



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

Proceso número: 180012331000200600458-01 (35213)
Actor: Caprecom
Demandado: Municipio de Solano
Acción: Contractual

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 31 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se dispuso:

“Primero.- Inhibirse de decidir sobre la legalidad del oficio sin número, fechado el 31 de marzo de 2003, por medio del cual el demandado comunicó a la actora la no renovación del contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud No. 215 de abril 1º de 2004.

Segundo.- Decretar la nulidad del acto administrativo que se contiene en el Decreto 019 de marzo 31/04 y la resolución 03 de abril 19/04 expedido por el alcalde del municipio de Solano para no renovar el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud No. 215 de abril 1º de 2004.

Tercero.- Condenar al municipio de Solano a indemnizar a la ARS Caprecom mediante el pago de las sumas de dinero que se establezcan en el trámite incidental que debe promover la actora en los términos del art. 172 C.C.A., conforme a los parámetros fijados en las consideraciones de esta sentencia.

Cuarto.- Negar las demás pretensiones.

Quinto.- Aceptar la renuncia del apoderado del municipio de Solano, doctor Juan Pablo Ruíz Oviedo y en su lugar se reconoce personería adjetiva al doctor Elkin

Ariel Castillo para continuar con la representación judicial de dicho municipio, en los términos del poder conferido.

Sexto.- Ordenar que se expida copia de esta decisión con sus constancias de ejecutoria con destino a la parte actora y a su costa, para efectos de su cumplimiento”.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 21 de julio de 2006, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM¹- presentó demanda en ejercicio de la acción contractual, en contra del municipio de Solano, con el objeto de que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales el ente territorial resolvió no renovar el contrato n.º 215 de 2003, para la administración de recursos del régimen subsidiado en salud y se condene al pago de los perjuicios causados.

La parte actora sostiene que la administración, a través de los actos demandados, en vigencia del contrato lo terminó unilateralmente sin justificación alguna, pues Caprecom no fue requerida para subsanar los supuestos incumplimientos que alega la entidad, violando de esta forma el debido proceso y contrariando toda la normatividad en materia de salud. Asegura que, mediante resolución n.º 004 de 1º de abril de 2004, trasladó todos los afiliados del régimen subsidiado de Caprecom, sin derecho de elección, a la ARS Cajacopi Atlántico, lo que, en su sentir, esta proscrito por el Acuerdo n.º 77 de 1997. Alega que el oficio de 31 de marzo de 2003 aparece firmado por quien, para esa fecha, no fungía como alcalde, tampoco en el texto del documento se indicaron los recursos que procedían y los plazos para hacerlo. Aduce que en contra del mentado oficio interpuso recurso de reposición, aún sin conocer el Decreto n.º 019 de 31 de marzo de 2004, el cual no le fue notificado. Pone de presente que la resolución n.º 003 de 19 de abril de 2004 no fue notificado a la Directora de Caprecom sino al Coordinador, quien no tenía vínculo laboral con la entidad,

¹ La Ley 82 de 1912 creó la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM-, transformada en Empresa Industrial y Comercial del Estado en virtud de la Ley 314 de 1996, vinculada al Ministerio de Comunicaciones. Mediante Decreto 205 de 2003, el Gobierno Nacional determinó que la Caja estaría vinculada al Ministerio de Protección Social (fl. 4 cuaderno 1).

pues era un contratista. Da cuenta, además, que la Procuraduría General de la Nación adelantó investigación con ocasión de la terminación unilateral y encontró acreditado el desconocimiento al debido proceso de Caprecom.

La demandante sostiene que en vigencia del contrato y *“mientras [lo] cumpliera, existe una obligación para el ente territorial de renovarlos indefinidamente, por lo menos mientras persista el presente sistema”*. Por último, asegura que el 30 de julio de 2004, las partes liquidaron por mutuo acuerdo el contrato n.º 215 de 2003 *“declarándose a paz y salvo entre sí los contratantes”* (fls. 269-278 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda

Con base en lo expuesto, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio sin número, fechado el 31 de marzo de 2003 (sic), suscrito por el señor Alejandro Quintero Rentería, en su condición de Alcalde Municipal de Solano, Caquetá, mediante el cual decidió no renovar el contrato No. 215 de 2003, para la administración de Recursos del Régimen Subsidiado en Salud, suscrito entre el municipio de Solano, Caquetá y Caprecom, Regional Caquetá.

Segunda.- Que se declare la nulidad del Decreto No. 019 de 31 de marzo de 2004, firmado por el señor Alejandro Quintero Rentería, en su condición de Alcalde Municipal de Solano, Caquetá, por medio del cual determinó no renovar el contrato No. 215 de 2003, suscrito entre el municipio de Solano, Caquetá y Caprecom.

Tercera.- Que se declare la nulidad de la resolución No. 003 de fecha 19 de abril de 2004, firmada por el señor Alejandro Quintero Rentería, en su condición de Alcalde Municipal de Solano, Caquetá, mediante el cual resuelve negar la reposición interpuesta por la administradora del Régimen Subsidiado Caprecom, Regional Caquetá, contra el oficio del 31 de marzo de 2003 (sic), proferido por el despacho del alcalde municipal de Solano Caquetá y en su lugar confirma la decisión contenida en el Decreto 019 de marzo de 2004.

Cuarta.- Que como consecuencia de lo anteriormente solicitado, se declare que el municipio de Solano, Caquetá, incumplió el contrato No. 215 de 2003, celebrado el 1º de abril de 2003 con Caprecom, contrato que fue adicionado mediante otrosí de fecha 30 de septiembre de 2003 y otrosí No. 2 del 1º de diciembre de ese mismo año, al darlo por terminado de manera unilateral sin que mediara justa causa para ello.

Quinta.- Que consecuencialmente con todo lo anterior, se condene al municipio de Solano y al señor Alejandro Quintero Rentería, en su condición de Alcalde Municipal, al pago de todos los perjuicios materiales causados a Caprecom con ocasión del incumplimiento contractual, de la expedición y de la ejecución de los actos demandados, con los que se decidió de manera unilateral e ilegal no renovar los contratos de aseguramiento entre el municipio de Solano y Caprecom, incluyendo daño emergente y lucro cesante.

Sexta.- Que todas las sumas de dinero que se reconozcan, se actualicen desde el momento mismo en que se presentaron los hechos y hasta que quede en firma la sentencia respectiva y que se apliquen intereses moratorios sobre las sumas líquidas adeudadas por la decisión de terminar de manera unilateral y por ende de no renovar el contrato, conforme a lo señalado en el artículo 32 del Decreto 050 de 2003 y demás normas que lo modifiquen o complementen.

Séptima.- Que se condene al demandado al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

Octava.- Que la sentencia que se profiera accediendo a las pretensiones de esta demanda, se le dé cumplimiento dentro del término establecido por los artículos 176 y 177 del C.C.A. En caso de que así no lo hiciera, que se condene a los demandados al pago de los intereses moratorios correspondientes al doble del interés corriente sobre las sumas debidas, a partir de la fecha en que se produzca la mora y hasta cuando se haga efectivo el pago”.

La parte demandante estimó la cuantía de las pretensiones en la suma de \$607 490 630.11, en razón de los ingresos dejados de percibir por concepto de la administración de los recursos del régimen subsidiado, objeto del contrato n.º 215 de 2003 (fls. 277-279 y 302 cuaderno 1).

1.2 Cargos de ilegalidad propuestos contra los actos acusados

La parte actora alega que los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por violación al debido proceso y derecho de defensa; expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder. Los cargos comparten elementos comunes.

Caprecom sostiene que el municipio de Solano desconoció el artículo 36 del decreto n.º 050 de 2003, a cuyo tenor se dispone:

“Efectos de la mora de las administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) frente a la red prestadora de servicios. Además del pago de intereses moratorios y de las sanciones que se contemplan en el presente decreto, en aquellos eventos en

que las administradoras del régimen subsidiado (ARS) hayan incurrido en mora superior a siete (7) días calendario respecto de las cuentas debidamente aceptadas, habiendo recibido oportunamente los recursos correspondientes a las UPC de su población afiliada, la entidad territorial podrá abstenerse de celebrar nuevos contratos de aseguramiento o de renovar los ya existentes con las correspondientes Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), en el siguiente periodo de contratación...”

La demandante alega que no se explica cómo el alcalde del municipio “(..) *puede aducir como razón **para terminar unilateralmente el contrato** de aseguramiento, la mora en el pago cuando es claro que hubo mora en el giro de la UPC por parte del ente territorial, mora que por supuesto es independiente para estos efectos*” (negritas fuera de texto). Pone de presente que para el 31 de marzo de 2004, el municipio adeudaba a Caprecom la suma de \$225 881 752,42 y esta, por su parte, adeudaba al Hospital Local de Solano la suma de \$16 688 427, por las vigencias 2002, 2003 y 2004. Por ello, alega la excepción de contrato no cumplido.

La parte actora aduce, además, que la administración desconoció el debido proceso, “(..) *toda vez que el ente territorial no corrió traslado de las supuestas quejas de los usuarios del régimen subsidiado de Caprecom EPS, así como tampoco notificó graves y notorios incumplimientos del objeto contractual, con el fin de que Caprecom pudiese controvertir estos hechos*”. Sostiene que el decreto n.º 019 de 31 de marzo de 2004 no fue notificado personalmente al representante legal de la entidad sino a un contratista, señor Jhon Freddy Medina, por medio de edicto. Concluye que “(..) *el municipio dio por terminado el contrato cuando quien realmente incumplió con la normatividad vigente en salud fue el municipio al no efectuar oportunamente los pagos e igualmente incumplió con lo pactado tanto en las cláusulas del contrato como en lo previsto en el artículo 31 del Decreto 050 de 2003 y demás normas pertinentes; es decir, el municipio de manera arbitraria tomó la decisión que aquí se demanda, sin hacer ningún procedimiento previo que permitiera a Caprecom ser oído antes de ser vencido*” (fls. 279-295 cuaderno 1).

1.3 La defensa del demandado

Surtida la notificación, el municipio no contestó el libelo (fls. 315-317 cuaderno 1).

1.4 Alegatos de conclusión

1.4.1 La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Insistió en la ilegalidad de los actos administrativos demandados por expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder y desconocimiento del derecho al debido proceso y defensa. Alegó que al tiempo en que el ente territorial terminó unilateralmente el contrato, dispuso el traslado de los afiliados, sin esperar a la ejecutoria del acto, una vez resuelto el recurso de reposición interpuesto (fls. 344-345 cuaderno 1).

1.4.2 El municipio de Solano (Caquetá) defendió la legalidad de su actuación, pues, de conformidad con la circular n.º 0026 de 31 de marzo de 2004, los representantes de las entidades territoriales podían abstenerse de celebrar nuevos contratos de aseguramiento o renovar los ya existentes, cuando las administradoras del régimen subsidiado (ARS) hubieran incurrido en mora respecto del pago a los prestadores de servicios de salud, en los términos previstos en el artículo 36 del Decreto n.º 050 de 2003. Puso de presente que, a través de la circular n.º 0026 de 31 de marzo de 2004, el Ministerio de Protección Social dispuso que la mentada normativa debía aplicarse respetando el debido proceso y el derecho de defensa de la ARS, lo que, según su versión, se garantizó con el recurso de reposición que procedía en contra del Decreto n.º 019 de la misma fecha. Sostuvo que las razones para no renovar el contrato estaban fundadas en los reiterados incumplimientos del contratista, en razón de la *“deficiente e inoportuna prestación del servicio contratado”*. Señaló que la permanencia de los afiliados a una ARS estaba regulada por los Acuerdos 77 de 1997, 258 de 2004, 244 y 284 de 2005, expedidos por la CNSSS, sin que, en ningún caso excediera de tres años, mucho menos se extendiera hasta el año 2014, como lo pretende la parte actora. Se opuso, por tanto, a la prosperidad de las súplicas, así como a las conclusiones del dictamen pericial, por falta de soporte. Puso de presente que, *“por error involuntario”*, el oficio de 31 de marzo está fechado con el año 2003, siendo del 2004. Adujo que, en el evento de que se considerara que el municipio desconoció el debido proceso de la ARS Caprecom, en los términos del acuerdo n.º 077 de 1997, el ente territorial solo

está obligado a contratar por un periodo igual al inicialmente contratado, esto es un año más, *“tiempo suficiente para que el municipio diera por terminada la relación contractual que ocupa la atención de la Corporación”*. Además, alegó que, según el acuerdo n.º 258 de 2004, la continuidad del aseguramiento lo sería entre el 1º de abril de 2004 y el 31 de marzo de 2005 y no como lo pretende extender la parte actora hasta el año 2014 (fls. 338-342 cuaderno 1).

1.4.3 El representante del Ministerio Público solicitó acceder a las pretensiones, comoquiera que la entidad terminó unilateralmente el contrato, desconociendo el debido proceso del contratista. Consideró que i) el decreto 019 de 2004 fue notificado a quien no ostentaba la representación de Caprecom; ii) la entidad no le brindó al contratista la oportunidad de explicar los incumplimientos atribuidos y iii) la resolución n.º 003 de abril 19 de 2004 dio cuenta de resolver el recurso de reposición interpuesto en contra del decreto 019, cuando la impugnación se adelantó en contra del oficio de 31 de marzo de 2004, pues *“era lo único que conocía el gerente de Caprecom”* (fls. 347-353 cuaderno 1).

1.5 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 31 de enero de 2008, el Tribunal Administrativo del Caquetá accedió parcialmente a las pretensiones. Declaró su competencia para conocer del presente asunto, pues, si bien el contrato contaba con cláusula compromisoria, los actos administrativos enjuiciados daban cuenta del ejercicio de una facultad exorbitante, esto es de terminación unilateral, legalidad que los árbitros no están facultados para conocer, *“(..) pues se entiende que cuanto la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular”*, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-1436 de 2000.

En relación con el fondo del asunto, el *a quo* encontró que el municipio de Solano vulneró el debido proceso de Caprecom, en la medida en que no requirió al contratista al cumplimiento, ni le brindó la oportunidad para defenderse. Destacó que, si bien la normatividad especial que rige la materia no regulaba el

procedimiento para no renovar los contratos del régimen subsidiado, las cláusulas del contrato permitían establecerlo, comoquiera que el demandado aunque se comprometió al pago de forma bimestral y por anticipado, no cumplió, dando lugar a que el contratista también incumpliera. Además, el artículo 29 constitucional resulta imperativo para todas las actuaciones administrativas y judiciales. Del contenido de la decisión se transcriben los siguientes apartes:

“(..) a partir de las obligaciones pactadas en el contrato es posible evidenciar el procedimiento a seguir para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, ya que el ente territorial demandado, en calidad de contratante, se obligó en la cláusula segunda del contrato, entre otras cosas a:

a).- Pagar al contratista en forma anticipada y por bimestres, a través del Fondo Local de Salud, las UPC de los afiliados contratados, dentro de los 10 días siguientes al inicio del bimestre respectivo, previo cumplimiento y acreditación de las condiciones exigidas en la cláusula 8, debiendo reflejar la afectación de las fuentes de financiación establecidas en el contrato, encontrando el Tribunal que el demandado no cumplió con tal obligación, ya que los certificados que obran en los folios 57 y 58 del cuaderno principal evidencian que para el 31 de marzo de 2004 dicho municipio debía a la ARS Caprecom la suma de \$225.881.752,42, por concepto de los bimestres causados entre diciembre de 2003 y marzo de 2004, lo cual a la vez generaba que la actora no hubiere pagado la totalidad de lo debido al Hospital Local de Solano que se reporta en el estado de cartera aportado por la actora y el certificado emitido por el director de dicho sanatorio, tal incumplimiento por sí mismo no se constituye en causa para que el contrato no hubiere sido renovado, ya que del pago que el demandado hiciera a la ARS dependía la adecuada administración asumida por ella, esto es el pago de sus contratistas y proveedores, por eso mal podía el municipio proceder a no renovar el contrato si por causa suya el administrador demandante no había cubierto sus obligaciones con la red de IPS públicas, a través de la cual atendía a sus afiliados, más cuando para proceder a ello era necesario garantizar el debido proceso del actor y así se violaron las disposiciones del artículo 36 del Decreto 050/03 y el artículo 29 constitucional”.

El *a quo* destacó que en parte alguna del trámite gubernativo ni en el contenido de los actos acusados se hizo referencia a requerimientos realizados al contratista, que permitieran establecer el incumplimiento de sus obligaciones. Tampoco obran pruebas en el proceso que así lo evidencien.

Aunado a lo anterior, el Tribunal llamó la atención sobre el hecho de que, no obstante la mora alegada por el municipio durante los años 1997 a 2002, volvió a contratar con la misma administradora, *“(..) lo que lleva a señalar que se produjo la purga o perdón de la mora, pues no hay prueba alguna que señale que se adelantaron*

las actuaciones administrativas encaminadas a su cobro o a terminar los vínculos con Caprecom, sino que todo indica que continuó con ella como administradora”.

Con fundamento en lo expuesto, el *a quo* declaró la nulidad del decreto n.º 019 y la resolución n.º 003 de 2004 y se inhibió de resolver sobre la nulidad del oficio de 31 de marzo de 2003 (sic), por considerar que se trató de un acto de comunicación. Como consecuencia, condenó en abstracto al municipio de Solano a pagar a favor de Caprecom las utilidades dejadas de percibir, esto es los porcentajes de administración a que tenía derecho durante el periodo en que se habría de renovar el contrato, es decir durante un año corrido entre el 1º de abril de 2004 y el 31 de marzo de 2005, según fue previsto en el numeral 1º del artículo 2º del acuerdo n.º 258 de 4 de febrero de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS- (fls. 356-373 cuaderno principal).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de apelación²

Inconforme, la parte actora impugna la decisión. Reitera los argumentos expuestos en el transcurso de la actuación e insiste en los cargos de ilegalidad formulados en contra de los actos administrativos por medio de los cuales el demandado resolvió no renovar el contrato, esto es el oficio sin número de 31 de marzo de 2003 (sic), el decreto n.º 019 de 31 de marzo de 2004 y la resolución n.º 003 de 29 de abril del mismo año. Insistió en que el municipio de Solano violó el debido proceso por las siguientes razones:

“- Al expedir el acto administrativo con el cual decidió no renovar el contrato 215 de 2003, sin que se dieran los presupuestos legales establecidos en el artículo 36 del Decreto 050 de enero de 2003, emanado del Gobierno Nacional.

- Al expedir el acto administrativo con el cual decidió no renovar el contrato 215 de 2003, omitiendo adelantar el debido proceso administrativo a fin de establecer el incumplimiento de Caprecom, en donde se le hubiera brindado a este no solo la oportunidad de conocer los hechos constitutivos del presunto incumplimiento de sus obligaciones que como ARS tenía frente a sus afiliados y frente a la red prestadora de servicios; sino también de presentar sus descargos o explicaciones y los soportes probatorios que considerara pertinentes para el ejercicio de su derecho de defensa.

² El recurso de apelación fue interpuesto el 14 de febrero de 2008.

- Al inducir en error a Caprecom con una notificación defectuosa del acto que puso término a la actuación administrativa (contrato 215 de 2003) a efectos de impedir que se pudieran agotar adecuadamente los recursos de ley.

- Al no notificar al representante legal de la entidad del contenido del acto administrativo por el cual decidió no renovar el contrato materia de esta litis”.

La recurrente alega, además, que los afiliados no podían ser trasladados de ARS, comoquiera que el ente territorial no garantizó la libre escogencia. Si bien comparte la declaratoria de nulidad de los actos, no la reparación de los perjuicios, particularmente, en lo atinente al periodo liquidado. Esto, comoquiera que, según su versión, en los términos de los Acuerdos n.º 284 de 31 de enero y 320 de 22 de diciembre de 2005, Caprecom *“debía administrar como mínimo los recursos del régimen subsidiado en Salud en el municipio de Solano, hasta el 30 de septiembre de 2009”*. Sostiene que *“(..) como Caprecom no ha tenido mayor movilidad de afiliados en los periodos de libre elección y que, antes de disminuir sus afiliados fueron aumentando, si no se hubiere privado arbitrariamente el derecho de renovar el contrato, tendría derecho a la administración de los recursos por el tiempo que dure el sistema, es decir, en condiciones normales hasta el año 2014”*.

Con fundamento en lo anterior, el recurrente solicita:

“Primera.- Que con fundamento en los argumentos anteriores solicito se sirva revocar parcialmente la sentencia de 31 de enero de 2009, en el sentido de que se ordene al municipio de Solano a indemnizar a Caprecom por los recursos dejados de percibir durante el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2004 hasta el año 2014, en relación con el porcentaje de administración de los recursos del Régimen Subsidiado en Salud, tal como se solicitó en la demanda.

Segunda.- Que subsidiariamente y en el evento de que no prospere la pretensión anterior, se condene al municipio de Solano a indemnizar a Caprecom por los recursos dejados de percibir durante el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2009, en relación con el porcentaje de administración de los recursos del Régimen Subsidiado en Salud” (fls. 376, 389-407 cuaderno principal).

2.2 Alegaciones finales

De esta oportunidad hace uso la parte actora, reiterando los argumentos expuestos en el transcurso del proceso (fls. 440-447 cuaderno ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia que negó las pretensiones, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988³, para que ésta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

2. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de la sentencia de 31 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones, con miras a analizar el periodo de liquidación reconocido por el Tribunal, frente a los argumentos de la apelación. No sin antes advertir que la Sala analizará la naturaleza de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad territorial resolvió no renovar el contrato n.º 215 de 2003, para la administración de los recursos del Régimen Subsidiado en Salud y aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social a dicho régimen, con el objeto de establecer la competencia para resolver el *sub lite*.

2.1 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los

³ El 21 de julio de 2006, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$51 730 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y las pretensiones de la demanda fueron estimadas por la parte actora en la suma de \$607 490 630.11. Es de anotar que para la fecha de presentación de la demanda, momento en el que debe establecerse qué normatividad resulta aplicable, no habían entrado a funcionar los juzgados administrativos -1º de agosto de 2006-.

testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. El 1º de abril de 2003, el municipio de Solano (Caquetá) y Caprecom E.P.S⁴ suscribieron el contrato n.º 215, con el siguiente objeto:

“El presente contrato tiene por objeto la administración de los recursos del Régimen Subsidiado en salud y aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, identificados mediante listado anexo y que libremente hayan seleccionado a esta ARS, con el fin de garantizar a los mismos la prestación de los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud vigente al momento de la prestación de servicios y de conformidad con la Ley 100 de 1993, sus Decretos Reglamentarios, los Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las determinaciones que adopte el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud y demás normas que lo adicionen, modifiquen o complementen” (cláusula tercera).

Para efectos de satisfacer el objeto contractual, los contratantes pactaron las siguientes obligaciones:

“Cláusula segunda. Obligaciones del contratante. El contratante se compromete, además de cumplir con las funciones y responsabilidades legales para la operación del régimen subsidiado, a las siguientes obligaciones derivadas del contrato: a) Velar por la ejecución y cumplimiento del contrato de administración del régimen subsidiado y por el aseguramiento en salud de la población afiliada a partir de la suscripción y registro presupuestal de este contrato. b) Garantizar la aplicación del 100% de los recursos del régimen subsidiado asignados en la resolución 316 de 17 de marzo de 2003, emanada del Ministerio de Protección Social, previo cumplimiento de los procesos presupuestales establecidos en la normatividad vigente y en especial atendiendo lo contemplado en el Decreto 050 de 2003 y demás normas que regulan la materia; y responder por su acción u omisión según el caso, cuando su conducta entorpezca el flujo o genere la aplicación indebida de tales recursos. c) No realizar unidad de caja de los recursos del régimen subsidiado con otros recursos de la entidad territorial con los fondos departamentales, distritales o municipales de salud (...). d) Impedir que los recursos del sistema general de participaciones y en especial los recursos del régimen subsidiado sean objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera (...). e) Evitar el múltiple pago de

⁴ Mediante resolución n.º 0560 de 27 de marzo de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud confirmó la autorización para administrar y operar el Régimen Subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom EPS (fls. 211-215 cuaderno 2).

UPC de personas que estén siendo compensadas en el régimen contributivo y/o aparezcan multiafiliadas en el régimen subsidiado y/ estén atendidas por régimen excepcionales (...). f) Entregar al contratista la base de datos de afiliados al régimen subsidiado que hacen parte del presente contrato, depurada y actualizada (...). g) Pagar al contratista de forma anticipada y por bimestres, a través del Fondo Local de Salud, las UPC correspondientes a los afiliados contratados, dentro de los diez días siguientes al inicio del respectivo bimestre, previo cumplimiento y acreditación de las condiciones establecidas en la cláusula octava del presente contrato. Los pagos deberán reflejar la afectación de los recursos o fuentes de financiación establecidas en el presente contrato. h) Calcular las UPC resultantes a pagar, teniendo en cuenta las bases de datos a afiliados de cada ARS, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes (...). i) Exigir al contratista dentro de los tres días siguientes a la suscripción del presente contrato: a) La información correspondiente a la carnetización de los afiliados de continuidad, los afiliados recibidos por traslados y los nuevos afiliados trasladados y que ante (sic) entrega de los listados o bases de datos correspondientes, identificando con ellos los afiliados en continuidad, los afiliados que vienen con carné con vigencia anual y los nuevos afiliados, para efectos de su verificación. b) Copia de los contratos de prestación de servicios de salud vigentes que acrediten la existencia de la red de servicios de salud en los niveles de complejidad exigidos para cumplir el objeto del contrato y para que se proceda a la verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales, que garanticen la atención a la población de su área de influencia. c) El reaseguro de enfermedades de alto costo de la población afiliada en el municipio. d) La póliza de garantía y cumplimiento del presente contrato. j) Respetar la libertad que tiene el contratista para seleccionar los prestadores con los cuales deba celebrar contratos de prestación de servicios de salud, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 715 de 2001. k) Abstenerse de imponer cláusulas gravosas para la selección de prestadores por parte del contratista. l) Requerir trimestralmente al contratista los estados de cartera con las IPS públicas y privadas contratadas y demás proveedores y un informe sobre el estado de pagos a las aseguradoras con las cuales constituyó la póliza de enfermedades de alto costo. Ll) Adelantar los procedimientos administrativos o judiciales ante las instancias correspondientes, en el evento de determinarse el incumplimiento total o parcial de las obligaciones al contratista”.

Y, en relación con las obligaciones a cargo del contratista, se pactó:

“Cláusula tercera. Obligaciones de la ARS. El contratista se obliga para con el contratante a cumplir con el objeto del presente contrato, a partir de su perfeccionamiento, para lo cual deberá adelantar las acciones y actividades necesarias para garantizar el acceso a los afiliados a los servicios de salud, en los niveles de complejidad requeridos, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsible de enfermedad o eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la disminución de personas con altos riesgos o enfermedades costosas, lo anterior en cumplimiento de lo establecido en la Ley 100 de 1993 (...) y en especial a cumplir las siguientes obligaciones: a) Disponer y mantener un sistema de información que permita obtener datos separados con relación al número de personas afiliadas, con su correspondiente documento de identidad (...). b) Carnetizar los nuevos afiliados (...). c) Entregar los listados o bases de datos correspondientes. d) Entregar al contratante, dentro de los tres días siguientes al perfeccionamiento, los documentos exigidos en el artículo segundo literal i) del presente contrato. e) Entregar mensualmente el archivo de

novidades de los afiliados contratados dentro de los diez días calendario del mes y el informe de ejecución de las actividades de promoción y prevención que le corresponden, de conformidad con la reglamentación aplicable. f) Actualizar los listados o bases de datos de los afiliados y entregarlos a la red prestadora contratada y al contratante dentro de los cinco primeros días del mes correspondiente. g) Garantizar a los afiliados el sistema de referencia y contrareferencia para los servicios no contemplados por el POS. h) Garantizar a los afiliados la agilidad y oportunidad en el acceso efectivo a los servicios, independientemente del nivel de complejidad, sin implantar mecanismos que limiten o dificulten el acceso a la prestación de los servicios básicos, tales como centrales de autorización. i) Garantizar el flujo oportuno de los recursos del régimen subsidiado contratados con las IPS y demás proveedores, para lo cual deberá dar cumplimiento a las reglas establecidas en el decreto 050 de 2003 (...). j) Informar su intención de retiro a la Superintendencia Nacional y al contratante por lo menos 120 días calendario antes de terminar el periodo de contratación vigente. k) Suscribir los contratos de aseguramiento para garantizar la continuidad de los afiliados que se seleccionaron, siempre y cuando cumpla con los mínimos de población establecidos en la norma, cuando no manifieste su intención de retirarse. l) Recibir la inscripción y afiliación de nuevos beneficiarios, en el evento de ampliación de cobertura. Ll) Las demás obligaciones contractuales y legales que se deriven del presente contrato”.

Las partes acordaron un plazo de seis meses, entre el 1º de abril y el 30 de septiembre de 2003, para una población de 2807 afiliados y por un valor total de \$304 176 877,83. Las cláusulas sexta y séptima son del siguiente tenor:

“Sexta. Duración. La duración del presente contrato es de 6 meses contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento y registro presupuestal y hasta el 30 de septiembre de 2003.

Séptima. Valor del contrato. El valor del presente contrato corresponde al resultado obtenido de multiplicar el valor de la Unidad de Pago por Captación del Régimen Subsidiado, previo descuento del porcentaje para acciones de Promoción y Prevención definido por el CNSSS, en cumplimiento del artículo 46 de la Ley 715 de 2001, por el número de afiliados a la base de datos que forma parte del presente contrato. El Valor de la Unidad de Pago por Capitación será el vigente al momento de la celebración del contrato o el que determine durante su ejecución el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

Para pagar el valor, las partes acordaron la siguiente forma de pago:

“Octava. Forma de pago. El contratante pagará al contratista las UPCS resultantes del descuento del porcentaje que para Acciones de Promoción y Prevención definió el CNSSS en cumplimiento del artículo 46 de la Ley 715 de 2001, correspondientes a sus afiliados, en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez días siguientes al inicio del respectivo bimestre. El cálculo de las UPC a pagar se realizará teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados entregada al contratista, sin perjuicio de que los ajustes que por novedades sean pertinentes. El primer pago deberá corresponder: 1) Valor proporcional de las UPCS resultantes de los afiliados incluidos en el contrato que vienen con carné

*con vigencia indefinida y 2) El valor proporcional de las UPCS resultantes de los afiliados incluidos en el contrato que vienen con carné con vigencia anual y de los nuevos afiliados, sin perjuicio del descuento posterior de UPCS resultantes no causadas por aquellos afiliados que vienen con carné con vigencia anual y por aquellos afiliados nuevos no carnetizados. Los pagos posteriores se sujetarán al informe de carnetización de los afiliados que vienen con carné con vigencia anual y de los nuevos afiliados, dentro de los 45 días calendarios contados a partir de la iniciación del presente contrato de aseguramiento y el reporte de novedades mensuales entregadas por el contratista.
(..)."*

En la cláusula décima cuarta, las partes pactaron los efectos de la mora frente a la red prestadora de servicios así:

"En aquellos eventos en que el contratista incurra en mora superior a siete (7) días calendario con la red prestadora de servicios de salud respecto de las cuentas debidamente aceptadas, habiendo recibido oportunamente los recursos correspondientes a las UPC resultantes de su población afiliada, el contratante podrá abstenerse de celebrar nuevos contratos de aseguramiento o de renovar los ya existentes con el contratista, en el siguiente periodo de contratación. En este caso, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se efectuará el traslado de la población afiliada, garantizando la continuidad en la afiliación, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 050 de 2003".

De igual forma, los contratantes pactaron las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilateral, de que tratan los artículos 15 a 18 de la Ley 80 de 1993, así:

"Vigésima segunda. Cláusulas excepcionales al derecho común. Se entienden incorporadas al presente contrato las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, de la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral y la caducidad, contenidas en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, respectivamente".

Las partes también acordaron la imposición de multas al contratista, en caso de incumplimiento parcial, hasta por un valor equivalente al 3% del valor del contrato, sin exceder del 10%, previo informe de la interventoría (cláusula décima primera).

Los contratantes pactaron que procederían a liquidar por mutuo acuerdo dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento del plazo y, en caso de no lograrlo, la entidad procedería unilateralmente dentro de los treinta días siguiente

al vencimiento del término para la liquidación bilateral, con la anotación de que la entidad contratante estaba obligada a allegar al Ministerio de Protección Social copia del informe de liquidación del contrato antes del 31 de diciembre del año correspondiente (cláusulas vigésima tercera y vigésima cuarta).

En la cláusula vigésima sexta, las partes pactaron las siguientes causas de terminación del contrato:

“Terminación. Para efectos de terminación del presente contrato, las partes se sujetarán a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y adicionalmente acuerdan las siguientes causales de terminación: 1) por incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales convenidas. 2) En el evento de que el contratista incurra en mora superior a siete (7) días calendario con la red de prestadores de servicios respecto de las cuentas debidamente aceptadas, habiendo recibido oportunamente los recursos correspondientes a las UPC resultantes de su población afiliada, en dos periodos de pago dentro de la misma vigencia contractual y que equivalga como mínimo al 5% del pasivo corriente del contratista. Esta causa impedirá que el contratista contrate con la misma entidad territorial para el siguiente periodo de contratación. 3) Cuando exista imposición de multas sucesivas al contratista por el reiterado incumplimiento parcial de las obligaciones y responsabilidades pactadas en el presente contrato de aseguramiento y de las establecidas por la ley. 4) Por acuerdo entre las partes. En estos casos, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se efectuará el traslado de la población afiliada, garantizando la continuación en la afiliación” (fl. 5 cuaderno 1).

2. El 30 de septiembre de 2003, el municipio de Solano y Caprecom E.P.S. prorrogaron el plazo en dos meses, contados a partir del 1º de octubre y hasta el 30 de noviembre de 2003. Así mismo, adicionaron el valor en la suma de \$28 896,64 UPCS para las zonas normales y en \$36 121, 23 UPCS para las zonas especiales. Las cláusulas primera es del siguiente tenor:

“Cláusula primera. Prórroga en duración. La cláusula número seis del contrato principal DURACIÓN, se adiciona en dos (2) meses, a partir del 1º de octubre hasta el 30 de noviembre de 2003” (fl. 6 cuaderno 1).

3. El 1º de diciembre siguiente, las partes nuevamente prorrogaron el plazo en cuatro meses, entre el 1º de diciembre de 2003 y el 31 de marzo de 2004 y adicionaron el valor en la suma de \$57 793,28 UPCS para las zonas normales y en \$72 242,46 UPCS para las zonas especiales. Se destaca el contenido de la cláusula primera:

“Prórroga en duración. La cláusula número seis (6) del contrato principal DURACIÓN, se adiciona en cuatro (4) meses, a partir del 1º de diciembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2004” (negritas fuera de texto, fl. 7 cuaderno 1).

4. El 8 de febrero de 2004, el municipio de Solano abrió convocatoria *“a todas las ARS interesadas en la administración de recursos del régimen subsidiado en este municipio, a inscribirse en las oficinas de la alcaldía”*. El 15 del mismo mes y año, conformó el comité de licitaciones y el día 28 siguiente adelantó audiencia de *“adjudicación”*. En el acta consta que el comité recomendó i) no renovar el contrato con las EPS y ARS Caprecom y Asmetsalud, fundado en los informes de interventoría de los contratos de administración de los recursos del régimen subsidiado, por incumplimiento de las obligaciones financieras con la red de salud prestadora de los servicios y las quejas de la comunidad y ii) contratar con CAJACOPI, por haber cumplido con los requisitos de la convocatoria.

El 1º de marzo del año en mención, mediante resolución n.º 002, el ente territorial inscribió y autorizó a la ARS que resultó favorecida, *“(..) para adelantar el proceso de mercadeo, selección, inscripción, afiliación y administración del subsidio en el municipio de Solano, con el objeto de garantizar la prestación del POS a que tienen derecho los afiliados del Régimen Subsidiado conforme a la normatividad vigente”* (fls. 7-20 cuaderno 3)

5. El 31 de marzo de 2004⁵, mediante oficio sin número y con recibido del mismo día y mes del año 2004, el Alcalde del municipio de Solano informó al gerente de Caprecom la no renovación del contrato para la administración de los recursos del régimen subsidiado. El siguiente fue el contenido de la comunicación:

“Asunto: No renovación de contrato.

Basado en las facultades constitucionales y legales, en especial las que me confiere la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios, los acuerdos vigentes proferidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en especial el No. 244 de 31 de enero de 2003, sobre forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social, en concordancia a clara normatividad del C.C.A., comunico a usted.

⁵ En la contestación de la demanda, la entidad pública da cuenta de que *“por error involuntario”* el oficio demandado se fechó el 31 de marzo de 2003 siendo del año 2004. Lo que tiene sentido, en la medida en que el recibido es de 2004 y da cuenta del traslado inmediato de los afiliados a partir del 1º de abril de 2004 (fl. 340 cuaderno 1).

Dado el injustificado y continuo incumplimiento en el pago de las obligaciones adquiridas con las IPS de la cabecera municipal, derivadas de la atención que estas han prestado a los usuarios afiliados a la ARS, así como también de las continuas quejas de sus afiliados por la deficiencia de su red de servicios y teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 36 del Decreto 050 de 2003, la administración municipal ha tomado la determinación de no renovar el contrato con la ARS Caprecom, para la Administración de los Recursos del Régimen Subsidiado.

De conformidad con lo establecido por el Consejo Nacional Social en Salud, a partir del 1º de abril de 2004 se efectuará el traslado de la población afiliada a la ARS Caprecom a otra de las inscritas en el municipio de Solano, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y la atención de los afiliados” (negrillas fuera de texto, fl. 8 cuaderno 1).

6. El mismo día, mediante el decreto n.º 019, el alcalde del municipio de Solano resolvió no renovar el contrato con la ARS Caprecom. El acto es del siguiente contenido:

“Que después de haber recibido reiteradas informaciones del incumplimiento en el pago de sus obligaciones por parte de la ARS a las instituciones que le han prestado el servicio de salud y de los beneficiarios de la ARS en la cual ponen en conocimiento de la administración municipal su inconformidad sobre el servicio prestado por la ARS que se refieren a la deficiente e inoportuna entrega de medicamentos que obliga a los beneficiarios a utilizar sus escasos recursos en la adquisición de los mismos.

Que existe por parte de la Red Pública del municipio de Solano certificación sobre el incumplimiento en el pago de las obligaciones de Caprecom por los servicios prestados a sus usuarios y registra además cuentas de difícil cobro desde el año 1997” (negrillas fuera de texto, fls. 15-16 cuaderno 1).

En esa fecha el anterior acto administrativo fue notificado personalmente el señor Jhon Fredy Medina, Coordinador de Caprecom, informándole que contra el mismo procedía el recurso de reposición (fl. 17 cuaderno 1). El mencionado era contratista promotor de la sociedad Temporales Efectivos Ltda., para la atención personalizada de los usuarios de Caprecom, referida a la entrega de carnés, atención a los beneficiarios del régimen subsidiado, realización de vistas a droguerías, recepción de sugerencias, quejas y reclamos (fls. 47-48 cuaderno 1).

7. El 1º de abril de 2004, el municipio de Solano y la ARS Cajacopi suscribieron el contrato n.º 279 para la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud. Y, el mismo día, mediante resolución n.º 002B, el ente

territorial realizó el traslado de los afiliados de la ARS Caprecom a la ARS Cajacopi Atlántico (fls. 38-39 cuaderno 3 y 21-22 cuaderno 2).

8. El 6 de abril siguiente, la Directora Territorial de Caprecom, Caquetá, interpuso recurso de reposición en contra del oficio de 31 de marzo de 2003 (sic). Alegó falsa motivación de la decisión, en la medida en que “(..) *el municipio no ha cumplido con la obligación legal de cancelar a Caprecom las UPC por bimestre anticipado, de por manera que si en gracia de discusión aceptamos que Caprecom ha incumplido sus obligaciones frente a la red prestadora de servicios, ello se debe a que durante la ejecución del contrato no ha recibido oportunamente del ente territorial los recursos correspondientes a las UPC de su población afiliada*”. Puso de presente que el acto presentaba vicios de forma y procedimiento y, al tiempo, desconoció el debido proceso, pues “(..) *el ente territorial con el afán de hacer un traslado masivo de afiliado a otras ARS, tomó la decisión de no renovarle a Caprecom el contrato de administración, sin haber adelantado previamente la investigación, donde se le hubiera brindado la oportunidad de conocer los hechos constitutivos de incumplimiento y de contera se le privó de la oportunidad de presentar sus explicaciones y soportes probatorios para el ejercicio de su derecho a la defensa*” (fls. 9-13 cuaderno 1).

9. El 19 de abril de 2004, mediante resolución n.º 003, el alcalde del municipio de Solano negó la reposición interpuesta contra “*el Decreto 019 de marzo 31 de 2004*” y confirmó la decisión. Se transcriben algunos apartes de su contenido:

*“Analizando el **recurso de reposición contra el Decreto 019 del 31 de Marzo de 2004**, por medio del cual se decide no renovar el contrato 215 de Abril 1 de 2003, con la ARS CAPRECOM EPS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, interpuso (sic) dentro del término legal que al respecto se fundamenta en los siguientes:*

***El artículo 17 de la Ley 80 de 1993, ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL**, el cual reza: *la entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos, para nuestro caso el numeral primero (1):**

Cuando las exigencias del servicio público lo requieran.

*Las denominadas EXIGENCIAS por la norma, son las mismas que este Despacho considera que **CAPRECOM EPS no ha cumplido a cabalidad**, tal y como se le manifestó en las motivaciones de la presente resolución, para lo cual me permito manifestar nuevamente, según se ha podido constatar por parte del*

*municipio, que la ARS CAPRECOM EPS no ha ejecutado de manera eficaz y eficiente el precitado contrato, conducta esta que se demuestra con el incumplimiento que se presenta con el **retardo injustificado en la presentación de las cuentas de cobro** por bimestre anticipado, hecho que genera retardos en el flujo de los dineros del régimen subsidiado, incumpliendo lo establecido en el Decreto 050 de 2003, normatividad vigente y que consagra mecanismos y términos perentorios para la ejecución y flujo de los dineros del régimen Subsidiado.*

Según el artículo 24 literal A del decreto 050 de 2003, procederá el giro sin situación de fondos: "cuando la entidad territorial no le pague los recursos a la entidad administradora del Régimen Subsidiado correspondiente a la UPC-S, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en la cual se vence el término contractual para hacerlo".

La causal por la cual esta administración tomó esta decisión de fondo fue encaminada a solucionar los problemas presentados para el caso sub-lite, lo cual fue el resultado de la evaluación en primera instancia de la relación de incumplimientos generados por parte de la ARS CAPRECOM EPS y teniendo en cuenta el informe de interventoría según el cual esa ARS no reportó novedades ni reporte de carnetización del presente contrato y que esta no ha tomado las medidas correctivas necesarias con el fin de dar una solución a lo expuesto. Poniendo en riesgo a esta entidad de incurrir en el precitado artículo, hecho que no puede ni debe permitir el Municipio de acuerdo a los principios legales y constitucionales, es aras de proteger los intereses de la comunidad.

Debido a la falta de cumplimiento por parte de la ARS CAPRECOM EPS, el flujo de los dineros del Régimen Subsidiado se ha retrasado, teniendo en cuenta que para ello existen unos términos, los cuales el Artículo 31 del Decreto 050 de 2003 nos lo ilustra: OPORTUNIDAD DEL GIRO:

"La entidad territorial deberá girar o pagar a las Administradores del Régimen Subsidiado (ARS), las UPC-S correspondientes a sus afiliados en forma anticipada por mensual bimestres y dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre. El cálculo de las UPCS a pagar, se realizará teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados de cada Administradora del Régimen Subsidiado (ARS), sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes".

*De acuerdo a toda la actuación surtida dentro del presente asunto y debido al incumplimiento de ARS CAPRECOM EPS, se ha infringido y puesto en peligro al municipio de estar inmerso en el supuesto del ART. 32 DEL DECRETO 050 DE 2003. INTERESES MORATORIOS. La entidad territorial que no gire los recursos en los plazos establecidos, siempre y cuando haya recibido los recursos que la financian por parte de la Nación, deberá reconocer de acuerdo con lo establecido en el Decreto No. 1281 de 2002, intereses de mora a la tasa de interés moratoria establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales –DIAN-. Es claro que aunque el recurrente relaciona una serie de pagos por esta entidad, los mismos demuestran el retardo en el pago, por cuanto aunque se evidencia el pago, también su retardo por causa imputable a la ARS, ya que **presentó reporte de novedades en forma extemporánea**, lo que hace que la entidad territorial solo verifique la ejecución del contrato hasta que se presenta esta, aclarando que se cancela una vez se presenta dicho reporte, bimestre anticipado.*

*El recurso aduce en su defensa que los pagos del ente territorial deben hacerse independientemente de que se presente factura por parte de la ARS con lo cual pretende desvirtuar su incumplimiento, pero es claro, que todas las ARS deben presentar facturación debido a que es necesario determinar el valor real del bimestre, con el respectivo reporte de novedades, es imposible que el municipio gire, **sin tener la información de los carnetizados y las diferentes novedades que se presentan dentro del bimestre y que altera su valor**, por ende no puede pretender el recurrente que se le pague lo que el contrato calcula sin tener en cuenta lo realmente debido por el municipio de conformidad con la población existente.*

Igualmente es importante señalar, que los pagos de los bimestres pierden su exigibilidad del hecho que fundamenta según el contrato la obligación de pago, es decir, la demostración del cumplimiento del contrato de las obligaciones pactadas, es decir, que el municipio no puede pagar si previamente la ARS no ha demostrado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, porque de lo contrario la obligación no se hace exigible.

*El recurrente llama la atención en cuanto a que las cláusulas exorbitantes no derivan su virtualidad jurídica del contrato celebrado entre las partes sino directamente de la ley misma: pero como ya se mencionó **el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 -De la terminación Unilateral-**, nos faculta en su numeral **Primero (1)**, por cuanto esa ARS no se ha ajustado de manera justa a los **presupuestos legales** que como EXIGENCIAS del servicio público se requieren para el cumplimiento del contrato de administración del régimen subsidiado, exigencias estas que no se han visto satisfechas por la ARS CAPRECOM EPS, ni **tampoco dentro del caso sub examine ha demostrado que se hayan cumplido a cabalidad con las responsabilidades derivadas del contrato, por el contrario ha dado prueba de su incumplimiento**. Simplemente ha perdido la oportunidad para probar lo contrario a los supuestos fácticos del acto recurrido y se ha limitado a realizar consideraciones jurídicas tendientes a desconocer la capacidad de control y vigilancia por parte del municipio, para lo cual ha hecho gala de una difícil argumentación.*

Lo anterior se evidencia cuando el inconforme, guarda silencio y no desvirtúa lo atinente al incumplimiento en los pagos a la Red Pública que a la fecha adeuda al HOSPITAL LOCAL DE SOLANO, cuando existe un concepto jurídico del Ministerio donde esclarece que las obligaciones del ente y de la ARS son independientes de sus deudas con las IPS, razón por la cual no es disculpa aceptable el incumplimiento presentado, tal y como lo establece el DECRETO 050 DE 2003, esto a la luz de la normatividad que nos cobija y dentro del caso sub examine, configura un HECHO RELEVANTE para la administración, que en su sentir y respaldada por normas legales vigentes y hechos que encaminaron a tomar esta decisión. El municipio tiene certificación de las deudas que a la fecha demuestra incumplimiento de pago de la ARS CAPRECOM EPS, lo cual deja en evidencia que está poniendo en peligro la atención en salud de la población.

Hasta la fecha CAPRECOM EPS no ha demostrado, ni siquiera con el presente recurso de reposición, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Contrato de Administración del Régimen Subsidiado necesarios para que se haga exigible la obligación en el pago de todos y cada uno de los bimestres pactados según el contrato citado, hecho que constituye una prueba más del incumplimiento de lo pactado y del riesgo en que se encuentra la población por esta razón.

Todo el procedimiento llevado a cabo por esta Entidad está ajustado conforme al procedimiento administrativo; no solo por la norma del C.C.A. citada, también por lo estipulado en el contrato citado en su **CLÁUSULA DECIMA CUARTA.- CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE DERECHO COMÚN**: Se entienden incorporadas al presente contrato las cláusulas exorbitantes al derecho común, de la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral y la caducidad contenidas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993. Acuerdo expuesto entre las partes y que corresponde al formato elaborado por la Superintendencia Nacional de Salud en lo concerniente a las obligaciones de las partes y sus posibles conflictos.

El incumplimiento presentado se evidencia máxime en lo atinente a la vulneración de derechos de rango constitucional, puestos en riesgo al no cumplir lo establecido en normas legales vigentes y de obligatorio cumplimiento y derivado de las obligaciones contraídas, las cuales como se ha probado no se cumplieron por parte de la ARS CAPRECOM EPS teniendo en cuenta que el servicio de salud no es cualquier servicio, por cuanto la nueva concepción de la seguridad social, prevista en la Carta Política como un derecho colectivo, fundamental y un derecho irrenunciable de los trabajadores ha motivado la reestructuración total del servicio de salud en el país, contemplada en las leyes 60 y 100 de 1993, pero **en lo atinente a la contratación nos debemos remitir a la Ley 80 de 1993** y aquellas que por su especialidad se aplican a esta materia, lo cual se ha cumplido por parte de esta entidad.

Respecto a la vulneración del debido proceso, este despacho le manifiesta al recurrente que en ningún momento se ha vulnerado dicho derecho, teniendo en cuenta que jamás se omitió por parte de esta Entidad la debida notificación del acto atacado por cuanto él mismo fue notificado personalmente el día 23 de Julio de 2003, cumpliendo así lo estipulado en el artículo en el artículo 44 de C.C.A.: como se evidencia precisamente por su contestación, lo cual se prueba por la actuación del mismo implicado, con el hecho de que en término la ARS CAPRECOM EPS interpusiera el presente recurso de reposición, desvirtuando lo alegado en su propio escrito, además de los diferentes requerimientos realizados por el interventor del Régimen subsidiado.

Por todo lo someramente examinado y dado y dado que la ARS CAPRECOM EPS guardó silencio en lo relacionado a la mora que presenta con la IPS local, dando con ello prueba de la veracidad de este hecho, es procedente la aplicación del ARTÍCULO 36 DEL DECRETO 050 DE 2003, que al tenor dice: EFECTOS DE LA MORA DE LAS ADMINISTRADORAS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO (ARS) FRENTE A LA RED PRESTADORA DE SERVICIOS, PÁRRAFO SEGUNDO: Si la mora se presenta en dos (2) periodos de pago dentro de la misma vigencia contractual y equivale como mínimo al 5% del pasivo corriente de la ARS, la Entidad territorial dará por terminado el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado. Esta causal se incorpora al respectivo contrato de administración de recursos del régimen subsidiado.

Considera este despacho que la ley no puede ser más clara al respecto, permitiendo a los entes territoriales de conformidad con la norma citada, **la aplicación de la terminación unilateral por estos incumplimientos** y desconociendo expresamente las consideraciones que sobre este punto ha realizado el recurrente, máxime cuando la norma citada es una ley de carácter especial que pretende regular la especialidad de esta materia y que ha sido ampliamente divulgada y estudiada por todos los actores partícipes del sistema General de Seguridad Social en Salud para el régimen Subsidiado.

(..) (negrillas fuera de texto, fls. 19-25 cuaderno 1).

El mismo día, el alcalde comunicó a Caprecom el contenido de la resolución n.º 003. El documento fue recibido el 20 de abril de 2004 (fl. 14 cuaderno 1).

Esa misma fecha, el auxiliar de la Secretaría de Gobierno dejó constancia de haber notificado personalmente a Caprecom y del vencimiento de ejecutoria el 23 de abril de 2004 (fl. 26 cuaderno 1).

10. En la actuación reposa un listado suscrito por aproximadamente trescientos (300) afiliados a la EPS ARS Caprecom, manifestando su conformidad con la prestación del servicio, sin intención de trasladarse (fls. 31-46 cuaderno 1).

11. Según el informe de estado de cuenta elaborado por el contador de Caprecom, con corte a 31 de diciembre de 2003, el municipio de Solano le adeuda la suma de \$20 544 188.00 (fl. 56 cuaderno 1).

El municipio de Solano, por su parte, dio cuenta del siguiente balance financiero del contrato n.º 215, entre los meses de abril de 2003 a marzo de 2004 (fl. 57 cuaderno 1):

<i>Bimestre</i>	<i>Valor</i>
<i>Abril mayo 2003</i>	<i>101.392.293.00</i>
<i>Junio julio 2003</i>	<i>82.725.938.00</i>
<i>Agosto septiembre 2003</i>	<i>95.417.160.00</i>
<i>Octubre noviembre 2003</i>	<i>95.432.210.00</i>
<i>Diciembre 2003 enero 2004</i>	<i>102.919.916.24</i>
<i>Febrero marzo 2004</i>	<i>101.846.862.20</i>
<i>Total ejecutado contrato 215</i>	<i>579.734.379.44</i>
<i>Menos abonos</i>	<i>1-ago-03 101.392.293.00</i> <i>17-feb-04 176.273.135.00</i>
<i>Total abonos</i>	<i>277.665.428.00</i>
<i>Saldo contrato 215</i>	<i>302.068.951.44</i>

La Directora de Caprecom, regional Caquetá, elaboró el siguiente reporte económico del contrato 215 y sus dos adicionales, entre el 1º de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004, con corte a 31 de marzo de 2004 (fl. 58 cuaderno 1):

<i>Valor del contrato</i>	608.353.755.66
<i>Valor ejecutado</i>	503.547.180.42
<i>Valor pagado</i>	277.665.428.00
<i>Valor por pagar a Caprecom</i>	225.881.752.42

<i>Pagos realizados</i>	<i>Valor</i>	<i>Fecha de pago</i>	<i>Recibo de caja</i>
<i>Bimestre abril-mayo 2003</i>	101.392.293.00	01-Ago-03	45
	176.273.135.00	17-Feb-04	
<i>Bimestres junio a noviembre 2003</i>			6
<i>Total pagos: 277.665.428.00</i>			

Caprecom, además, dio cuenta del estado de cartera con el Hospital Local de Solano entre los años 2002, 2003 y el primer trimestre de 2004, así:

<i>Año</i>	<i>Deuda reportada por el Hospital Local de Solano</i>	<i>Descuentos realizados por Caprecom por reporte efectivamente carnetizados</i>	<i>no por de</i>	<i>Total a pagar</i>
2002	16.733.589.00	63.152.329.00	-	46.418.740.00
2003	39.269.336.00	35.213.434.00		4.055.902.00
2004	59.051.265.00			59.051.265.00
<i>Totales</i>	<i>115.054.190.00</i>	<i>98.365.763.00</i>		<i>16.688.427.00</i>

Los datos anteriores se tomaron de la cartera reportada por el Hospital Local de Solano” (fl. 59 cuaderno 1).

El Hospital Local de Solano, por su parte, dio cuenta de que Caprecom ARS le adeuda las sumas de \$186 253 309 por los años 1997 a 2002 y \$109 066 066 por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003 y enero y febrero de 2004 (fl. 21 cuaderno 3).

12. El 30 de julio de 2004, el alcalde del municipio de Solano y la Directora Territorial de Caprecom liquidaron de mutuo acuerdo el contrato n.º 215, durante el periodo comprendido **entre el 1º de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004.** El siguiente fue el balance financiero:

*“Valor del contrato correspondiente al aseguramiento de 2807 personas durante 12 meses: 608.353.755.66.
(..)*

Valor del incremento de la UPCS por los meses de enero a marzo/04 a razón de \$1.171.80 persona mes: 9.867.727.80.

Valor total de la contratación: 618.221.483.46.

Valor correspondiente al aseguramiento de 1.161 personas por carné entregados según reporte de novedades de la ARS del bimestre abril y mayo/03: 4.090.120.00.

Valor correspondiente al aseguramiento de 2.641 personas por carné entregados según reporte de novedades de la ARS del bimestre junio y julio /03: 82.725.938.

Valor correspondiente al aseguramiento de 2.800 personas por carné entregados según reporte de novedades de la ARS del bimestre agosto y septiembre/03: 100.496.402.62.

Valor correspondiente al aseguramiento de 2.800 personas por carné entregados según reporte de novedades de la ARS del bimestre octubre y noviembre/03: 101.139.360.00.

Valor correspondiente al aseguramiento de 2.815 personas por carné entregados según reporte de novedades de la ARS del bimestre diciembre/03 y enero/04: 107.110.833.80.

Valor correspondiente al aseguramiento de 2.815 personas por carné entregados según reporte de novedades de la ARS del bimestre febrero y marzo/04: 107.984.526.00.

Valor total ejecutado del contrato: 503.547.180.42.

Valor pagado a Caprecom EPS con recursos SGP continuidad según responsabilidad contractual del municipio: 153.297.913.31.

Valor pagado a Caprecom EPS con recursos POSYGA (sic) según responsabilidad contractual del municipio: 117.896.698.38.

Valor pagado a Caprecom EPS con recursos Acuerdo 207 según responsabilidad contractual del municipio: 6.490.816.31.

Valor total pagado a Caprecom EPS por el municipio: 277.665.428.00.

Salgo pendiente por pagar a Caprecom EPS: 225.881.752.42.

Valor a pagar a Caprecom por el municipio con recursos SGP: 119.260.433.17.

Valor a pagar a Caprecom por el municipio con recursos FOSYGA: 91.703.962.61.

Valor a pagar a Caprecom por el municipio con recursos Acuerdo 207: 5.049.628.84.

Valor a pagar a Caprecom por el municipio, por concepto del reajuste en el incremento de la UPC por los meses de enero a marzo 2004, según criterios del acuerdo 259 de 2004: 9.867.727.80.

Valor total a pagar a Caprecom EPS por el municipio: 225.881.752.42.

Valor saldo del contrato: 114.674.303.042.

Con SGP: 63.311.199.72.

Con recursos FOSYGA: 48.682.431.69.

Con Acuerdo 207: 2.680.671.63.

Con recursos liberados por concepto del reajuste en el incremento de la UPC por los meses de enero a marzo 2004, según acuerdo 259 de 2004”.

A renglón seguido, las partes dejaron las siguientes constancias.

“Las partes intervinientes de conformidad con la liquidación de cifras se declaran a paz y salvo entre sí por todo concepto derivado de la relación contractual que se terminó y se liquida en la actualidad, de manera que se renuncia expresamente a cualquier reclamación posterior extrajudicial respecto de los mismos puntos relacionados con el contrato en referencia, comprometiéndose a cancelar los valores adeudados en un término de 30 días. El municipio asumirá la responsabilidad en el caso de no haber debitado las múltiples afiliaciones.

Se declara que con relación a todos los gastos, cuentas por pagar y a fines que hubiere asumido o en que hubiere incurrido Caprecom EPS, respecto de los acreedores de esta entidad, ella se obliga a atender y asumir de su pecunio toda erogación liberándose entonces a la parte contratante denominada municipio de Solano” (fl. 60 y vto cuaderno 1).

13. El 28 de septiembre de 2005, mediante resolución n.º 1400, la Superintendencia Nacional de Salud sancionó a la Caja de Compensación Cajacopi Atlántico con multa equivalente a 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Esto, comoquiera que excedió su capacidad de afiliados, sin autorización y pasando por alto la advertencia que hiciera el ente de control (fls. 216-226 cuaderno 2).

14. El 19 de abril de 2006, mediante resolución n.º 0703, la Superintendencia Nacional de Salud sancionó al señor Alejandro Quintero Rentería, alcalde del municipio de Solano, con multa equivalente a 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Esto, comoquiera dicho funcionario desconoció la normatividad aplicable en materia de traslado de afiliados, pues *“(.) no esperó el resultado de la decisión del recurso de reposición de Caprecom y antes de ello expidió la resolución de asignación de afiliados a la ARS CAJACOPI, sin que previamente estuviera en firme la decisión de no renovación de contratos, lesionando con ello el principio de libre escogencia de la población afiliada a la ARS Caprecom”.*

El 16 de junio de 2006, mediante la resolución n.º 1028, la Superintendencia de Salud repuso parcialmente la anterior decisión y disminuyó la sanción a un monto de ocho salarios mínimos mensuales legales vigentes. El 10 de julio del mismo mes y año, con la resolución n.º 01323, confirmó la resolución 703 de 19 de abril de 2006 y mantuvo el valor de la multa, por desconocer la normatividad

básica de administración del régimen subsidiado y las cláusulas del derecho procesal, en punto a la firmeza de las actuaciones (fls. 245-285 cuaderno 2).

15. En la actuación reposa la declaración de la señora Dolly Ortiz Escarpeta, Directora Territorial de Caprecom, Caquetá. Dio cuenta de haber suscrito con el señor Jhon Fredy Medina una orden de prestación de servicios, luego de que una empresa de empleos temporales suscribiera con él un contrato de trabajo, para que ejerciera labores de promotor. Afirmó que se enteró que dicha persona fue quien recibió la notificación de la no renovación del contrato, esto es del oficio de 31 de marzo de 2004, la cual *“nunca llegó a la oficina”*. Sostuvo que no recibió quejas o reclamos por parte de los usuarios a la EPS ARS Caprecom, por el contrario, aseguró haber recibido solicitudes de nuevas afiliaciones. Por último, puso de presente que el municipio de Solano no pagaba oportunamente y que *“el pago lo hicieron en julio o agosto de 2004 cuando se liquidó el contrato”* (fls. 16-18 cuaderno 2).

El señor José Dionisio Vargas Giraldo, Subdirector Nacional de la EPS Caprecom, responsable del seguimiento y control de los contratos para la administración del régimen subsidiado, dio cuenta de que *“(..) el municipio de Solano de una manera unilateral y sin cumplir la normatividad vigente ara la época para el 2004, decidió no renovar el contrato de aseguramiento con Caprecom y de manera arbitraria trasladar los afiliados que venía manejando Caprecom a la administradora Cajacopi, incumpliendo con la normatividad”*. Puso de presente que la decisión de no renovar el contrato fue notificado a quien no ostentaba la representación de la caja, pues era un promotor de salud que se encarga del contacto con los afiliados. Por último, sostuvo que el municipio demandado no cumplió oportunamente con los pagos a los que se había comprometido en el contrato n.º 215 de 2003 (fls. 187-192 cuaderno 2).

Y, el señor Jhon Fredy Medina García, promotor de salud de Caprecom, afirmó que recibió el oficio de no renovación del contrato y que ese mismo día –sin señalar cuál-, envió la comunicación a la directora de Caprecom, señora Dolly Ortiz, *“(..) pero la doctora no me lo quizo (sic) recibir, lo envié por fax (..) pero ella no me dio línea para fax porque me dijo que la tenían que notificar personalmente,*

entonces yo inmediatamente le devolví el oficio a la alcaldía, no me quedé con nada”
(fls. 198-199 cuaderno 2).

16. En el plenario obra el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora, con el objeto de *“determinar los perjuicios infringidos a Caprecom con la terminación unilateral, incluyendo los intereses moratorios por el no pago oportuno de los bimestres anticipados”*. La perito contadora, fundada en la normatividad que fija el valor de la unidad de pago por capitación del régimen subsidiado, estimó el valor de los perjuicios en la suma de \$767 132 584.96. Del contenido de la experticia se transcriben los siguientes apartes:

“Teniendo en cuenta lo dispuesto en los acuerdos 244 de 2003, 258 de 2004 y 284 de 2005 expedidos por el CNSSS, donde se decretó la congelación de los traslados de los usuarios afiliados al régimen subsidiado; en consecuencia hasta el 2006 por ley tendría que renovarse automáticamente los contratos de aseguramiento. De otra parte, se estimó que en condiciones normales se habría garantizado por lo menos tres renovaciones más, cada una de tres años ubicándose el horizonte en años de la estimación de perjuicios hasta el año 2014.

Adicionalmente a lo anterior, se tomó el valor de la unidad de pago por capitación (UPC), multiplicada por el número de afiliados que para nuestro caso es de 2.807 nos arroja el valor total del contrato. De esta cifra el valor que corresponde a Caprecom, como ingreso es del 8% de administración y a partir del año 2008 hasta el 2014, como aún no se conoce el valor de la UPC, tomo el valor de la inflación establecida para el año gravable 2006, que es el 4.48%.

Además, se tiene en cuenta el interés moratorio por toda obligación que no se paga en forma oportuna generaría, de esta manera tomo el valor del ingreso que Caprecom dejó de percibir por concepto de administración para los años 2004, 2005 y 2006, los cuales a la fecha ya debían haber sido efectivamente cancelados de haberse renovado el contrato y multiplicados por la tasa de interés vigente que determina el gobierno nacional y que a la fecha es de 32.09% efectiva anual.

De esta manera rindo dictamen el cual consta de 11 cuadros que muestran año a año (2004 a 2014) la proyección de ingresos dejados de percibir por Caprecom e igualmente un cuadro donde se puede ver la liquidación total con sus respectivos intereses de mora. Para un total a reconocer a la entidad de Caprecom, por valor de \$767.132.584.96” (fls. 98-113 cuaderno 2).

La experticia fue objeto de aclaración, en el sentido de explicar que la anterior cifra corresponde al valor de administración que para el año 2003 era del 10%, según el decreto n.º 244 del CNSSS y para los años siguientes el 8%, según el decreto n.º 261 de 2004, normativa que, según la perito, estableció que los

contratos se renovarían automáticamente, por lo menos tres veces más, por tres años (fls. 209-210 cuaderno 2).

2.2. Caducidad de la acción en el *sub lite*

Por razones de seguridad jurídica, eficiencia y economía procesal, el legislador dispone la extinción de los medios de control judicial que no se ejercen en el término previsto; estableciendo así la carga de acudir a la justicia con prontitud, esto es, dentro del plazo señalado, so pena de perder la posibilidad de hacerlo.

Las normas de caducidad se fundan en el interés de que los litigios no persistan en el tiempo, en desmedro de la convivencia pacífica y que las entidades públicas puedan definir las gestiones y las políticas estatales en la materia, sin aguardar indefinidamente la solución de controversias que podrían impedir su adopción y ejecución.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga⁶ a los asociados del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

Debe entenderse que la caducidad opera cuando el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Ello está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.

⁶ “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales.” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁷ –normativa vigente a la fecha de presentación de la demanda-, reguló el tema relacionado con la caducidad de las acciones. En lo atinente a la oportunidad de la acción contractual, la norma en cita dispuso:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

(..) (negritas fuera de texto).

En cuanto a la oportunidad para realizar la liquidación del contrato, la jurisprudencia, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, señaló un término de cuatro (4) meses, contados desde la terminación del contrato; más tarde precisó que el procedimiento para la liquidación del contrato debía cumplirse en un plazo de seis (6) meses, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) para efectuar la liquidación de manera unilateral, por parte de la administración. También ha precisado la Sala que dicho término no es

⁷ Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012.

perentorio, vale decir, que pasados 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes⁸.

La Sala también ha precisado que, aunque el término para adelantar la liquidación no sea perentorio, la administración no pierde la competencia para liquidar, no obstante haber transcurrido los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo contractual, la *“facultad subsist[ía] sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual.”*⁹

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de celebración del contrato del caso *sub exámine*, claramente establece que los contratos de tracto sucesivo, como el sometido a consideración de la Sala, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En el presente caso, las partes acordaron un plazo de ejecución de seis meses, entre el 1º de abril y el 30 de septiembre de 2003. En esta última fecha, prorrogaron el plazo en dos meses, contados a partir del 1º de octubre y hasta el 30 de noviembre de 2003. Y, el 1º de diciembre siguiente, los contratantes nuevamente prorrogaron el plazo en cuatro meses, entre el 1º de diciembre de 2003 y el 31 de marzo de 2004.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de noviembre 10 de 2005, Radicado 13.748, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁹ Sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 14384, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

De igual forma, las partes también acordaron que procederían a liquidar por mutuo acuerdo dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento del plazo y, en caso de no lograrlo, la entidad procedería unilateralmente dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del término para la liquidación bilateral.

En el presente asunto está acreditado que el 30 de julio de 2004, el alcalde del municipio de Solano y la Directora Territorial de Caprecom liquidaron de mutuo acuerdo el contrato n.º 215, esto es dentro del término contractual pactado, por lo que la demanda presentada el 21 de julio de 2006 lo fue en tiempo.

2.3. La no renovación del contrato en el *sub lite* no implicó el ejercicio de una facultad exorbitante

Del acervo probatorio que reposa en la actuación la Sala concluye que, a través de los actos demandados, el municipio de Solano no ejerció la facultad exorbitante de terminación unilateral del contrato, como lo concluyó el *a quo*.

En efecto, el último día de vencimiento del plazo contractual, mediante el oficio sin número de 31 de marzo de 2003 –que en realidad, como ya se vio, fue expedido en el año 2004-, la entidad pública contratante resolvió no renovar el contrato. Ello, fundado en el “(..) *injustificado y continuo incumplimiento en el pago de obligaciones adquiridas con las IPS de la cabecera municipal, derivadas de la atención que estas han prestado a los usuarios afiliados a la ARS, así como también de las continuas quejas de sus afiliados por la deficiencia de su red de servicios*” (fl. 8 cuaderno 1).

En el decreto n.º 019 de 31 de marzo de 2004, el municipio de Solano reiteró su decisión de no renovar –sin haber referencia al anterior oficio-, motivado en “(..) *reiteradas informaciones del incumplimiento en el pago de sus obligaciones por parte de la ARS a las instituciones que le han prestado el servicio de salud y de los beneficiarios de la ARS en la cual ponen en conocimiento de la administración municipal su inconformidad sobre el servicio prestado por la ARS que se refieren a la deficiente e inoportuna entrega de medicamentos que obliga a los beneficiarios a utilizar sus escasos recursos en la adquisición de los mismos*” (fls. 15-16 cuaderno 1).

Y, en la resolución n.º 003 de 19 de abril de 2004, el ente territorial demandado confirmó la no renovación, por cuanto Caprecom E.S.P. A.R.S. i) no reportó las novedades; ii) no realizó la carnetización que correspondía; iii) no presentó la facturación debida con sus soportes; iv) incurrió en mora en el pago a las IPS y v) no tomó medidas para solucionar dichas irregularidades, necesarias para garantizar la adecuada prestación del servicio.

Como quedó demostrado, el oficio sin número de 31 de marzo de 2003, en realidad fue expedido el mismo día y mes del año 2004, día de la última prórroga del plazo. En esa fecha también fue proferido el decreto n.º 019, aquí demandado.

La vigencia de la relación contractual y la conducta de la administración, permiten a la Sala concluir que no las decisiones acusadas no dan cuenta del ejercicio de la facultad excepcional de terminación unilateral, como lo consideró el *a quo*, pues solo implicó la no renovación del contrato por vencimiento del plazo.

El oficio sin número de 31 de marzo de 2003, que dirigió el municipio de Solano a Caprecom, para informar que no prorrogaría el contrato, no constituía ejercicio de función administrativa alguna, tampoco tenía la naturaleza jurídica de acto administrativo.

En relación con la definición de acto administrativo, el artículo 4º de la Ley 153 de 1887 establece que *“es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”*.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-893 de 1999 definió a la ley, así:

“La doctrina jurídica suele distinguir entre la ley en sentido formal y la ley en sentido material. Así, en la primera definición prima un criterio orgánico, pues corresponde a una regulación expedida por el legislador, mientras que la ley en sentido material es una norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos, haya o no sido dictada por el órgano legislativo. Por

ende, una regulación es ley en sentido formal y material, cuando emana del órgano legislativo y tiene un contenido general; en cambio es sólo ley en sentido formal si ha sido dictada por el poder legislativo, pero su contenido se refiere a un solo caso concreto; y es ley sólo en sentido material, cuando tiene un contenido general, esto es, se refiere a una multiplicidad de casos, pero no ha sido expedida por un órgano legislativo”¹⁰.

Por su parte, respecto de la expresión “con fuerza material de ley” la Corte Constitucional señaló que se trata de aquellas disposiciones que si bien no son proferidas por el Congreso, su contenido si es **general, impersonal y abstracto** como las leyes, y tienen su mismo rango, así:

*“La expresión ‘con fuerza de ley’ o con ‘fuerza material de ley’ significa que un acto normativo, **que no es formalmente una ley, por no haber sido expedido por el Congreso, tiene sin embargo, debido al sistema de fuentes desarrollado en la Carta, el mismo rango jerárquico de las leyes,** y por ende puede derogar y modificar otras leyes y, a su vez, no puede ser alterado sino por normas de igual o superior jerarquía, esto es, por la Constitución, por otras leyes, o por otras normas con fuerza de ley”¹¹.*

Por otro lado, en relación con la definición de **acto administrativo**, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha adoptado una definición material, es decir, no es la formalidad lo que le da su carácter sino su contenido.

En consideración a lo anterior y en auxilio de la doctrina, se encuentra la siguiente definición de acto administrativo, que por incluir todos los elementos del mismo, considera la Sala la más adecuada:

*“... luego se ha de definir el acto administrativo como **TODA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD, JUICIO, COGNICIÓN O DESEO QUE SE PROFIERE DE MANERA UNILATERAL, EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, Y PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS O DEFINITIVOS SOBRE UN ASUNTO DETERMINADO (...)**”¹² (Mayúscula propia del texto original).*

Por tanto para hablar de actos administrativos, en ellos debe contenerse una **declaración unilateral de voluntad de la administración** y que aquella produzca de manera directa efectos jurídicos¹³.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ *Ibíd.*

¹² BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá 2009, pág. 108.

¹³ Sentencia de 13 de marzo de 2014, M.P. Alberto Yepes Barreiro, exp. ACU 2013-00715.

La jurisprudencia de la Sala, a través de un pronunciamiento en el cual resolvió un litigio que tenía como objeto una situación similar a la que en el asunto *sub judice* se analiza, consistente en la decisión de una entidad de terminar, mediante un oficio o comunicación, el contrato de arrendamiento que la vinculaba con un particular, precisó:

“La Sala estima preciso aclarar que, efectivamente, dichos oficios no contienen actos administrativos, sino que constituyen las comunicaciones que expresan las relaciones contractuales de las partes, sin que ello los constituya en una categoría jurídica especial... No obstante, también es cierto que no por ello dejan de estar sometidos a control judicial, a través de la acción contractual, ejercida en el presente caso, pues existe una diferencia importante que se debe hacer en esta materia. Es cierto, en principio, como lo afirma el Tribunal, que un acto que no sea administrativo no puede ser controlado judicialmente, pues lo propio de esta jurisdicción es conocer de la validez de los actos administrativos; y no de los puros y simples actos de la administración, que se expiden sin tener como fundamento el ejercicio del poder y la autoridad pública. Lo anterior, sin embargo, admite matices, pues tratándose de relaciones contractuales, estas bien pueden manifestarse a través de típicos actos administrativos -como los que expresan el ejercicio de los poderes exorbitantes, imponen multas, declaran un siniestro, etc.-, o a través de comunicaciones que no alcanzan a constituir actos administrativos, pero que sí exteriorizan la voluntad de la administración, en relación con el manejo y desarrollo del contrato. En el primer caso, lo que caracteriza al acto administrativo es la expresión del poder público y el ejercicio de la autoridad administrativa, contenida en la decisión misma; mientras que, en el segundo caso, se trata de las relaciones propias de quien es parte en un contrato, y se pronuncia sobre el desarrollo del mismo a la luz de su posición como parte del mismo, sin que el ejercicio del poder estatal caracterice su comportamiento ... A partir de lo dicho encuentra la Sala que efectivamente no procede el análisis de validez de dichas comunicaciones, como si tratara de actos administrativos; pero si el análisis de responsabilidad contractual, para saber si ellas violan los derechos y/o deberes de las partes del contrato. En este orden de ideas, el control que sobre estas comunicaciones hace la jurisdicción contenciosa no es sobre su validez, sino sobre el comportamiento contractual de las partes¹⁴”.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la decisión de abstenerse de prorrogar un contrato no constituye bajo ninguna circunstancia el ejercicio de un poder exorbitante; por el contrario, obedece a la autonomía de la voluntad de las partes, quienes actúan dentro de los límites del ordenamiento jurídico cuando, sin contrariar las normas imperativas, acuerdan el término de duración de la relación contractual y una vez finalice el plazo se extingue el vínculo o por el contrario deciden prorrogarlo antes de su vencimiento¹⁵.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente n.º 13.920, C.P. Alier Hernández

¹⁵ Sentencia de 29 de agosto de 2012, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 25390.

Tal y como lo ha expuesto la Sala, *“ninguna de las partes de un contrato está obligada a prorrogar o suscribir un contrato adicional al mismo en tiempo o en valor, salvo que la ley lo prevea expresamente, o que en el propio contrato se acuerde claramente, estipulación que en este último caso debe estar ajustada a la ley¹⁶”*.

2.4. Cláusula compromisoria. Competencia de la justicia arbitral

Mediante sentencia de 31 de enero de 2008, el Tribunal Administrativo del Caquetá accedió parcialmente a las pretensiones. Declaró su competencia para conocer del presente asunto, pues, si bien el contrato contaba con cláusula compromisoria, los actos administrativos enjuiciados daban cuenta del ejercicio de una facultad exorbitante, esto es de terminación unilateral, legalidad que los árbitros no están facultados para conocer, *“(..) pues se entiende que cuanto la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular”*, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-1436 de 2000.

Como quedó atrás precisado, en el presente asunto el municipio de Solano, a través de las decisiones enjuiciadas, no ejerció una potestad excepcional. Por tanto, procede la Sala a analizar si la cláusula compromisoria pactada por las partes impide conocer el fondo del asunto.

Los contratantes convinieron que las diferencias surgidas con ocasión del contrato serían dirimidas por un tribunal de arbitramento, según da cuenta la cláusula vigésima quinta del contrato n.º 215 de 2003, sometido a consideración de la Sala, a cuyo tenor se lee:

“Para efectos de dirimir las controversias que pueden surgir en relación con el desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del presente contrato de aseguramiento, las partes acuerdan someter la decisión a jurisdicción arbitral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente n.º 18169 C.P. Ruth Stella Correa.

La decisión conjunta de las partes de someter al conocimiento de la justicia arbitral la presente controversia y el fundamento central comprendido por este tipo de justicia, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional para ejercer la función pública de administrar justicia a los sujetos habilitados por las partes, según la previsión contenida en último inciso del artículo 116 de la Constitución Política:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

En rigor, las partes declinaron voluntariamente a la jurisdicción propia de las controversias contractuales del Estado y lo hicieron en perfecta consonancia con el mandato constitucional previsto por el artículo 116 C.N., que faculta para solventar los conflictos ante la jurisdicción arbitral.

Debe entenderse, entonces que, en virtud de tal determinación, las controversias sobre asuntos susceptibles de disposición en razón de la cláusula compromisoria, escapan a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes opten por derogar expresamente tal cláusula.

Así lo entendió la Sala Plena de la Sección Tercera, en reciente decisión de unificación, en cuanto discurrió que la derogatoria de la cláusula arbitral requiere de un pacto revestido de las mismas formalidades expresas y escritas exigidas al acuerdo¹⁷.

En síntesis, porque los extremos contractuales deben como para convenir el pacto arbitral o la cláusula compromisoria, vale decir, mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito.

Proceder con el que no se cuenta. Esto es las partes no se manifestaron por escrito sobre su voluntad de derogar la cláusula y, no obstante, el asunto se

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 18 de abril de dos mil trece (2013), Radicación: 17859 (R-0035), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera con salvamento de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth.

admitió y se encuentra en estado de decidir al margen de la falta de jurisdicción, por lo que corresponde declarar la nulidad de lo actuado, en cuanto se advierte un vicio insaneable en los términos del numeral 1º del artículo 140 del C. de P.C., con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989¹⁸.

Finalmente, en esta oportunidad se reiteran las consideraciones consignadas en la providencia de 30 de octubre de 2013¹⁹, para declarar la nulidad de lo actuado, en un asunto similar, en acatamiento del precedente de la Sección -se destaca-:

“6. Si en el sub iudice se pactó una cláusula compromisoria que somete al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento las diferencias que se llegaren a presentar con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del mismo, la jurisdicción contenciosa no puede emitir pronunciamiento alguno sobre esas diferencias, como quiera que la existencia de esta cláusula excluye la competencia de ésta.

7. Dice el recurrente que la citada cláusula previó una facultad de cada una de las partes de acudir a dicho tribunal y no un compromiso imperativo para las mismas.

La Sala encuentra, por el contrario, que lo convenido en esa regulación negocial, fue el sometimiento de las diferencias jurídicas surgidas del contrato a la justicia arbitral. Una interpretación en el sentido planteado por el demandante despojaría de cualquier efecto útil a la citada cláusula tornándola inocua y anodina, puesto que con una lectura semejante no se lograría sustraer de la jurisdicción contenciosa administrativa el conocimiento de los controversias surgidas del contrato que vinculó a las partes.

O lo que es igual, si las partes decidieron sustraer del conocimiento de la justicia institucional la decisión de los conflictos surgidos de un contrato estatal, para someterlo a la decisión de la justicia arbitral, resulta inoficioso exigir que se pongan nuevamente de acuerdo para acudir a la decisión arbitral.

Admitir la interpretación que hace el impugnante de la citada cláusula decimoquinta entraña tornar nugatorio el acuerdo de las partes, tornándolo fútil.

Para la Sala el contenido de la regulación negocial plasmada en la cláusula antes transcrita sólo admite una lectura: las diferencias jurídicas que se presentaran con ocasión del contrato, deben ser dirimidas por un tribunal de arbitramento, que puede ser convocado por cualquiera de las partes.

8. Así las cosas, no le asiste razón al demandante cuando afirma que si una de las partes acudía a la justicia institucional desaparecía el ámbito de acción de justicia arbitral, máxime cuando la parte demandada se opuso expresamente a que ello fuera así al proponer la excepción de falta de jurisdicción.

¹⁸ “1. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción”.

¹⁹ Consejo de estado. Sección Tercera. Subsección “B”. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente n.º 23786. Posición reiterada en auto de 11 de septiembre de 2014, exp. 20562, con ponencia de quien elabora la presente decisión.

No era pues menester, como parece insinuar el actor, contar -en el momento de solicitar la convocatoria- con el beneplácito de la otra parte, dado que tal consentimiento está pactado en la cláusula que se comenta.

Una interpretación de lo pactado, como la que plantea el recurrente, sin duda impediría el acceso pleno y efectivo al mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral lo cual resulta contrario a una interpretación conforme a la Constitución. Una de las partes no puede decidir por sí y ante sí derogar lo acordado y por esta vía impedirle a la otra acudir al juez arbitral, para que este entre a estudiar y decidir asuntos propios a su función jurisdiccional transitoria, como son justamente los relativos a la ejecución del contrato.

9. Conviene destacar que ha sido criterio uniforme y pacífico de la Sala aquel según el cual la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, si media “la manifestación expresa de los llamados de no renunciar a la misma”, caso en el cual no hay lugar a pronunciamiento de fondo²⁰.

Y la cita que hace el recurrente del fallo de la Sala no es admisible, puesto que si bien en ese pronunciamiento se indicó no era de recibo una decisión inhibitoria por parte de la justicia administrativa, en tanto estimó que no era imperativo para las partes acudir a la justicia arbitral, lo cierto es que lo hizo sobre el supuesto de que en ese proceso no existía “prueba en el plenario de que la sociedad demandante haya solicitado la aplicación de la institución arbitral”²¹.

Por lo que, en el caso concreto tratándose de una controversia que surge con ocasión de la ejecución del contrato n.º 061 de 1994, esta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente un contrato en el que se pactó la cláusula compromisoria.

10. De manera que esta cláusula compromisoria impide a esta jurisdicción especializada conocer del conflicto surgido en el asunto bajo examen, por carecer de jurisdicción, tal y como lo indicó esta Sala en oportunidad precedente:

En virtud de este pacto las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden repudiar la jurisdicción institucional del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 superior; así, cualquier conflicto sometido a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes decidan derogar tal cláusula, de manera expresa, o tácitamente al aceptar sin réplica la citación que cualquiera de ellas haga a la otra, ante los jueces institucionales del Estado, situación que no se da en este evento, cuando una de las partes reclama su aplicación.

(..)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 10 de junio de 2004, exp. 25010 C.P. Ricardo Hoyos Duque. El mismo sentido auto de 17 de febrero de 2005 expediente No. 28150 C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de junio de 1997, exp. 10882, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

En igual sentido, esta Corporación ha establecido en reiterados pronunciamientos que la existencia de la cláusula compromisoria excluye de competencia a la Jurisdicción Contenciosa²², por lo que, en el caso concreto tratándose de una vicisitud que surge con ocasión de la póliza de seguro, ésta debe ser dirimida por árbitros, sin que haya lugar bajo el amparo de la figura del llamamiento en garantía, a que esta jurisdicción dirima contiendas que tienen como fuente el contrato de seguros en el que se pactó la cláusula compromisoria²³.

11. No debe perderse de vista que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil determina que la actuación es nula cuando se adelanta sin jurisdicción, de conformidad con lo prescrito por su numeral 1º.

En consonancia con este mandato, el artículo 144 eiusdem in fine prescribe que no pueden sanearse las nulidades que se configuren por razón de falta de jurisdicción. A su vez, el artículo 145 de la citada codificación establece claramente que el juez de la causa se encuentra en el deber legal de declarar, de manera oficiosa, las nulidades procesales que advierta con anterioridad a la expedición de la sentencia correspondiente.

12. En tal virtud, si este asunto correspondía por decisión de las partes a la jurisdicción arbitral, ello significa que se presenta una nulidad insaneable, en los términos del artículo 140-1 del C. de P. C., en concordancia con los artículos 145 y el último inciso del 144 del mismo Código.

Lo dicho da base suficiente para afirmar que tanto el Tribunal como esta Corporación carecen de jurisdicción para conocer del recurso interpuesto, por tanto, se procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de 28 de enero de 1998, mediante la cual se admitió la demanda (f. 112-113 c. 1).

En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Tunja y al hacerlo se advierte que para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 superior), para todos los efectos se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, vale decir, el 4 de diciembre de 1997, con base en lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A.

Finalmente y en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, mediante la cual declaró inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 794 de 2003, se señalará un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento”.

²² Así lo dijo la Sección Tercera en auto de 10 de junio de 2004, Expediente 25.010: “Por lo tanto, al haberse acreditado la existencia de la cláusula compromisoria y la manifestación expresa de los llamados de no renunciar a la misma, la Sala concluye que esta jurisdicción no se podría pronunciar sobre la eventual responsabilidad del asegurado surgida con fundamento en la mencionada póliza y en consecuencia, no era procedente aceptar el llamamiento en garantía formulado”. Y, al respecto, también se pueden consultar los siguientes datos: Expedientes 24567, 25614. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Así como en auto de 17 de febrero de 2005, exp. 28150. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

²³ Auto del 3 de septiembre de 2008, exp. 34629, Ruth Stella Correa Palacio.

En consecuencia, en tratándose de actos que no comportan el ejercicio de potestades excepcionales, como fue resuelto por el *a quo* en la sentencia impugnada, la Sala declarara la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción y se ordenará remitir la actuación al Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Florencia para el Caquetá, para que convoque a las partes a fin de resolver la controversia, mediante la integración de un Tribunal de Arbitramento, conforme lo previsto en la cláusula vigésima quinta del contrato n.º 215 de 2003. Para todos los efectos, se tendrá como fecha de presentación de la demanda el 21 de julio de 2006.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”

FALLA

REVOCAR la sentencia de 31 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá para, en su lugar, disponer:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia, por falta de jurisdicción, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: En firme, **ENVIAR** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Florencia para el Caquetá, para lo de su cargo y señalar que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta Jurisdicción, esto es el 21 de julio de 2006.

TERCERO: SEÑALAR el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitramento.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección
Aclaración de voto

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado