*

²¹ *“4. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

²² Se pidió la suma de \$892'210.093.28.

²³ A la fecha de presentación de la demanda (2014) 500 SMLMV equivalían a \$308'000.000.

²⁴ Como la demanda se presentó en vigencia del CPACA, la norma con la cual se determina la competencia por razón de la cuantía es el artículo 157 de ese cuerpo normativo, la cual, entre otras cosas, consagra: *“Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor”.*



contributivo y el régimen subsidiado, este último el cual fue creado con el propósito de financiar la atención en salud a las personas más pobres y vulnerables del país que no tienen capacidad de cotizar, según lo dispuso el artículo 212²⁵ *ibidem*, disposición normativa que, además, radicó en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la operación del referido régimen subsidiado.

El artículo 215²⁶ de la Ley 100 de 1993 establece que las direcciones locales, distritales o departamentales de salud son las encargadas de suscribir los contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud (EPS) que afilian a los beneficiarios del subsidio. A su vez, el artículo 216²⁷ *ibidem*, que consagra las reglas básicas para la administración del régimen subsidiado, en su numeral 2 dispone que los contratos que se celebran para la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud -*también denominados contratos de aseguramiento*- se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de que se puedan incluir las cláusulas exorbitantes propias del derecho público, y así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corporación²⁸. Igualmente, el artículo 52²⁹ del Acuerdo 415 de 2009³⁰, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud,

²⁵ “ARTÍCULO 212. Creación del Régimen. Créase el Régimen Subsidiado que tendrá como propósito financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Este régimen de subsidios será complementario del sistema de salud definido por la Ley 10 de 1990”.

²⁶ “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”.

²⁷ “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**” (se destaca).

²⁸ Ver, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) sentencia del 29 de abril de 2020, Rad.:46172, Subsección C; (ii) sentencia del 18 de agosto de 2020, Rad.:36875, Subsección C; (iii) sentencia del 9 de julio de 2021, Rad.: 58698, Subsección B; (iv) sentencia del 16 de diciembre de 2022, Rad.:40520, Subsección C.

²⁹ “Artículo 52. Contratos para el aseguramiento. Para proveer el aseguramiento de la población afiliada al Régimen Subsidiado y administrar los recursos de este Régimen, la entidad territorial responsable de la operación del Régimen Subsidiado suscribirá un único contrato con cada EPS-S que se encuentre inscrita en el territorio y seleccionada por los beneficiarios. Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, este contrato se regirá por el derecho privado y deberá detallar todas y cada una de las fuentes de financiación del Régimen Subsidiado de Salud y, como mínimo la información que determine el Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de la aplicación de las normas presupuestales vigentes”.

³⁰ “Por el cual se modifica la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.



estableció que, conforme con el numeral 2 del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, los contratos de aseguramiento se gobiernan por el derecho privado.

Bajo ese contexto normativo, queda claro que los contratos de administración de recursos del régimen subsidiado, o también denominados contratos de aseguramiento *-como el negocio jurídico en cuestión-*, se rigen por el derecho privado, con la posibilidad de incluir las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

2.1.2. Siguiendo esa línea argumentativa y teniendo en cuenta que entre Comfamiliar y el municipio de Neiva se suscribió un contrato de administración de recursos y aseguramiento del régimen subsidiado, ha de advertirse que las decisiones adoptadas por el ente territorial en el marco de esa relación negocial de derecho privado no constituyen actos administrativos con carácter ejecutivo y ejecutorio sino actos jurídicos contractuales como expresión de la autonomía privada, con excepción de los casos en los que las disposiciones legales dispongan lo contrario *-como el ejercicio de las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80-*.

En un caso cuya controversia giró en torno a un contrato de aseguramiento, en concreto a una determinación adoptada por la Administración con ocasión de ese negocio jurídico, la Subsección precisó que, en vista de que el acuerdo de voluntades se regía por el derecho privado, esa decisión adoptada por la entidad no constituía un acto administrativo. Esto fue lo que se expuso en aquella oportunidad:

“Como la terminación convenida en el contrato no es ejercicio de función administrativa, tampoco supone la expedición de ‘actos administrativos’. En efecto, corresponde con aspectos propios de la ejecución del contrato y de las cláusulas libremente acordadas, donde la regla general es el derecho privado, aplicable al contrato de aseguramiento, y en el marco del cual la entidad obra como un particular. En este asunto, la entidad está sometida al postulado fundamental de la autonomía privada (1602 del CC). Por ello, sus decisiones, al no suponer ejercicio de poder público alguno, no se materializan en actos administrativos.

Como el régimen jurídico del contrato es el derecho privado, las decisiones adoptadas por la entidad durante la ejecución del contrato no son actos administrativos, ni son susceptibles de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. El daño no proviene de un acto administrativo, ni lo que se pretende es adelantar un juicio de legalidad sobre una prerrogativa que refleje el poder de imperio del Estado, sino de determinar un incumplimiento del contrato por la entidad, que decidió terminar unilateralmente el contrato”³¹.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de agosto de 2020, Rad.: 36875.



Sobre la naturaleza de los actos expedidos por la Administración en el curso de la ejecución de los contratos del Estado exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Corporación ha señalado:

“(...) si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, mas no administrativos”³².

Descendiendo al caso concreto se tiene que Comfamiliar cuestiona las resoluciones por medio de las cuales el municipio de Neiva liquidó unilateralmente el contrato de aseguramiento en cuestión, lo que de entrada conduce a señalar, de conformidad con lo ya expuesto, que aquellas no ostentan la naturaleza de actos administrativos, sino la de actos jurídicos contractuales, cuestión que incide consecuentemente en el análisis del presente caso, como se ahondará más adelante en este proveído.

2.1.3. Para la Sala resulta importante destacar lo que pactaron las partes contratantes sobre la liquidación del contrato objeto de estudio:

“VIGÉSIMA. DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. La liquidación del presente contrato se rige por lo previsto en el artículo 68 del Acuerdo 415 de 2009.

VIGÉSIMA PRIMERA. DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. En el evento de no lograrse la liquidación de mutuo acuerdo del contrato dentro del término de los cuatro meses, EL CONTRATANTE adelantará las acciones administrativas y legales necesarias para proceder a la liquidación unilateral, de conformidad con lo definido por el artículo 50 del Decreto 50 de 2003, para lo cual EL CONTRATANTE deberá expedir acto administrativo ordenándola, dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del término para la liquidación de mutuo acuerdo. En todo caso EL CONTRATANTE, debe allegar al Ministerio de Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia el informe de liquidación del contrato en un plazo no mayor de 6 meses”.

Se observa que las partes acordaron que el contrato debía liquidarse y que, en caso de que no se lograra por mutuo acuerdo, el municipio de Neiva, que es el que fungió como ente contratante, adelantaría las actuaciones para liquidarlo unilateralmente,

³² Consejo de Estado, Sección Tercera -Subsección C, sentencia de 19 de julio de 2017, Rad.: 57394.



ello, según se pactó, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 50 de 2003 y por medio de la expedición de un acto administrativo.

En este punto cabe señalar que, aun cuando se estipuló que la liquidación unilateral se materializaría a través de acto administrativo, la Sala advierte que las resoluciones de liquidación unilateral expedidas por el ente territorial son actos jurídicos contractuales, por el régimen que gobierna este tipo de negocios jurídicos.

Así lo entendió esta Subsección en un caso similar, en el cual se cuestionaron unas resoluciones que liquidaron unilateralmente un contrato de aseguramiento, acuerdo en el cual se pactó que tal liquidación debía adoptarse por acto administrativo:

*“En el caso bajo estudio, las partes convinieron que la cláusula décima quinta del contrato N. 810 de 2002³³ debía ser liquidado, y previeron, para el efecto, unos plazos y un procedimiento constante de dos fases sucesivas, bilateral la primera, y unilateral a iniciativa del municipio, la segunda. Pues bien, **considerado el régimen jurídico al que está sometida esta relación, forzoso es concluir que la liquidación unilateral del contrato, salvo que sobrevenga como consecuencia del ejercicio de las cláusulas de terminación unilateral o de caducidad, ha de entenderse como corresponde en un marco de autonomía negocial: a la manera de un corte definitivo de cuentas de la ejecución contractual que el municipio puede realizar y presentar a su contratista, quien puede o no adherir a él. Incluso, como es admitido en el derecho privado, en caso de existir saldos pendientes de pago en favor del contratista, puede el contratante, en este caso el municipio, realizar una compensación. En modo alguno, entonces, puede entenderse que tal facultad unilateral, establecida mediante cláusula accidental dentro del contenido del contrato, podría calificarse como cláusula exorbitante³⁴, o que el acta de liquidación unilateral constituya un acto administrativo revestido de***

³³ Original de la cita: “DECIMA QUINTA. DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. La liquidación del presente contrato se rige por la ley 80 de 1993, en consecuencia, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del presente contrato, las partes se obligan a su liquidación. DECIMA SEXTA – DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.- En el evento de no lograrse la liquidación de mutuo acuerdo del contrato dentro del término de los cuatro meses, EL CONTRATANTE adelantará las acciones administrativas y legales necesarias para proceder a la liquidación unilateral, para lo cual deberá expedir el acto administrativo ordenándolas, dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del término para la liquidación de mutuo acuerdo. En todo caso EL CONTRATANTE, debe allegar al Ministerio de Salud el informe de liquidación del contrato antes del 31 de diciembre del año correspondiente”.

³⁴ Original de la cita: Esta corporación ha señalado que en los contratos estatales exceptuados de la Ley 80 de 1993, “el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, expediente 57.934. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C-Sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41.783.



presunción de legalidad y en consecuencia, obligatorio, ejecutivo y ejecutorio³⁵
(negritas y subrayas fuera del texto original).

Ahora bien, aun cuando el artículo 50 del Decreto 50 de 2003 *-al que se hizo alusión en la cláusula vigésima primera del contrato-*, en desarrollo del artículo 216 de la Ley 100 de 1993³⁶ que consagró que podían incluirse cláusulas exorbitantes, dispuso que en los contratos de aseguramiento podía pactarse la liquidación unilateral prevista en la Ley 80 de 1993 *-cuya materialización, según ese cuerpo normativo, es por acto administrativo-*, hay que destacar, según el criterio vigente de la Corporación³⁷, que la liquidación unilateral no es una cláusula exorbitante, porque estas son las previstas en el artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, a saber: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad, reversión y sometimiento a leyes nacionales, estableciéndose, de esa manera, una clasificación taxativa³⁸. De este modo, por habilitación legal (art. 216.2 de la Ley de 1993), en los contratos de aseguramiento, pese a que se gobiernan por el derecho privado, pueden ejercerse tales cláusulas exorbitantes por acto administrativo, categoría en la que no entra la liquidación unilateral.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que las resoluciones expedidas por el municipio de Neiva, por medio de las cuales liquidó unilateralmente el contrato de aseguramiento suscrito con Comfamiliar, son actos jurídicos contractuales y no administrativos, atendiendo al régimen de derecho privado que rige esa clase de acuerdo de voluntades, cuya facultad para proferirlos devino de la autonomía de la voluntad de las partes que se plasmó en el negocio jurídico objeto de estudio.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2020, Rad.: 46172.

³⁶ "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**" (se destaca).

³⁷ Ver, entre otras, las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) auto del 18 de abril de 2013, Rad.: 17859; (ii) sentencia del 1º de agosto de 2016, Rad.: 56138; y (iii) sentencia del 3 de agosto de 2017, Rad.: 52531.

³⁸ Sobre el particular, la doctrina autorizada ha señalado: "Sea del paso indicar desde ahora, lo cual, se reiterará en otros apartes de esta obra, que los actos administrativos de imposición y efectividad de multas y de la cláusula penal pecuniaria, al tenor de la jurisprudencia actual de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no corresponden a la categoría de poderes exorbitantes por no pertenecer al listado taxativo de las prerrogativas reseñadas en los únicos poderes exorbitantes" (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá. 2016, p. 617).



Finalmente, cabe destacar que, en virtud de la relevancia y el alcance efectivo del principio de la autonomía negocial, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha señalado que en los contratos que no se rigen por la ley 80 de 1993 sino por el derecho privado pueden pactarse facultades unilaterales en favor de alguna de las partes³⁹, como ocurrió en este caso con el pacto de la liquidación unilateral respecto del contrato de aseguramiento.

2.2. La procedencia del medio de control de controversias contractuales ejercido en el asunto *sub examine*

En virtud de lo previsto en el artículo 141⁴⁰ del CPACA, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

En la demanda se cuestionaron las Resoluciones Nos. 0119 del 17 de septiembre de 2012 y 045 del 26 de diciembre de 2012, por medio de las cuales el municipio de Neiva liquidó el contrato de aseguramiento en cuestión, invocándose causales propias de nulidad, como se desprende de los fundamentos de derecho.

Tales resoluciones fueron tildadas de actos administrativos pero, en virtud de lo expuesto en el acápite anterior, no ostentan ese carácter y esa naturaleza, sino que

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2019, Rad.:39800.

⁴⁰ “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.



son actos jurídicos contractuales, en tanto el régimen que gobierna los contratos de aseguramiento es el derecho privado y no el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y, por ende, los actos expedidos en el marco de su ejecución no pueden reputarse como actos administrativos, sino como actos jurídicos contractuales como expresión de la autonomía de la voluntad.

En ese contexto, y teniendo en cuenta que el artículo 141 del CPACA establece que el medio de control de controversias contractuales es procedente para solicitar la nulidad de actos administrativos contractuales, cabe preguntarse si ese mecanismo judicial también es idóneo para cuestionar los actos jurídicos contractuales, desde luego ya no bajo la óptica del juicio de legalidad que corresponde cuando de por medio hay actos administrativos con carácter ejecutivo y ejecutorio.

El anterior interrogante, frente al medio de control procedente en estos eventos, encuentra respuesta en la sentencia de unificación dictada el 9 de mayo de 2024 por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación⁴¹, en la cual se sostuvo:

*“66. De manera que las ESP en el marco de su contratación: (i) están sometidas al régimen de derecho privado, (ii) sujetas a la ley especial de los servicios públicos domiciliarios, y (iii) no ostentan prerrogativas de poder (con las excepciones previstas en la ley); de manera que los actos que se adoptan en desarrollo de su actividad contractual, no adolecen de los vicios que se predicen de los actos administrativos, entre estos, v. gr. el de falta de competencia, pues ante la inexistencia de competencias administrativas -se itera, con las excepciones de ley- no se podrá desencadenar tal consecuencia. **Esta visión hace concordante su régimen con el medio de control procedente, en tanto (iv) conduce a que los reproches que se hagan respecto de los actos emitidos en el ámbito contractual se definan bajo el mecanismo sustancial y adjetivo concordante a la naturaleza, régimen y elementos del acto, y con ellos, del conflicto que se lleva ante la jurisdicción**”*

Unificación de la jurisprudencia

*67. Basado en las anteriores premisas, cuyos fundamentos servirán para la decisión que se adoptará en esta sentencia, se fija la siguiente regla de unificación: (i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, **para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales**, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.*

(ii) En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio iura

⁴¹ Rad.: 53962.



novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación”.

De acuerdo con la pauta jurisprudencial de unificación en cita, queda claro que el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo judicial procedente para cuestionar los actos proferidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios en el marco de la actividad contractual, que no son actos administrativos sino actos jurídicos de naturaleza contractual, **tesis que se hace extensible al caso concreto**, al margen de que la sentencia de unificación haya girado en torno a actuaciones de dichas empresas de servicios públicos.

A juicio de esta Sala de Subsección, las consideraciones plasmadas en el fallo de unificación resultan aplicables en el *sub lite*, por cuanto las actuaciones del municipio de Neiva *-en el marco de los contratos de aseguramiento-*, al igual que las de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, se rigen por el derecho privado, de manera que los actos expedidos por el ente territorial, por medio de los cuales liquidó unilateralmente el negocio jurídico objeto de estudio, son actos jurídicos contractuales *-no administrativos-* y, por ende, también son controlables judicialmente por la vía del medio de control de controversias contractuales.

Es así que, frente a los actos jurídicos de naturaleza contractual proferidos por el municipio de Neiva, resulta procedente el medio de control ejercido por la demandante, que fue el de controversias contractuales, con la precisión de que en este caso no es posible hacer el análisis desde la perspectiva del juicio de legalidad de los actos administrativos, por más de que en la demanda se hayan invocado causales nulidad y de que a las resoluciones las partes les hayan dado la connotación de “*actos administrativos*”, sino que el estudio se realizará desde la óptica de la responsabilidad contractual, como se ahondará más adelante.

3. Legitimación en la causa

De conformidad con lo establecido en el artículo 141 del CPACA, cualquiera de las partes de la relación contractual puede pedir la declaratoria de incumplimiento y la anulación de actos administrativos contractuales, de ahí que la legitimación en la causa en este tipo de controversia se encuentre, en principio, en cabeza de los extremos del acuerdo de voluntades.



De este modo, Comfamiliar EPS y el municipio de Neiva poseen el interés jurídico que se debate en el presente caso y se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, porque, además de que son las partes de la relación contractual que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial, los actos jurídicos contractuales cuestionados por la parte actora en su demanda fueron proferidos por el ente territorial.

4. Ejercicio oportuno medio de control de controversias contractuales

4.1. El CPACA, en el literal j), numeral 2, del artículo 164 del CPACA, establece la regla general de que en las controversias relativas a contratos el término para demandar será de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento del libelo introductorio.

Los motivos de hecho que sirvieron de fundamento de la demanda en este caso se concretaron en las resoluciones expedidas por el municipio de Neiva, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato de aseguramiento objeto de estudio, por lo cual esas decisiones denominadas como resoluciones por el ente territorial demandado, que no son actos administrativos sino actos jurídicos contractuales, sean el referente para el conteo de la caducidad.

Cabe precisar que, aunque la liquidación unilateral no se realizó dentro de los 30 días previstos contractualmente, lo cierto es que sí se concretó dentro de los 2 años posteriores al vencimiento de dicho plazo⁴², y teniendo en cuenta que lo que debate o cuestiona la parte demandante en este asunto es el contenido de dicho acto jurídico contractual, aquel no puede quedar desprovisto de control jurisdiccional, de

⁴² El contrato de aseguramiento finalizó el 31 de marzo de 2011. Según la cláusula vigésima primera del negocio jurídico, en el evento en que no se logre la liquidación unilateral dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del contrato, la entidad contratante debía adelantar las acciones correspondientes para liquidarlo unilateralmente dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo de la liquidación bilateral. Bajo este contexto, el plazo para liquidarlo bilateralmente feneció el 1° de agosto de 2011 (4 meses), el término para la liquidación unilateral finalizó el 13 de septiembre de 2011 (30 días) y los 2 años posteriores al vencimiento del plazo de la liquidación unilateral se extendieron hasta el 14 de septiembre de 2013. Como la liquidación unilateral se concretó a través de la Resolución No. 0119 del 17 de septiembre de 2012, confirmada mediante la Resolución No. 045 del 26 de diciembre del mismo año, se concluye que aquel acto jurídico contractual se realizó por fuera de los 30 días pactados para ese propósito, pero dentro de los 2 años posteriores al vencimiento del plazo para liquidar unilateralmente el contrato.



ahí que en este caso particular la caducidad deba computarse a partir de que Comfamiliar EPS del Huila tuvo conocimiento de las resoluciones atacadas.

Recuérdese, además, que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia de unificación del 1° de agosto de 2019⁴³, consideró que en caso de duda sobre la aplicación de normas y reglas de caducidad debe privilegiarse una interpretación favorable al ejercicio de la acción, en garantía del derecho de acceso a la Administración Justicia.

Pues bien, la Resolución No. 0119 del 17 de septiembre de 2012, que liquidó unilateralmente el contrato en cuestión, fue confirmada por la Resolución No. 045 del 26 de diciembre de 2012, esta última siendo conocida por Comfamiliar EPS el 11 de enero de 2013⁴⁴, de manera que el plazo para ejercer el derecho de acción en el presente asunto fenecía el 12 de enero de 2015 y dado que la demanda se interpuso el 13 de mayo de 2014, la Sala concluye que se radicó en oportunidad, con independencia del lapso de suspensión del término de caducidad por el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación⁴⁵.

4.2. En este punto de la providencia resulta oportuno señalar que en la apelación interpuesta por la entidad demandada contra el fallo de primera instancia se alegó que Comfamiliar no agotó el requisito de procedibilidad, porque las resoluciones cuestionadas, que liquidaron unilateralmente el contrato de aseguramiento en estudio, no fueron objeto de la solicitud de conciliación extrajudicial.

Sobre el particular, la Sala advierte que no le asiste razón al municipio de Neiva. Revisada la solicitud de conciliación extrajudicial que presentó Comfamiliar, se encuentra que, si bien en aquella se pidió *-de manera general-* que se exploraran las posibles alternativas de arreglo respecto de los recursos que realmente debían reconocerse por concepto del período de aseguramiento entre junio de 2010 y marzo de 2011⁴⁶, lo cierto es que las razones de hecho y de derecho que

⁴³ Rad.: 62009.

⁴⁴ Folio 243 del cuaderno No. 2.

⁴⁵ La constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial obra a folio 18 del cuaderno No. 1.

⁴⁶ Así se plasmó en la solicitud de conciliación extrajudicial (transcripción literal): "*II. OBJETO DE LA PETICIÓN. Pretendo con la presente solicitud que se exploren las posibles alternativas de arreglo respecto del valor y/o recursos que realmente se deben reconocer a la EPS-S Comfamiliar, por concepto del periodo de aseguramiento junio 2010 – marzo 2011 y con base en los aspectos fácticos y jurídicos que implican una controversia de esta naturaleza*" (folios 192 a 194 del C.2).



sustentaron tal petición giraron en torno al desacuerdo frente a lo dispuesto en la liquidación unilateral que el municipio de Neiva concretó en las Resoluciones Nos. 119 del 17 de septiembre de 2012 y 045 del 26 de diciembre de 2012, actos que, valga advertir, fueron mencionados expresamente en la solicitud de conciliación⁴⁷.

Es así que, contrario a lo alegado en la apelación, las citadas resoluciones -*hoy demandadas*- fueron objeto de la solicitud de conciliación extrajudicial, de modo que el correspondiente requisito de procedibilidad sí fue agotado por Comfamiliar.

Finalmente, no está de más señalar que el municipio de Neiva no interpuso el recurso correspondiente contra la decisión que adoptó el *a quo* en la audiencia inicial, consistente en negar la excepción de falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad que propuso dicho ente territorial, con lo cual debe entenderse que la entidad demandada aceptó lo decidido en esa oportunidad y, desde luego, así quedó definido este aspecto. De ahí que, en criterio de esta Subsección, resulte cuestionable y contrario al principio de lealtad procesal que en la apelación contra el fallo de primera instancia el municipio de Neiva insista nuevamente en que no se agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, el cual, en todo caso y tal como acaba de exponerse, sí fue satisfecho por Comfamiliar.

⁴⁷ Las razones de hecho y de derecho que sustentaron la solicitud de conciliación extrajudicial fueron las siguientes (se transcribe forma literal): “1. La EPS-S COMFAMILIAR HUILA celebró con el municipio de Neiva contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud, en virtud del cual se comprometió a garantizar la atención de los servicios de salud del régimen subsidiado a sus afiliados. 2. Mediante oficio SA-0123614 nuestra EPS solicitó al representante legal de COOPSERVIT CTA programar el cronograma de trabajo para la liquidación del periodo junio 2010 – marzo 2011. 3. Mediante oficio de fecha 21 de octubre de 2011 nuestra EPS solicitó al representante legal de COOPSERVIT CTA tener en cuenta los argumentos plasmados mediante oficio SA-01-37975 al momento de hacer la liquidación del periodo comprendido entre junio 2010 – marzo 2011 (...) 5. Mediante oficio USS-2874 de fecha 29 de diciembre de 2011 el municipio de Neiva presente proyecto de liquidación del periodo en cuestión de forma impositiva sin tener en cuenta los argumentos esgrimidos en los oficios anteriores. 6. El 7 de septiembre de 2010 con oficio SA35105 se solicitó al municipio girar el valor correspondiente a la población no reconocida abril-mayo 2010. **7. El Municipio de Neiva, mediante la resolución administrativa 119 del 17 de septiembre de 2012, liquidó de forma unilateral el contrato 4100112010001/02 con vigencia junio 2010 – marzo 2011 arrojando un saldo a favor del municipio por (...) \$364'473.613.24. 8. Contra la citada resolución, la EPS-S COMFAMILIAR interpuso recurso de reposición por ser el único que procedía, con el propósito que se aceptaran los argumentos expuestos en los oficios anteriores y se reliquidara dicho contrato. 9. Mediante Resolución 045 del 26 de diciembre de 2012, se resolvió el recurso de reposición confirmando en todo su contenido la resolución administrativa número 0119 del 17 de septiembre de 2012 (...) IV. CUANTÍA. Para efectos de la presente conciliación determino la cuantía en (...) \$892'210.093.28 correspondientes al valor que debe reconocer el ente territorial a favor de la EPS COMFAMILIAR dentro de la liquidación del periodo de aseguramiento de junio 2010 – marzo 2011**.”(se destaca).



5. Objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver

De entrada, resulta oportuno precisar que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida. Es así que, de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso (CGP)⁴⁸, la apelación *“tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*; a la vez que, según lo consagrado en el artículo 328 del CGP, *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio (...)”*.

Es así que, atendiendo a los reparos concretos del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia y bajo la concepción de que el contrato objeto de estudio se rige por el derecho privado y de que las resoluciones demandadas no ostentan la naturaleza de actos administrativos sino de actos jurídicos de naturaleza contractual *-lo que descarta que el análisis en este asunto se realice bajo un juicio de legalidad-*, el **problema jurídico** se contrae a determinar, desde la perspectiva de la responsabilidad eminentemente contractual, si la liquidación unilateral realizada por el municipio de Neiva respecto del contrato de aseguramiento obedeció o no a la realidad de la ejecución de tal negocio jurídico.

6. Hechos probados y pruebas adicionales de cara a la resolución del problema jurídico

En el expediente reposan unos documentos en copia auténtica y otros en copia simple. Frente a estos últimos la Sala advierte que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del CGP⁴⁹, los documentos aportados en copia simple serán

⁴⁸ “ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

⁴⁹ “ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.



analizados; además, se precisa que aquellos no fueron tachados de falsedad por alguna de las partes en la oportunidad procesal pertinente, y tampoco existe alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia.

En relación con el contrato de aseguramiento y su clausulado

6.1. Está probado que, el 1° de junio de 2010, el municipio de Neiva y Comfamiliar suscribieron el contrato No. 410012010001⁵⁰, cuyo objeto consistió en la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el cumplimiento de función indelegable del aseguramiento en salud de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado Activos en BDUA⁵¹.

6.1.1. Se pactó el 1° de junio de 2010 como fecha de iniciación y el 31 de julio de 2010 como fecha de terminación.

6.1.2. En cuanto a la información de población por tipo de subsidio, en el contrato consta que Comfamiliar contaba con 84.695 personas en total: 84.336 personas con UPS plenas y 359 personas con UPS parcial.

6.1.3. En el anexo técnico del contrato⁵² se acordó lo siguiente:

En la **cláusula segunda**, concerniente a las obligaciones del municipio contratante, se estipuló que dicho ente, entre otras cosas, le correspondía entregar al contratista el archivo de afiliados al régimen subsidiado que hacía parte de este negocio con la información depurada y actualizada; cumplir con todas las obligaciones respecto de la BDUA, de acuerdo con la normatividad vigente; y pagar la unidad de pago por capitación del régimen subsidiado – UPC-S, correspondiente a los afiliados contratados y activos en la BDUA, desde la fecha de afiliación, con independencia de la fecha de su cargue efectivo en la BDUA, de acuerdo con la cláusula séptima.

En la **cláusula tercera**, relativa a las obligaciones del contratista, se pactó que a Comfamiliar le correspondía: cumplir con las obligaciones establecidas en el POS

⁵⁰ Se precisa que este contrato también fue suscrito por Cafesalud EPS, Comparta EPS, Solsalud EPS y Caprecom EPS.

⁵¹ Folios 369 a 372 del cuaderno No. 2.

⁵² Folios 373 a 379 del cuaderno No. 2.



vigentes al momento de la prestación de servicios, desde la fecha de afiliación, con independencia de la fecha de su cargue efectivo en la BDUA; cumplir con todas las obligaciones respecto de la BDUA de acuerdo con la normatividad vigente; y entregar la base de datos de los afiliados a la red prestadora de servicios, a la suscripción del contrato, y actualizarla como mínimo mensualmente.

En la **cláusula séptima** se acordó que el valor del contrato correspondía al resultado obtenido de multiplicar el valor de la UPC-S por el número de afiliados activos y cargados al BDUA en la fecha de corte diferida para el cálculo del giro, por los meses totales del contrato.

En cuanto a la forma de pago, en la **cláusula octava** se pactó lo siguiente:

“(...) EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA las UPC-S correspondientes a sus afiliados, bimestre anticipado y dentro de los diez (10) primeros días de cada bimestre. El cálculo de las UPC-S a pagar se realizará teniendo en cuenta los afiliados activos en la BDUA actualizada, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes, que realizará el operador de información cuando a ello haya lugar, aplicando el 100% de los recursos que financian y cofinancian el régimen subsidiado. El primer pago deberá corresponder al valor proporcional de las UPC-S resultantes, de los afiliados reportados en la BDUA y los pagos posteriores tendrán en cuenta las novedades o ajustes que afecten la sumatoria total del valor de las UPC-S resultante inicialmente, para lo cual se harán los ajustes o cruces de cuentas de afiliados necesarios, para determinar lo efectivamente adeudado a EL CONTRATISTA en relación con el valor de las UPC-S; estos ajustes, deberán reflejarse en el archivo de la declaración de giro y aceptación de saldos y en el valor a pagar en el período inmediatamente siguiente (...).”

6.2. Se encuentra demostrado que, el 1° de agosto de 2008, el municipio de Neiva y Comfamiliar suscribieron el contrato No. 41001201000⁵³, con fecha de finalización el 31 de diciembre de 2010. En cuanto a la información de la población afiliada, aparece consignado que la ahora demandante contaba con un total de 87.260 personas: 6.976 UPC plena y 284 UPC parcial⁵⁴.

En este punto la Sala precisa que, si bien en la demanda se alega que el contrato de aseguramiento tuvo vigencia entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, en el expediente no obra la prueba del contrato o del otrosí que dé cuenta de que esa relación sí se extendió hasta el 31 de marzo de 2011; no obstante, aunque con lo hasta aquí visto la relación comercial inició el 1° de junio de 2010 y luego el 1°

⁵³ Se advierte que en el folio contentivo de ese documento no se observa con claridad la numeración completa del contrato.

⁵⁴ Folios 366 a 368 del cuaderno No. 2.



de agosto se continuó con el aseguramiento hasta el 31 de diciembre de 2010, con los medios probatorios que se relacionan a continuación se desprende que, en efecto, el negocio de aseguramiento sí tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 2011.

En cuanto a la comunicación cruzada para la liquidación del contrato de aseguramiento

6.3. Está acreditado que, el 15 de junio de 2010, el coordinador de Comfamiliar EPS Huila le manifestó a Cooservit C.T.A. *-interventor del contrato-* su interés de liquidar de manera conjunta la vigencia entre junio de 2010 y marzo de 2011, solicitándole su colaboración para establecer un cronograma de trabajo⁵⁵.

6.4. Se encuentra probado que, mediante oficio SA-01-37975 del 16 de septiembre de 2011, radicado en Cooservit C.T.A. *-interventor del contrato-* el 19 de septiembre de 2011, el coordinador de Comfamiliar EPS Huila le informó que, en cumplimiento de la Circular Externa No. 028, proyectó una preliquidación de acuerdo con la información que el Ministerio de Protección Social publicó en el FTP, precisando que debía reconocerse las UPC de los afiliados efectivos (uno a uno y día a día) cargados en la BDUA hasta el 31 de marzo de 2011, y cruzados con la información de la Declaración de Giro y Aceptación de Saldos –DGAS y/o pagos efectivamente girados por el municipio a la EPSS; agregando que *“con el resultado de este cruce se genera la información soporte para proceder al pago de lo debido”*⁵⁶.

6.5. Consta que, mediante oficio del 21 de octubre de 2011, el director administrativo de Comfamiliar le solicitó a Cooservit C.T.A. *-interventor del contrato-* agilizar el procedimiento de liquidación del contrato, teniendo en cuenta lo siguiente⁵⁷:

“Hemos de insistir en que se ha de tenerse en cuenta el número de usuarios validados en la BDUA, así no aparezcan temporalmente en la red en razón a que la EPSS ha de responder ante la red por la prestación de los servicios médicos asistenciales de los usuarios, así no aparezcan en la base de datos las IPS, puesto que es obligación contractual y legal prestarles esos servicios. No se puede decir, que sí, a manera de ejemplo, el señor Luis Rodríguez quien aparece registrado por el Fosyga como usuario de la red, nosotros como EPSS le negamos los servicios requeridos con el argumento, por supuesto erróneo, que no aparece en la base de datos de la IPS. En este caso, estamos obligados a prestarle el servicio.

⁵⁵ Folio 32 del cuaderno No. 1.

⁵⁶ Folios 37 y 38 del cuaderno No. 1.

⁵⁷ Folio 33 del cuaderno No. 1.



Cuando se presenten circunstancias como la del ejemplo, al señor Rodríguez, para efectos de su atención y en razón a que no figura aún en la BDUA, le entregamos la autorización de servicio en hoja rosada que constituye el soporte de afiliación al régimen subsidiado aún sin figurar en la base de datos de nuestra red. Consideramos que nos asiste razón legal y contractual para que, en la liquidación final de los contratos de aseguramiento, se tengan en cuenta la totalidad de usuarios registrados en la BDUA, así no aparezcan en la base de datos de las IPS para el mes de liquidación”.

6.6. Se demostró que, a través del oficio CTA No. 660 del 1° de noviembre de 2011, la gerente de Cooservit C.T.A. –*interventor del contrato*- le señaló al director administrativo de Comfamiliar cuál era el protocolo que debía seguirse para la liquidación de contratos con vigencia entre junio de 2010 y marzo de 2011, así: **(i)** tomar como base la guía de liquidación publicada por el Ministerio de la Protección Social, de conformidad con lo dispuesto en la Circular Externa No. 028 de 2011; **(ii)** recopilar las bases de datos que entregaron las EPS-S a las IPS durante el periodo entre el 1° de junio de 2010 al 31 de marzo de 2011, para cada uno de los meses; **(iii)** tomar el histórico de afiliaciones del departamento del Huila, suministrado por la Secretaría de Salud Departamental; **(iv)** realizar el cruce entre la base de las EPS-S entregada a la IPS y el histórico de afiliaciones con el fin de adicionar a la base de datos de la red el IdFosyga o serial afiliado, el cual es asignado a cada afiliado que ingresa en la BDUA y es inmodificable; **(v)** depurar de la base de la red para eliminar duplicados; **(vi)** cruzar la base guía y la base de la red utilizando el id Fosyga, y el mes o periodo de la liquidación⁵⁸.

Con ocasión de lo anterior, en tal oficio la gerente de Cooservit plasmó:

“Es imposible acceder a su solicitud de ‘se tengan en cuenta la totalidad de usuarios registros en la BDUA, así no aparezcan en la base de datos de las IPS para el mes de liquidación’; se reconocieron con soportes la atención de usuarios de las novedades presentadas posterior al envío de la base de datos enviadas a la red, a partir de la fecha de cargue a la BDUA. Es de anotar que la EPS-S no reconoce a las ESEs la atención de usuarios que no están cargados en la BDUA y algunas ESEs no les prestaron servicios de salud a los usuarios con la copia rosada que no estuvieran cargados en la BDUA”.

Con tal oficio la gerente de Cooservit C.T.A. le remitió al director administrativo de Comfamiliar el acta de liquidación del contrato de aseguramiento para el período entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, que daba un saldo a favor del municipio de Neiva en el monto de \$364'473.613.24⁵⁹

⁵⁸ Folios 39 a 42 del cuaderno No. 1.

⁵⁹ Folios 236 y 237 del cuaderno No. 2.



6.7. Se halla demostrado que, mediante oficio USS-2874 del 29 de diciembre de 2011, la secretaria de salud del municipio de Neiva le remitió al representante legal de Comfamiliar el acta de liquidación final del período entre junio de 2010 y marzo de 2011, otorgándole un término de tres días a la ahora demandante para su aceptación⁶⁰. Al oficio se anexó un folio en el que se observa un cuadro estableciendo unos saldos finales y en el que se determinó que Comfamiliar EPS le adeudaba al ente territorial la suma de \$364'473.613.24.

6.8. Está probado que, a través del oficio No. 0101 del 23 de enero de 2012, la secretaria de salud del municipio de Neiva le solicitó a Comfamiliar EPS que allegara lo más pronto posible el acta de liquidación del contrato de aseguramiento que le fue remitida mediante el oficio USS-2874⁶¹.

Respecto de las resoluciones que liquidaron unilateralmente el contrato de aseguramiento

6.9. Consta que, mediante la Resolución No. 119 del 17 de septiembre de 2012, el municipio de Neiva liquidó unilateralmente el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en Salud, el cual suscribió con Comfamiliar⁶².

El ente territorial, de acuerdo con los informes de la interventoría sobre la ejecución del objeto del contrato, determinó el estado de las obligaciones de las partes, hallando que Comfamiliar desarrolló parcialmente las que estaban a su cargo y presentando al respecto el siguiente cuadro:

CONCEPTO	VALOR
Valor total del contrato (inicial – otrosí – adenda)	\$20.987'438.791.20
Valor total a pagar según liquidación	\$19.787'223.490.66
Valor total pagado por el municipio	\$19.734'501.868.00
Valor total pagado según Art. 217 Ley 100/93	\$434'592.000.00
Descuento de fallecidos	\$17'396.764.10
A favor del municipio	\$364'473.613.24

⁶⁰ Folios 35 y 36 del cuaderno No. 1.

⁶¹ Folio 34 del cuaderno No. 1.

⁶² Folios 163 a 166 del cuaderno No. 2.



En la resolución se plasmó que, luego de la discusión sobre los resultados de la liquidación del contrato, Comfamiliar no aceptó los descuentos realizados por el municipio atinentes a las UPC-S no reconocidas por afiliados no reportados a la red; que el ente territorial y la interventoría le dejaron claro a Comfamiliar que para el reconocimiento de más UPC-S por afiliados no reportados a la red debía demostrar la atención a dichos afiliados, lo cual, según se indicó, no acreditó, aun cuando se le otorgó un plazo para que allegara los respectivos soportes. Seguidamente se indicó que, ante la obligatoriedad de liquidar los contratos de aseguramiento y dado que no se logró un consenso para realizarlo bilateralmente, el ente territorial procedió con la liquidación unilateral del negocio jurídico.

Anexo a la resolución se encuentra acta de liquidación elaborada por el municipio de Neiva en la que se consignó la siguiente información: **(i)** que en el contrato inicial, vigente entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de julio de ese año, el número de afiliados era de 86.136, con un valor de UPC de \$193.153, y de 359 afiliados, con un valor de UPC de \$19.074, para un total de \$4.166'182.647.84; **(ii)** que en el otrosí del contrato, vigente entre el 1° de agosto de 2010 y el 31 de marzo de 2011, el número de afiliados era de 86.976, con un valor de UPC de \$193.152, y de 284, con un valor de UPC de \$76.295.04, para un total de \$16.821'256.143.36; **(iii)** que, sumados los valores, el contrato ascendió a la suma de \$20.987'438.791.20; **(iv)** que, teniendo en cuenta los valores ejecutados, así como los girados por cada bimestre, se arribó a la conclusión de Comfamiliar le adeudaba al municipio \$364'473.613.24⁶³.

6.10. Se encuentra probado que Comfamiliar interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 119 del 17 de septiembre de 2012, al considerar que la liquidación unilateral no obedeció a la realidad ni a la ejecución del contrato, pues el municipio no tuvo en cuenta el número de usuarios cargados en la base de datos en línea de la ahora demandante y, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del Decreto 4747 de 2007, a las EPS les corresponde cancelar a la red prestadora la totalidad de usuarios cargados en la base de datos en línea, al margen de que los mismos hayan sido cargados o no en la BDUA. Adicionalmente, señaló que se

⁶³ Folios 167 y 168 del cuaderno No. 2.



desconoció la certificación de la ESE Carmen Emilia Ospina, que certificó usuarios atendidos que no fueron reconocidos en la liquidación realizada por la entidad⁶⁴.

6.11. Está probado que, mediante Resolución No. 045 del 26 de diciembre de 2012, el municipio de Neiva confirmó la Resolución No. 119 de 2012, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de aseguramiento⁶⁵.

El municipio descartó el recurso de reposición al señalar que la población cuya UPC se reconoció a la EPS por el período comprendido entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011 correspondió a aquella que efectivamente tuvo acceso a los servicios de salud cuando lo requirieron. Dijo, además, que para efectos de realizar la liquidación tuvo en cuenta la Circular Externa No. 028 del 17 de mayo de 2011.

Sobre los contratos suscritos entre Comfamiliar EPS y la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva y demás documentos relacionados

6.12. Está acreditado que, el 1° de mayo de 2010, Comfamiliar EPS Huila y la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva suscribieron el contrato CT-41-021-2010, con el objeto de que la segunda prestara los servicios de baja complejidad contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S) a los afiliados de la primera que se encontraran en el régimen subsidiado. Se tiene que se celebró para la vigencia entre el 1° de mayo de 2010 y el 30 de abril de 2011⁶⁶.

6.13. Se probó que, el 1° de mayo de 2010, Comfamiliar EPS Huila y la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva suscribieron el contrato ET-41-009-2010, con el fin de que la segunda le prestara servicios de baja complejidad contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS-S) a los afiliados de la primera que se encuentren en el régimen subsidiado. Se tiene que se celebró con una vigencia entre el 1° de mayo de 2010 y el 30 de abril de 2011⁶⁷. Con tal acuerdo de voluntades se anexaron unos documentos en el que plasmaron las actividades de detección temprana y protección específica de baja complejidad contratada y en el que se precisaron unos

⁶⁴ Folios 154 a 158 del cuaderno No. 2. Otro de los argumentos que planteó Comfamiliar en el recurso de reposición fue que con la Resolución No. 119 de 2012 el municipio de Neiva violó el debido proceso, aspecto sobre el cual no se ahondará en el presente proveído, en tanto la apelación contra el fallo de primera instancia no gira frente a esta cuestión sino sobre el punto de que la liquidación unilateral no obedeció a la realidad del contrato.

⁶⁵ Folios 47 a 54 del cuaderno No. 1.

⁶⁶ Folios 71 a 74 del cuaderno No. 1.

⁶⁷ Folios 78 a 81 del cuaderno No. 1.



parámetros de cómo debían presentarse las cuentas para cobro para procedimientos ambulatorios y servicios de urgencias⁶⁸.

6.13.1. El 1° de julio de 2010, las partes suscribieron Otrosí No. 1 al contrato ET-41-009-2010, indicando que la población de los contratos de aseguramiento con el ente territorial correspondía al No. 410012010001, con 86.136 afiliados⁶⁹.

6.13.2. El 1° de agosto de 2010, las partes firmaron Otrosí No. 2 al contrato ET-41-009-2010, señalando que la población de los contratos de aseguramiento con el ente territorial correspondía al Otrosí No. No. 410012010001, con 85.460 afiliados⁷⁰.

6.14. Se acreditó que, el 1° de mayo de 2010, Comfamiliar EPS Huila y la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva suscribieron el contrato ET-41-010-2010, con el objeto de que la segunda prestara lo servicios de primer nivel de complejidad contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiados (POS-S) a los afiliados de la primera que se encontraran en el régimen subsidiado⁷¹.

6.14.1. El 1° de julio de 2010, las partes suscribieron Otrosí No. 1 al contrato ET-41-010-2010, indicando que la población de los contratos de aseguramiento con el ente territorial correspondía al No. 410012010001, con 34.957 afiliados⁷².

6.14.2. El 1° de agosto de 2010, las partes firmaron Otrosí No. 2 al contrato ET-41-010-2010, señalando que la población de los contratos de aseguramiento con el ente territorial correspondía al Otrosí No. No. 410012010001, con 34.184 afiliados⁷³.

6.15. Se encuentra probado que, el 1° de julio de 2010, Comfamiliar EPS y la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva suscribieron el contrato EP-41-003-2010, con el objeto de que la segunda prestara los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S) del primer nivel de complejidad a los afiliados de la primera cubiertos con subsidio y cobertura parcial. Se tiene que se celebró para la vigencia entre el 1° de julio de 2010 y el 30 de junio de 2011⁷⁴. Con tal acuerdo de

⁶⁸ Folios 82 a 84 del cuaderno No. 1.

⁶⁹ Folio 77 del cuaderno No. 1.

⁷⁰ Folio 76 del cuaderno No. 1.

⁷¹ Folios 87 a 90 de cuaderno No. 1.

⁷² Folio 86 del cuaderno No. 1.

⁷³ Folio 85 del cuaderno No. 1.

⁷⁴ Folios 63 a 63 del cuaderno No. 1.



voluntades se anexó un documento en el que se plasmó cómo debían presentarse las cuentas para cobro para procedimientos ambulatorios y servicios de urgencias⁷⁵.

6.15.1. El mismo 1° de julio de 2010, las partes suscribieron Otrosí No. 1 al contrato EP-41-003-2010, indicando que la población de los contratos de aseguramiento con el ente territorial correspondía al No. 410012010001, con 359 afiliados⁷⁶.

6.15.2. El 1° de agosto de 2010, las partes firmaron Otrosí No. 2 al contrato EP-41-003-2, señalando que la población de los contratos de aseguramiento con el ente territorial correspondía al Otrosí No. 410012010001, con 284 afiliados⁷⁷.

6.16. Consta que, mediante oficio No. SIS-IN-0024 del 2 de diciembre de 2011, la gerente de la ESE Carmen Emilia Ospina le reportó a la coordinadora de Comfamiliar EPS-S el número de usuarios atendidos durante los meses de junio a diciembre de 2010 y de enero a marzo de 2011, así⁷⁸:

AÑO	MES	USUARIOS REPORTADOS	USUARIOS ATENDIDOS
2010	JUNIO	8577	303
2010	JULIO	9826	556
2010	AGOSTO	11880	352
2010	SEPTIEMBRE	10456	320
2010	OCTUBRE	3663	470
2010	NOVIEMBRE	4240	483
2010	DICIEMBRE	22038	2091
2011	ENERO	947	171
2011	FEBRERO	3580	610
2011	MARZO	909	107

6.17. Con la demanda se allegó CD contentivo de la “*base de datos junio 2010 – marzo 2011, Neiva*”, en la que se observa, entre otras cosas, usuarios de la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva.

⁷⁵ Folio 67 del cuaderno No. 1.

⁷⁶ Folio 62 del cuaderno No. 1.

⁷⁷ Folio 61 del cuaderno No. 1

⁷⁸ Folios 257 del cuaderno No. 2.



Testimonios

6.18. En el proceso se recibió el testimonio de Paola Andrea Bustos Sánchez, quien manifestó que era la coordinadora nacional de afiliación de Comfamiliar desde el 1° de diciembre de 2010. Sostuvo que entre el municipio de Neiva y Comfamiliar se suscribió un contrato de administración de recursos y prestación de servicios de salud para la vigencia entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011.

6.18.1. Señaló que la liquidación se realizó siguiendo la Circular Externa No. 028, con la base publicada por el Fosyga, descontándose los pagos que le hizo el municipio a Comfamiliar a través del DGAS (Declaración de Giros y Aceptación de Saldos), determinándose el valor a pagar, liquidación que, según indicó, con la que la ahora demandante no estuvo de acuerdo, en tanto se quedaron por fuera usuarios por la mala calidad de la base de datos, además de que se quedaron registros que no cargaron en el Fosyga, pero se les garantizó el servicio de salud. Seguidamente, señaló que la Nación, a través del Fosyga, publicó una base de datos maestro de afiliados, concretamente una guía de liquidación que indicaba el registro de los afiliados por los cuales se tenía que reconocer en la liquidación, los cargados en la BDUA. Dijo que Comfamiliar, como aseguradora, debía garantizar el servicio de salud de los usuarios, al margen de si estaban cargados en la BDUA.

Sostuvo que la pretensión de Comfamiliar era que todos los usuarios cargados al BDUA se debían pagar a la EPS porque accedieron a servicios de salud, además de aquellos usuarios que fueron reportados a la red prestadora pero que nunca fueron cargados en la BDUA, en tanto las bases de datos que tenía el municipio no eran buenas y los ente territoriales eran los que cargaban esos registros al Fosyga, pero la interventoría hizo caso omiso y no reconoció los usuarios que no pudieron cargarse al BDUA o no fueron debidamente reportados a la red prestadora, a pesar de que se demostró que sí accedieron al servicio de salud, según dio cuenta una certificación expedida por la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva.

6.18.2. Ante la pregunta de si el municipio de Neiva tuvo en cuenta la certificación expedida por la mencionada ESE para efectos de la liquidación del contrato de aseguramiento, la declarante indicó que sí fue tenida en cuenta por el ente territorial pero solo para el mes en que el usuario fue atendido y no para la vigencia completa,



que fue el tiempo que se garantizó el acceso a los servicios de salud. Afirmó que, si se hiciera un ejercicio de liquidación completa en toda la vigencia de solamente los usuarios reportados por la ESE, la liquidación arrojaría un saldo a favor de Comfamiliar por un monto aproximados de \$15'000.000.

6.18.3. Aseveró que a partir de octubre de 2010 en Comfamiliar empezó a operar una base de datos en línea denominada SGA, en la cual sin usuario y sin contraseña se podía revisar la realidad de un afiliado y la red prestadora a la que tenía acceso, e indicó que el municipio de Neiva le solicitó a Comfamiliar que le remitiera la base de datos inicial que se reportaba a la red los primeros días y no la base de datos en línea, quedado por fuera o sin reconocimiento muchos usuarios en la liquidación.

6.19. Se practicó el testimonio de Yecid Chilito Penagos, quien manifestó que se encontraba vinculado a Cooservit C.T.A. y que participó en el grupo de interventoría del contrato objeto de estudio, señalando que fue el encargado de hacer el proceso de cruce de bases de datos con el fin de propender por el seguimiento en cuanto al cumplimiento de las EPS frente a la normativa correspondiente.

6.19.1. Afirmó que para la liquidación final se tuvo en cuenta una base de datos que suministró el Ministerio de la Protección Social, en la cual venían los registros liquidados mes a mes; que la instrucción de esa cartera ministerial consistía en que se tomara esa base como techo máximo de reconocimiento para las EPS y, a partir de ahí, se hiciera el proceso de depuración para determinar lo que debía reconocerse a las EPS; señaló que también se solicitaron las bases de datos a la red prestadora de servicios de salud y se hizo el primer cruce mes por mes entre las bases de datos, estableciéndose e identificándose cuáles eran los registros que cumplían con los requisitos para ser reconocidos. Indicó que dentro del reconocimiento en la liquidación no se dejaron por fuera usuarios, pues la interventoría tomó el archivo con todos los registros que se podían reconocer.

6.19.1. Ante la pregunta de si para la liquidación se tuvo en cuenta la base de datos en línea SGA que tenía Comfamiliar para el correspondiente cruce de información, el testigo señaló que de manera bimensual solicitaba a la EPS su base de datos, la cual cruzaba con la del BDUA y con la del municipio, y luego se generaban unos informes detallados en los cuales se consignaban inconsistencias y recomendaciones para adelantar acciones en procura de que toda la población



fuera efectivamente cargada. Finalmente, dijo que para la liquidación se tuvo en cuenta los usuarios atendidos por la ESE Carmen Emilia Ospina de Neiva.

6.20. También se recibió el testimonio de Adiel Ortiz Tovar, quien se presentó como trabajador de Cooservit C.T.A. participando en el equipo interventor del contrato de aseguramiento, señaló que de manera bilateral se empezó a realizar la liquidación de ese negocio y para ello se estableció un protocolo de cómo se debían realizarse los cruces de las bases de datos para así determinar qué era lo que debía reconocerse. Dijo que, si bien inicialmente la liquidación arrojó un saldo en contra de Comfamiliar por la suma de \$900'000.000, después de un proceso de dos o tres meses y con los debidos soportes el saldo se redujo a \$300'000.000 aproximadamente, liquidación esta última que, a pesar de que fue remitida a Comfamiliar para su visto bueno, esta EPS nunca brindó respuesta.

6.20.1. Ante el cuestionamiento de si se tuvieron en cuenta las certificaciones expedidas por la ESE Carmen Emilia Ospina, señaló que sí fueron tenidas en cuenta e hizo referencia a que se pidió la base de datos que Comfamiliar le reportaba a la ESE, la cual se cruzó con la base de datos maestro para verificar si lo reclamado por la ahora demandante era realmente lo que había enviado a la ESE.

6.20.2. Aseveró que no conocía la base de datos en línea SGC de Comfamiliar, lo cual, según indicó, dicha EPS nunca informó al respecto, de ahí que aquella no se haya tenido en cuenta para liquidar el contrato de aseguramiento. Además, sostuvo que la base de datos en línea era más bien para el sistema de autorizaciones que se realizaban entre la IPS y la EPS.

Relacionados los testimonios, se observa que uno de los declarantes tiene vínculo laboral con Comfamiliar, mientras que los otros con la interventora del contrato, testimonios que se valorarán en conjunto con los demás medios de prueba.

Pruebas adicionales

Además de los documentos que dan cuenta de los hechos probados indicados precedentemente y de las pruebas testimoniales referidas, en el expediente reposan las siguientes pruebas adicionales:



6.21. Oficio SA-01-36625 del 13 de septiembre de 2010, por medio del cual el coordinador de la EPS-S Comfamiliar le informó al representante legal de la IPS Comfamiliar que debía prestarse el servicio de salud a los usuarios tan solo con la presentación de la copia rosada (copia del afiliado) de los formularios de registro de novedades y traslados entre eps-s y/o de afiliación e inscripción del régimen subsidiado para beneficiarios del subsidio en salud, aun cuando no se encontraran reportados en la base de datos de la institución. Adicionalmente, le señaló que Comfamiliar Huila EPS-S reconocería la capitación diaria proporcional correspondiente al valor del usuario contratado, para lo cual la IPS debía presentar una factura adicional junto con las copias de los formularios la verificación mencionada y los registros individuales de salud RIPS, aunado al hecho de que el reconocimiento estaría sujeto a la verificación del reporte de novedades que realizara la EPS para los siguientes casos: ingreso nuevo, traslados entre EPS-S e ingreso por nacimientos en mayores de 30 días y menos de un año⁷⁹.

6.22. Respuesta fechada el 11 de noviembre de 2011 que dio la coordinadora del Grupo de Administración de Subsidios del Ministerio de Salud a un derecho de petición que elevó Comparta EPS-S⁸⁰, en los siguientes términos⁸¹:

“1. En la liquidación de los contratos administrativos de junio a marzo de 2011 el municipio, nos pueden reconocer los afiliados que se reportaron en la guía de liquidación y que Comparta EPS-S no envió en la base de datos en un periodo determinado pero que garantizó servicios a través de los contratados con las IPS

R/ Para el periodo de contratación señalado, la entidad territorial se sujetó a los parámetros normativos de los decretos 1964 y 1965 sobre la forma del contrato de aseguramiento y su ejecución respectivamente. Contrato que para su liquidación debe aplicarse el artículo 4 del Decreto 415 de 2011.

*En este orden, es claro que el municipio puede proceder al reconocimiento de la UPC a la EPS, en la medida en que se den las condiciones del artículo 4 del decreto mencionado, tales como, que la EPS-S acredite que efectivamente garantizó el aseguramiento, para lo cual deberá demostrar con hechos ciertos y debidamente documentados la garantía del acceso a los servicios de los afiliados y adicionalmente que los afiliados para el momento de la liquidación del contrato se encuentren registrados en la BDUA independiente de la fecha de registro en la BDUA. **Para los afiliados que no aparecen registrados en la BDUA no procede reconocimiento;** la operación del régimen subsidiado en la vigencia 2010 y la modalidad de reconocimiento, giro y pago de la UPC-S no permite pago alguno” (se destaca).*

⁷⁹ Folios 29 a 31 del cuaderno No. 1.

⁸⁰ Se precisa que Comparta fue una de la EPS-S que también suscribió el contrato de aseguramiento.

⁸¹ Folios 19 a 22 del cuaderno No. 1



6.23. Instructivo DGGDS-RS-005-2010 fijado por la Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud del Ministerio de la Protección Social, con destino a los gobernadores, alcaldes, entre otros, en el cual se fijaron las directrices para la prórroga de los contratos del régimen subsidiado a partir del 1° de agosto de 2010⁸²,

En este documento se plasmó:

“Población que no se encontraba cargada en la BDUA, pero se encontraba afiliada y carnetizada en el régimen subsidiado.

(...) Los afiliados al régimen subsidiado que no se encontraba cargados en la BDUA al momento del giro de los recursos correspondientes al bimestre abril-mayo de 2010 y por los cuales no recibieron giro las EPS-S, pero que se encontraban afiliados y carnetizados al inicio de dicho período abril de 2010, el Ministerio dio lineamientos mediante instructivo 001 de 2010 de la Direcciones de Planeación y Análisis de Política y la Dirección General de Gestión de la Demanda, para que las EPS garantizaran la prestación de los servicios de salud a dicha población, así mismo mediante instructivo DGGDS-RS-004-2010, se estableció que en el marco de la liquidación del bimestre abril-mayo se debían tener en cuenta todas las novedades de la población debidamente afiliada, siempre y cuando se contara con los soportes necesarios (Formulario Único de Afiliación y Traslado, RIPS, contratos hechos con la red, servicios efectivamente pagados para esta población, entre otros) para el reconocimiento y pago de lo debido por parte de la entidad territorial.

Conforme lo anterior, para su reconocimiento y pago en la liquidación del bimestre abril-mayo 2010, el municipio y las EPS-S debieron verificar cuáles eran sus afiliados cargados y reconocidos en la BDUA y cuáles no. De igual forma, el municipio debió verificar la afiliación efectiva de dicha población al régimen subsidiado, si la EPS incluyó en los contratos de capitación con la red prestadora de servicios de salud a estos afiliados, si garantizó efectivamente la prestación de servicios de salud y presentó los soportes correspondientes a la atención”.

6.24. Informes de interventoría realizados por Cooservit C.T.A. en relación con los bimestres octubre-noviembre de 2010, diciembre 2010-enero 2011 y febrero-marzo de 2011, respecto todas las EPS-S, incluida Comfamiliar, con las que el municipio de Neiva suscribió contrato de aseguramiento⁸³.

6.25. Oficio del 10 de octubre de 2012, en el cual la gerente de Sistema de Gestión LTDA expidió certificación con destino al municipio de Neiva informándole que en Comfamiliar EPS Huila, a partir del 1° de octubre de 2010, se implementó un software para la funcionalidad de la parte tecnológica en la que se podía consultar en tiempo real el estado de afiliación de los usuarios⁸⁴.

⁸² Folios 290 a 296 del cuaderno No. 1.

⁸³ Folio 380 del cuaderno No. 2.

⁸⁴ Folio 261 del cuaderno No. 2.



6.26. Acta de liquidación definitiva, sin firma, estableciéndose un saldo a favor de Comfamiliar EPS en el monto de \$892'210.093.26.⁸⁵

7. Solución al caso concreto

De acuerdo con el material probatorio relacionado, la Sala procederá a resolver el problema jurídico planteado, para lo cual se debe de determinar si la liquidación unilateral del contrato de aseguramiento realizada por el municipio de Neiva se ajustó o no a la realidad de la ejecución de dicho negocio jurídico y si, en efecto, puede predicarse o no una responsabilidad contractual por parte de la entidad.

7.1. Para empezar, la Sala considera oportuno realizar una breve contextualización normativa sobre el tema objeto de debate:

Con la Ley 1122 de 2007, por medio de la cual se hicieron unas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se facultó al Gobierno Nacional para que adoptara las medidas necesarias para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del Sistema, utilizando, de ser necesario, el giro directo⁸⁶.

Con el Decreto 1965 del 31 de mayo de 2010 el Gobierno Nacional dictó normas para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos que financian y cofinancian el régimen subsidiado de salud y para controlar el manejo y destinación de los mismos; en su artículo 3 estableció las etapas del proceso de giro de los respectivos recursos: **(i)** elaboración y suscripción electrónica de la Declaración de Giro de Aceptación de Saldos (DGAS) por parte de las entidades territoriales; **(ii)** verificación del Administrador Fiduciario de los Recursos del Fosyga de la conformidad de la DGAS con las fuentes y los datos registrados en la BDUA, y **(iii)** giro de los recursos que no fueran glosados, es decir, ya validados y certificados; en su artículo 4 consagró que la DGAS era un instrumento mediante el cual la entidad territorial aceptaba que los contenidos de la BDUA correspondía a los afiliados por ella cargados en la misma, así como para aceptar la liquidación de las UPC-S y

⁸⁵ Folio 23 del cuaderno No. 1.

⁸⁶ "ARTÍCULO 13. Flujo y protección de los recursos. Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas (...) PARÁGRAFO 1°. El Gobierno Nacional tomará todas las medidas necesarias para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del Sistema, utilizando de ser necesario, el giro directo y la sanción a aquellos actores que no aceleren el flujo de los recursos".



autorizar las operaciones débito y crédito de las cuentas maestras de los Fondos Territoriales de Salud a las cuentas de los beneficiarios registrados.

En este punto ha de precisarse que el decreto mencionado fue modificado por el Decreto 415 del 14 de febrero de 2011, toda vez que, pese a las medidas adoptadas en el Decreto 1965 de 2010, se seguían evidenciando dificultades en el flujo de recursos, lo que implicó efectuar ajustes al proceso de giro y pago de los recursos que cofinanciaban y financiaban el régimen subsidiado para el período contractual que terminaba el 31 de marzo de 2011. Para el efecto, el Decreto 415 de 2011 derogó expresamente algunas disposiciones del Decreto 1965 de 2010, entre ellas el artículo 4, y dispuso cuáles serían las etapas del proceso de pago de la entidad territorial a las EPS del régimen subsidiado para el período de contratación que terminaba el 31 de marzo de 2011, modificando así el artículo 3 del Decreto 1965.

Al respecto, el artículo 1° del Decreto 415 de 2011 dispuso:

Artículo 1. Modificar el artículo 3° del Decreto 1965 de 2010, el cual quedará así:

Artículo 3°. Etapas del proceso de pago de la entidad territorial a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, EPS-S, para el período de contratación que termina el 31 de marzo de 2011. El proceso de giro y pago de los recursos del Régimen Subsidiado comprenderá las siguientes etapas:

- 1. El Ministerio de la Protección Social dispondrá en el FTP la guía para la liquidación de pagos, la cual se elaborará con la información de la Base de Datos Única de Afiliados — BDUA que recibe, administra y consolida el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga y la UPC-S vigente para cada período y municipio.*
- 2. Cada entidad territorial revisará la guía para la liquidación de pagos dispuesta por el Ministerio de la Protección Social para cada Municipio, a través del mecanismo definido por este último.*
- 3. Cada entidad territorial enviará al administrador fiduciario de los recursos del Fosyga las novedades de retiro de afiliados que no deben hacer parte de la guía para la liquidación de pagos, para actualizar la BDUA conforme a lo establecido en la Resolución 4712 de 2010 y las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.*
- 4. El Ministerio de la Protección Social y/o el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, dispondrá la guía definitiva para la liquidación de las UPC-S a las entidades territoriales, que servirá de base para efectuar los pagos correspondientes a las EPS del Régimen Subsidiado, pagos que en todo caso, deberán realizarse a través de las cuentas maestras territoriales y en los términos señalados en las normas vigentes.*



En el artículo 3 del Decreto 415 de 2015 se estableció que, de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 715 de 2001 y 1122 de 2007, las entidades territoriales eran las responsables del adecuado y oportuno pago de los recursos que financiaban y cofinanciaban el régimen subsidiado de salud, y que la información suministrada por el Ministerio de la Protección Social y/o el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga en la guía para la liquidación de UPC-S constituía un referente para el pago que debía ser liquidado por la entidad territorial de acuerdo con las normas vigentes.

A su vez, en el artículo 4 se dispuso que para el reconocimiento y pago de las UPC-S, por el período entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, *“de los afiliados que no estén registrados en la Base de Datos Única de Afiliados, las entidades territoriales de acuerdo con los respectivos contratos, podrán tener en cuenta la información contenida en la guía de liquidación que suministre el Ministerio de la Protección Social para el pago del bimestre febrero - marzo 2011, la cual recogerá para este periodo las actualizaciones de la BDUA de acuerdo con la normatividad vigente”*. En dicho artículo, asimismo, se consagró que *“lo anterior se haría sin perjuicio de lo reconocido y/o pagado con base en la DGAS hasta el bimestre diciembre de 2010 – enero de 2011”*, además de que, en todo caso, el reconocimiento y pago de las UPC-S a las EPS-S se efectuaría sin perjuicio de los valores que se deben reconocer por la garantía de la prestación de servicios de salud a los afiliados, **“siempre y cuando hubieren ingresado a la BDUA”**.

Conviene precisar que, ante las dificultades que manifestaron las entidades territoriales y las EPS como consecuencia de la aplicación de las etapas del proceso de pago para el período de contratación que terminó el 31 de marzo de 2011, el Ministerio de la Protección Social profirió la Circular Externa No. 028 de 2011. De conformidad con el artículo 4 del Decreto 415 de 2011 y con miras al reconocimiento y pago de las UPC-S, por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, la referida cartera ministerial, a través de la Circular en mención, suministró a las entidades territoriales la información del registro de afiliados activos en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), con el fin de que los gobernadores, alcaldes, entre otros, adelantaran la etapa de liquidación de los contratos de aseguramiento que terminaron su vigencia el 31 de marzo de 2011.



En el numeral 1 de la Circular mencionada, que reguló lo concerniente a la disponibilidad y condiciones técnicas de la información, se señaló que desde el 1° de abril de 2011 el Ministerio de la Protección Social dispuso en la FTP del Fosyga para los municipios un archivo con el código DANE del municipio y con extensión “rar”, identificado como “*Guía de Liquidación*”, el cual contenía un registro por afiliado activo por cada periodo liquidado desde junio de 2010 hasta marzo de 2011, junto con el cálculo de los días y el valor de la UPC a liquidar.

En el numeral 2 se indicó que los operadores de información debían entregar a cada municipio la información correspondiente a los afiliados pagados a través de la Declaración de Giro y Aceptación de Saldos (DGAS), correspondiente al período de contratación que finalizó el 31 de marzo de 2011.

En el numeral 3, que se refirió al manejo y consolidación de la información para la liquidación de los contratos de la vigencia contractual comprendida entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, se estableció que *“las Entidades Territoriales con base en la información entregada en este archivo, identificarán y cruzarán con los afiliados efectivamente pagados y no pagados de acuerdo con la información de la Declaración de Giro y Aceptación de Saldos -DGAS-, que corresponda a los bimestres de la vigencia contractual aquí señalada”*, añadiéndose que *“con el resultado del cruce la respectiva Entidad Territorial generará información soporte para proceder al pago de lo debido de los afiliados no reconocidos a las EPSS en cada bimestre y para la liquidación total de la vigencia contractual comprendida entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011”*.

En el numeral 4 se afirmó que desde abril de 2011 el Fosyga dispuso la BDUa, con historia, que contenía el consolidado de las actualizaciones de cada afiliado en esa base de datos, según las novedades que en cada proceso de BDUa habían reportado los municipios y/o las EPSS, información que sería copiada mensualmente en las carpetas FTP de cada municipio, departamento y EPSS.

Por último, en la Circular se mencionó que el objetivo de la información puesta de presente era tener un soporte de verificación para la liquidación de la vigencia contractual comprendida entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011.



7.2. Bajo esa óptica normativa, atinente a los pagos y recursos que deben girar los entes territoriales a las EPS y a la liquidación final respecto de los contratos de aseguramiento con vigencia entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, la Subsección procederá a resolver el problema jurídico planteado.

En la demanda se alegó que en la liquidación unilateral del contrato de aseguramiento realizada por el municipio de Neiva no se reconoció lo que en realidad le correspondía a Comfamiliar, señalando que lo plasmado en el acto no obedeció a la ejecución del negocio jurídico. Como sustento de lo anterior, la parte actora sostuvo **(i)** que, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 6 del Decreto 4747 de 2007, para la liquidación de octubre a diciembre de 2010 y de enero a marzo de 2011 el ente territorial debió tener en cuenta el número de usuarios cargados en la base de datos en línea de Comfamiliar, independientemente de que los mismos hayan sido cargados o no en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA; y **(ii)** que para la liquidación de junio a septiembre de 2010 se desconoció la certificación de la ESE Carmen Emilia Ospina.

El Tribunal de primera instancia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, declarando la “*nulidad*” de las resoluciones demandadas, por medio de las cuales el municipio de Neiva liquidó unilateralmente el contrato de aseguramiento, y condenando en abstracto al ente territorial para que, por vía incidental, Comfamiliar presentara la liquidación motivada y especificada del contrato objeto de estudio. Tal decisión, en síntesis, se fundamentó **(i)** en el hecho de que para la liquidación debió tenerse en cuenta la base de datos en línea de Comfamiliar, a partir del 1° de octubre de 2010 -*fecha en la que entró en funcionamiento*-, lo cual no ocurrió, con independencia de que las personas estuvieran o no incluidas en la BDUA, en virtud de la finalidad misma del contrato de aseguramiento, que consistía en garantizar el acceso a la prestación de servicios de salud; y **(ii)** en el argumento de que en la liquidación unilateral no fue reconocido un número de usuarios, cuando con la certificación expedida por la ESE Carmen Emilia Ospina se probó que aquellos tuvieron garantía de acceso en el período entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, “*lo que implica que debe reconocerse el valor de la UPC sobre esta población para toda la vigencia del contrato o desde la fecha de la afiliación si el usuario se afilió en vigencia de este contrato, porque se demostró la garantía de acceso*”, al margen de que tales usuarios no se encontraran incluidos en la BDUA.



En contraste con lo anterior, en el recurso de apelación el municipio de Neiva que no se entendía por qué se declaró la “*nulidad*” de las resoluciones, en tanto en la misma sentencia se reconoció la falta de prueba de la suma reclamada por \$892'210'093.28, que, en criterio de la parte actora, era la que correspondía a la realidad. Además, el ente territorial manifestó la liquidación unilateral estuvo acorde con el número de beneficiarios de acuerdo con la base de datos, indicando que, de acuerdo con lo pactado en la cláusula octava del contrato, para el pago debía tenerse en cuenta el número de afiliados que se encontraran en la BDUA.

Acto seguido, la parte recurrente indicó que la liquidación se ajustó a los lineamientos de la Circular Externa No. 028 de 2011, desdibujándose lo señalado por el Tribunal, y añadió que no era posible reconocer suma alguna a la parte actora, dado que, para el reconocimiento de la UPC-S por afiliados no reportados, Comfamiliar debió demostrar la atención de aquellos, pero no allegó soporte al respecto que acreditara tal circunstancia, por lo que el valor de esos usuarios no reportados no fue posible incluirlo en la liquidación, en atención al artículo 4 del Decreto 415 de 2011. Por último, en la alzada se sostuvo que no era viable que se reconocieran los afiliados de Comfamiliar que no estaban cargados en la BDUA, toda vez que ello difiere de lo contemplado en la Circular Externa No. 028 de 2011, por lo que, a su juicio, la liquidación unilateral se ajustó a la realidad.

7.3. Contextualizados los argumentos de la apelación y atendiendo la naturaleza de las resoluciones demandadas, que son actos jurídicos contractuales y no actos administrativos, desde la perspectiva de la responsabilidad contractual la Subsección analizará, a partir de los hechos probados, si liquidación unilateral efectuada por el municipio de Neiva se ajustó a la realidad del contrato en cuestión.

7.3.1. Resulta del caso señalar, de manera preliminar, que le asiste razón a la parte recurrente en el sentido de que, si en la misma sentencia apelada se reconoció la ausencia de material probatorio para acreditar el monto reclamado de \$892'210.093.22 -*que supuestamente era la suma que debía ordenarse en su favor en la liquidación*-, no era posible predicar falencias en la liquidación unilateral.

Lo anterior, porque en la demanda interpuesta por Comfamiliar se cuestionaron las resoluciones que liquidaron unilateralmente el contrato de aseguramiento, que



reconocieron una suma de \$364'473.613.24 en favor del municipio de Neiva, cuando, a juicio de la actora y según la pretensión tercera del libelo, era el ente territorial el que le debía pagar a Comfamiliar el monto de \$892'210.093.28, que correspondía a la suma que realmente debía ordenarse en la liquidación del período contractual comprendido entre junio de 2010 y marzo de 2011, aspecto este que, valga decir, también fue el sustento de la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por la ahora demandante. Entonces, si el fallo apelado reconoció que la parte actora no acreditó lo reclamado por el valor que debía ordenarse la liquidación (892'210.093.28)⁸⁷, debe entenderse que no se desvirtuó la suma dispuesta por el municipio en la liquidación unilateral, incumpliendo así su carga probatoria y, por ende, no era posible acceder a las pretensiones formuladas por Comfamiliar.

De conformidad con el artículo 167 del CGP, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Sobre el particular, resulta oportuno señalar que la jurisprudencia⁸⁸ de la Corporación ha sido enfática en advertir que la carga de la prueba se constituye en un principio de autorresponsabilidad que tienen las partes en litigio para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados en el proceso y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Es así que, si la actora demuestra los supuestos fácticos sobre los cuales sustenta sus pretensiones, consecuentemente obtiene una sentencia favorable a sus peticiones; *contrario sensu*, si dicha parte asume una conducta contraria, no cumpliendo con la carga de la prueba exigida en el artículo 167 de CGP, procede la desestimación de las pretensiones, que conllevaría a un fallo adverso a sus intereses.

En este caso, partiendo de lo señalado por el Tribunal *a quo* en el sentido de que Comfamiliar no acreditó la suma que supuestamente debía reconocerse en su favor en la liquidación, ni ninguna otra *-lo cual era necesario para desacreditar lo dispuesto por el municipio de Neiva en la liquidación unilateral-*, la Subsección advierte que, al inobservarse el principio de autorresponsabilidad de la carga de la prueba, la consecuencia lógica era negar las pretensiones de la demanda y no otra.

⁸⁷ Ver apartado 6.4. de los antecedentes de la presente providencia.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad.: 29732.



7.3.2. Sumado a lo anterior, la Sala destaca, contrario a lo expuesto por el *a quo*, que en el expediente no obra prueba de la cual pueda desprenderse que la liquidación unilateral efectuada por el municipio de Neiva hubiese desconocido la realidad de la ejecución del negocio jurídico, como se verá en seguida.

De acuerdo con el Decreto 415 de 2011, cuerpo normativo que reguló el proceso de pago de las entidades territoriales hacia las EPS del régimen subsidiado para el período de contratación que terminaba el 31 de marzo de 2011, la Subsección advierte que la guía de liquidación dispuesta por la cartera ministerial parte de la BDUA que administra y consolidada el administrador de los recursos del Fosyga, la cual le correspondía revisar a las entidades territoriales para enviar al referido administrador las novedades de retiros de afiliados que no debían hacer parte de la guía de liquidación y así actualizar la BDUA, disponiéndose a partir de ahí por parte del Ministerio de la Protección Social *“la guía definitiva para la liquidación de las UPC-S a las entidades territoriales, que servirá de base para efectuar los pagos correspondientes a las EPS del Régimen Subsidiado”* (artículo 1°). Esa guía de liquidación de UPC-S, que se sustenta en la respectiva BDUA, constituía el referente para el pago que debía ser liquidado por la entidad territorial (artículo 3); se dispuso que el pago de las UPC-S a las EPS-S debía efectuarse sin perjuicio de los valores que se debían reconocer por la garantía de la prestación de servicios de salud a los afiliados, ***“siempre y cuando hubieren ingresado a la BDUA”*** (artículo 4).

Este contexto normativo para dar cuenta de que la BDUA constituía la herramienta fundamental para el pago de las UPC-S por parte de las entidades territoriales a las EPS-S, dado que a partir de la BDUA se estructuraba la guía de liquidación. Tanto así que, con la Circular Externa No. 028 de 2011 y con miras al reconocimiento y pago de las UPC-S, por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, el Ministerio de la Protección Social suministró a las entidades territoriales la información del registro de afiliados activos en la BDUA, con el fin de que los gobernadores, alcaldes, entre otros, adelantaran la etapa de liquidación de los contratos de aseguramiento que terminaron su vigencia el 31 de marzo de 2011.

Dicho esto, ha de señalarse que en el contrato de aseguramiento suscrito entre el municipio de Neiva y Comfamiliar, cuya vigencia se extendió entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011, se pactó que al ente territorial le correspondía pagar



la UPC-S a los afiliados contratados y activos en la BDUA desde la fecha de afiliación, con independencia de la fecha de su cargue efectivo en la BDUA (cláusula segunda), acordándose que el valor del contrato correspondía al resultado obtenido de multiplicar el valor de la UPC-S por el número de afiliados activos y cargados al BDUA en la fecha de corte diferida para el cálculo del giro, por los meses totales del negocio jurídico (cláusula séptima). Por su parte, según lo estipulado, a Comfamiliar le correspondía cumplir con todas las obligaciones respecto de la BDUA de acuerdo con la normatividad vigente y entregar la base de datos de los afiliados a la red prestadora de servicios, a la suscripción del contrato, y actualizarla como mínimo mensualmente (cláusula tercera) (hechos probados 6.1., 6.1.1., 6.1.2., 6.1.3. y 6.2.).

En cuanto a la forma de pago, en la cláusula octava se pactó, entre otras cosas, que *“El cálculo de las UPC-S a pagar se realizará teniendo en cuenta los afiliados activos en la BDUA actualizada, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes, que realizará el operador de información cuando a ello haya lugar...”*.

A partir de lo pactado en el contrato de aseguramiento se desprende, igualmente, que el pago de las UPC-S que le correspondía al municipio de Neiva hacia las EPS-S dependía del número de afiliados activos en la BDUA. Asimismo, cabe señalar, según la coordinadora del Grupo de Administración de Subsidios del Ministerio de la Protección Social, que *“Para los afiliados que no aparecen registrados en la BDUA no procede reconocimiento”*, indicando que para el reconocimiento de las UPC-S a las EPS-S debía acreditarse que efectivamente se acreditó el aseguramiento y que adicionalmente los afiliados se encontraran registrados en la BDUA para el momento de la respectiva liquidación (prueba adicional 6.22).

Bajo estas precisiones, la Sala pasa analizar la liquidación unilateral efectuada por el municipio de Neiva, la cual fue producto del trámite infructuoso que se adelantó para liquidar de manera bilateral el contrato de aseguramiento (hechos probados 6.3. a 6.8.). Con la liquidación unilateral, materializada en la Resolución No. 119 de 2012, se estableció que al ente se le adeudada \$364'473.613.24, señalándose que Comfamiliar no aceptó los descuentos realizados por el municipio atinentes a las UPC-S no reconocidas por afiliados no reportados a la red y que para el reconocimiento de más UPC-S por afiliados no reportados debía demostrarse la atención a dichos afiliados, lo cual no acreditó, aun cuando se le otorgó un plazo para que allegara los respectivos soportes. Tal determinación, aunque fue recurrida



por Comfamiliar argumentando que a la EPS-S sí le correspondía pagar la totalidad de usuarios cargados en la base de datos en línea, **al margen de que los mismos hayan sido cargados o no en la BDUA**, el Municipio de Neiva la confirmó mediante Resolución No. 045 del 26 de diciembre 2012 (hechos probados 6.9. a 6.12.)

Lo expuesto permite entender, en contravía a lo señalado por el Tribunal *a quo*, que la liquidación unilateral no desconoció la realidad de la ejecución del contrato de aseguramiento, porque para el pago de las UPC-S se requería que los usuarios estuvieran activos en la BDUA, según lo pactado en el mismo negocio jurídico y lo previsto en la normatividad puesta de presente. Es por esta razón que solo a partir de la BDUA era posible determinar lo que correspondía pagarle o reconocerle a la EPS-S en la correspondiente liquidación, de ahí que carezca de asidero el argumento de la parte actora, acogido en el fallo de primera instancia, consistente en que para la liquidación también debió tenerse en cuenta la base de datos en línea de Comfamiliar, la cual entró a funcionar el 1° de octubre de 2010 y en la que se podía consulta el estado de afiliación de los usuarios (prueba adicional 6.25.).

En la demanda se aludió al parágrafo primero del artículo 6 del Decreto 4747 de 2007⁸⁹, norma que estableció que a las entidades responsables del pago de servicios de salud debían garantizar la administración en línea de las bases de datos de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagrando también que las atenciones prestadas con base en la información reportada en línea o por cualquier otro medio no podían ser objeto de glosa con el argumento de que el usuario no estaba incluido. Frente a esto la Sala destaca que, aun cuando tal disposición establece lo atinente a la administración en línea de las bases datos, lo cierto es que nada contempla frente al pago de las UPC-S y la liquidación de los contratos de aseguramiento, aspectos estos últimos que tienen una regulación concreta y específica en el Decreto 415 de 2011, cuyas normas previeron la BDUA como el instrumento a partir del cual se estructuraba la guía de liquidación.

⁸⁹ "PARÁGRAFO 1°. Para el suministro de la información de la población a ser atendida, en cumplimiento del parágrafo 1° del artículo 44 de la Ley 1122 de 2007, las entidades responsables del pago de servicios de salud, garantizarán la administración en línea de las bases de datos de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, asegurando su depuración, y el correcto y oportuno registro de las novedades. En caso de no contar con la información actualizada en línea, deberán entregar y actualizar la información por los medios disponibles. De no actualizarse la información en línea o no reportarse novedades, se entenderá que continúa vigente la última información disponible. Las atenciones prestadas con base en la información reportada en línea o por cualquier otro medio, no podrán ser objeto de glosa con el argumento de que el usuario no está incluido".



En adición a lo anterior, la Sala indica que la base de datos en línea de Comfamiliar entró a operar el 1° de octubre de 2010, ya cuando se había suscrito el contrato de aseguramiento objeto de estudio -1° de junio de 2010-, por lo que adquiere sentido la declaración del señor Adiel Ortiz Tovar, quien indicó que no conocía esa base de datos de en línea de Comfamiliar y que no se tuvo en cuenta para la liquidación del contrato (hecho probado 6.20.2); además, la Subsección destaca que del clausulado contractual no se observa que las partes hayan supeditado el pago de las UPC-S al software con el que contara la EPS-S, sino que, como ya vio, para el pago o giro recursos y respectiva liquidación se requería exclusivamente que los usuarios estuvieran activos en la BDUA, cuestión que no demostró la parte actora.

De este modo, al igual que lo conceptuado por el Ministerio Público, la Sala considera que los recursos destinados al régimen subsidiado de salud no dependen de la base de datos en línea con la que contaba la EPS-S, sino de la BDUA. Es así que, contrario a lo señalado por la testigo Paola Andrea Bustos Sánchez, no es posible reconocer usuarios no dispuestos o activos en la BDUA.

Adicionalmente, no está de más señalar que, si bien en sede administrativa se requirió a Comfamiliar para que allegara los soportes de atención a los afiliados no incluidos en el BDUA, lo cierto es que no los allegó, según se extrae de la Resolución No. 119 de 2012, documentos que, valga aclarar, también brillan por su ausencia en este proceso. Aunque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 415 de 2011, el pago de las UPC-S a las EPS-S debía efectuarse sin perjuicio de los valores que se debían reconocer por la garantía de la prestación de servicios de salud a los afiliados, “**siempre y cuando hubieren ingresado a la BDUA**”, esto último que se resalta en negrilla tampoco fue probado, además de que no hay indicación clara ni certera por parte de la actora de quiénes y cuántos fueron los usuarios a los que se les garantizó el acceso a los servicios de salud, carga mínima con la que la demandante debía cumplir en su libelo.

Por otra parte, la Sala encuentra acreditado (i) que Comfamiliar suscribió contratos con la ESE Carmen Emilia Ospina para que esta prestara servicios de baja y de primer complejidad contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S) a los afiliados de la EPS que se encontraran en el régimen subsidiado; (ii) que la ESE expidió una certificación en la que le informó a Comfamiliar el número de



usuarios que fueron atendidos en el período comprendido entre junio de 2010 y marzo de 2011; y (iii) que consta la información reportada en la base de datos (hechos probados 6.12. a 6.17.).

No obstante lo anterior, y aunque con tales pruebas se pretende acreditar que la EPS-S garantizó a sus afiliados el acceso a los servicios de salud, ellas no resultan suficientes para concluir que con la liquidación unilateral se desconoció la realidad de la ejecución del contrato de aseguramiento, porque en los términos del artículo 4 del Decreto 415 de 2011 no solamente se requiere haber garantizado la prestación de servicios de salud sino también que hayan ingresado a la BDUA, esto último que fue lo que no demostró la parte actora en el presente caso, lo que resultaba necesario para el reconocimiento de más UPC-S en la liquidación.

7.3.3. Como conclusión de lo expuesto, la Sala destaca que la liquidación unilateral efectuada por el municipio de Neiva respecto del contrato de aseguramiento con vigencia entre el 1° de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2011 no desconoció la realidad de la ejecución del negocio jurídico. Es así que se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia, que declaró la nulidad de las resoluciones demandadas; aspecto este que, como acaba de verse, se analizó desde la óptica de la responsabilidad contractual, por la naturaleza de los actos cuestionados.

8. Costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA⁹⁰ y con la disposición especial del artículo 365-1 del CGP⁹¹, procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*⁹².

⁹⁰ “Artículo 188. Condena en costas [CPACA]. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [actualmente Código General del Proceso]” [aclaración añadida].

⁹¹ “Artículo 365. Condena en costas [CGP]. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]” [aclaración añadida].

⁹² El artículo 365 del CGP, en su numeral 8, establece: *Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación* [se destaca].



A su vez, el artículo 365-4 del CGP indica que “(...) [c]uando la sentencia de segunda instancia revoque **totalmente** la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (...)” (se destaca).

En atención a lo ordenado en la citada norma, se condenará en costas a la parte demandante por ambas instancias, ante la revocatoria total de la sentencia de primera instancia y que condujo a la negativa de las pretensiones de la demanda, la cual había accedido parcialmente a las súplicas de la demandante.

La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el Tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del CGP⁹³.

En el presente caso, en ambas instancias se encuentra acreditada la gestión de los apoderados de la entidad demandada, Municipio de Neiva, pues contestó oportunamente la demanda, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y alegó de conclusión tanto en primera como en segunda instancia. En tal sentido, la Sala estima suficiente dicha gestión para que se disponga la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas, en favor de la demandada, de acuerdo con lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP.

Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, “*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*”⁹⁴.

⁹³ A cuyo tenor: “Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...)”.

⁹⁴ De acuerdo con la Corte Constitucional “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”. Sentencia C-157/13. MP. Mauricio González Cuervo.



La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

Fijación de agencias en derecho

El Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁹⁵, estableció las tarifas de agencias en derecho.

En cuanto a los criterios para la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, el artículo 3 del referido Acuerdo dispuso que debía tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión realizada por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes.

En lo que a este caso interesa, resulta oportuno anotar que, en los procesos con cuantía y que se adelantan ante esta jurisdicción, las agencias en derecho en **primera instancia** deben fijarse hasta en un 20% -límite máximo- del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, según lo previsto en el numeral 3.1.2⁹⁶ del artículo 6 del mencionado Acuerdo 1887 de 2003. De acuerdo con lo señalado el artículo 3 de dicho Acuerdo, se advierte que la gestión procesal del apoderado de la entidad demandada fue consistente, en tanto contestó la demanda, presentó alegatos de conclusión e interpuso recurso de apelación contra el fallo dictado por el a quo. En ese sentido, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$4'461.050, monto que deberá ser pagado a favor del municipio de Neiva, con fundamento en la relación porcentual del 0.5% de las pretensiones que fueron negadas en este proceso, que suman \$892'210.093.28.

⁹⁵ La demanda se presentó el 13 de mayo de 2014. El Acuerdo 1887 de 2003 fue derogado por el Acuerdo PSAA16-1055410554 del agosto 5 de 2016; no obstante, este último solo entró a aplicarse para los procesos judiciales iniciados a partir de su publicación.

⁹⁶ "Artículo. 6—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

[...].

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

[...].

3.1.2. Primera instancia.

[...]

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia [...]' [énfasis añadido].



Por otra parte, las agencias en derecho en segunda instancia deben fijarse hasta en un 5% -límite máximo- del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, según lo previsto en el numeral 3.1.3⁹⁷ del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003. Pues bien, como la entidad demandada intervino en el trámite de la segunda instancia alegando de conclusión, la Sala fija agencia en derecho en la suma de \$4'461.050, monto que deberá ser pagado a favor del municipio demandado, con fundamento en la relación porcentual del 0.5% de las pretensiones que fueron negadas en este proceso, que suman \$892'210.093.28.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 28 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, y, en su lugar, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, por la segunda instancia, a la parte demandante, Comfamiliar EPS del Huila.

Para el efecto, las agencias en derecho en primera instancia se fijan en la suma de cuatro millones cuatrocientos sesenta y un mil cincuenta pesos (\$4'461.050), monto que deberá pagar la parte actora, en favor del municipio de Neiva.

En segunda instancia, las agencias en derecho se fijan en la suma de cuatro millones cuatrocientos sesenta y un mil cincuenta pesos (\$4'461.050), monto que deberá pagar la parte actora, en favor del municipio de Neiva.

⁹⁷ "Artículo. 6—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

[...].

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

[...].

3.1.3. Segunda instancia.

[...]

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia [...]' [énfasis añadido].



Radicado: 41001-23-33-000-2014-00211-01 (62319)
Demandante: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL HUILA

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado
Con aclaración de voto

VF