



Radicado: 05001-23-33-000-2014-01205-01 (61294)
Demandante: Caja de Compensación Familiar de Antioquia- Comfama

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Controversias contractuales
Radicación: 05001-23-33-000-2014-01205-01 (61294)
Demandante: Caja de Compensación Familiar de Antioquia- Comfama
Demandados: Departamento de Antioquia y Municipio de Medellín

Tema: Se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia en relación con la declaratoria de nulidad del considerando tercero, literal A, numeral 5 del contrato, porque la ausencia de disponibilidad presupuestal no es un requisito de validez de los contratos estatales ni constituye requisito de ejecución en los contratos sometidos al derecho privado. Se confirma la negativa de las pretensiones de incumplimiento porque, ni en el contrato de alianza, ni en las normas que le sirvieron de fundamento se estipulaba la obligación de las entidades de asumir las pérdidas de la demandante por la prestación del servicio de salud del régimen subsidiado. El contrato celebrado se encuentra sometido al derecho privado y no le son aplicables ni la figura del restablecimiento del equilibrio económico, ni las normas sobre liquidación previstas en la Ley 80 de 1993. El estudio de pretensiones de reparación directa, cuando la causa de los daños reclamados es un contrato, es improcedente.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2018 por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia que declaró de oficio la nulidad del considerando tercero, literal A, numeral 5 del contrato de alianza No. 001 de 2012 y negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia impugnada es del siguiente tenor:

<<Primero: Se acepta el impedimento manifestado por el Dr. John Jairo Alzate López para conocer del presente asunto.

Segundo: Declarar de oficio la nulidad de la cláusula pactada en el considerando tercero. Literal A. numeral 5 de la Alianza No. 001 de marzo 30 de 2012, de conformidad con lo analizado en esta providencia.

Tercero: Negar las pretensiones de la demanda.



Cuarto: Se condena en costas a la parte demandante Caja de Compensación Familiar de Antioquia.

Quinto. Se reconoce personería a la Dra. Diana Marcela Raigoza Duque (...)

Sexto: Notifíquese esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA>>.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA. A su vez, el Tribunal Administrativo de Antioquia era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 152 del mismo código.

El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue admitido en providencia del 10 de mayo de 2018. En el auto del 7 de junio de 2018 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. Las partes presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público rindió concepto.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 9 de julio de 2014 la Caja de Compensación Familiar de Antioquia- Comfama (en adelante, <<la demandante>> o <<Comfama>>) presentaron demanda de controversias contractuales contra el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín (en adelante las <<entidades>> o las <<demandadas>>), en que se pidieron las siguientes declaraciones y condenas:

<< Primera: Se declare el incumplimiento del Departamento de Antioquia y del Municipio de Medellín respecto de las obligaciones contenidas en el contrato estatal denominado Alianza No. 001 de 2012.

***Primera Subsidiaria:** En subsidio de la anterior petición se declare el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato estatal denominado Alianza No. 001 de 2012 por parte del Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín.*

***Segunda Subsidiaria:** En subsidio de la primera petición, se realice la liquidación judicial del contrato estatal denominado Alianza No. 001 de 2012 celebrado entre la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA, el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín, y se condene a las demandadas al pago de todos los reconocimientos económicos que le corresponden, entre ellos, los costos en que incurrió la demandante en la prestación de los servicio de salud, gastos de administración, así como toda erogación y gastos asumidos por ella en la prestación del servicio subsidiado de salud a la población recibida en virtud de la Alianza, durante su ejecución o su vigencia.*

***Tercera Subsidiaria:** En subsidio de la primera petición se declare que el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín son responsables respecto de*



sus obligaciones constitucionales (art.90 CP) y legales contenidas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y referidas a la población atendida por COMFAMA, desde el 1 de abril de 2012 hasta el 30 de abril de 2013.

Cuarta Subsidiaria: *En subsidio de la primera petición, se declare la responsabilidad del Departamento de Antioquia y del municipio de Medellín, por razón de la ocurrencia del fenómeno de daño especial por rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.*

Quinta Subsidiaria: *En subsidio de la primera petición, se declare la ocurrencia del fenómeno de enriquecimiento sin causa del departamento de Antioquia y del municipio de Medellín, en perjuicio de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia- COMFAMA.*

Segunda: *Como consecuencia de la prosperidad de una cualquiera de las pretensiones, la principal o cualquiera de las subsidiarias, se ordene al departamento de Antioquia y al municipio de Medellín el pago de las condignas indemnizaciones respecto de todos los perjuicios sufridos por la Caja de Compensación Familiar de Antioquia- Comfama, tanto a título de daño emergente y de lucro cesante, y/o las compensaciones de pérdidas económicas y pagos pendientes, todo ello, conforme a lo que se pruebe en el curso del proceso.*

Tercera: *Como consecuencia del reconocimiento de los perjuicios y/o compensaciones y/o pagos pendientes derivados de la pretensión anterior, se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios a la tasa más alta reconocida en el mercado sobre las sumas de dinero que reconozcan en la sentencia, cifras que deben calcularse desde la fecha en que la demandante tuvo el derecho y hasta la condena en firme. En el caso de que no se condene a la tasa moratoria más alta, se condene a la actualización del dinero desde su causación hasta la sentencia en firme.*

Cuarta: *Común a las anteriores declaraciones y condenas, se condene al pago de la tasa de interés legal más alta desde la ejecutoria de la sentencia hasta su pago efectivo y la correspondiente imputación de cualquier pago, y en primer lugar a los intereses causados.*

Quinta: *Se ordene dar cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Sexta: *Se condene en costas al departamento de Antioquia y al Municipio de Medellín, incluidas las agencias en derecho>>.*

2.- Las demandantes fundaron sus pretensiones, en síntesis, en las siguientes afirmaciones:

2.1.- Comfama es una caja de compensación que desde el mes de febrero de 1996 presta servicios de salud en el régimen subsidiado; y estaba habilitada para el efecto en el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín.



2.2.- El régimen subsidiado de salud presentó inconvenientes financieros que llevaron a que el 12 de marzo de 2012 el consejo directivo de Comfama adoptara la decisión de cerrar el programa y retirarse del sistema.

2.3.- El 30 de marzo de 2012 Comfenalco y Cafesalud se retiraron del sistema de seguridad social del régimen subsidiado de salud, dejando un número alto de usuarios sin servicio en el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín.

2.4.- Para superar la crisis del régimen subsidiario de salud, el Gobierno nacional expidió el Decreto 633 de 2012, en el que se habilitó un sistema especial de contratación con las entidades prestadoras de salud del régimen subsidiado - EPS-S (en adelante EPS-S), que consistía en la realización de alianzas con las entidades territoriales para asumir la prestación del servicio de los usuarios que pertenecían a las EPS-S que se retiraran del sistema.

2.5.- En virtud de lo anterior, Comfama aplazó su retiro del sistema de salud. Para colaborar con la prestación del servicio suscribió con el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín el contrato de alianza No. 001 de 30 de marzo de 2012 (en adelante el <<contrato>>).

2.6.- En desarrollo del contrato, Comfama empezó a prestar el servicio a los afiliados de Comfenalco y de Cafesalud desde el 1° de abril de 2012. Durante la vigencia del mismo se produjo la liquidación de las EPS-S Cóndor y Selvasalud, lo que llevó a que Comfama recibiera otros trece mil (13.000) afiliados.

2.7.- El plazo del contrato de alianza se fijó hasta el 31 de julio de 2012, fecha en la que Comfama haría efectivo su retiro del régimen subsidiado; sin embargo, por las necesidades del servicio, el contrato se prorrogó en dos oportunidades y finalizó el 30 de marzo de 2013.

2.8.- El contrato terminó por el incumplimiento de las entidades, lo que llevó a Comfama a no aceptar una tercera prorrogación del plazo. Comfama prestó los servicios de salud hasta el 1° de mayo de 2013.

2.9.- Durante la ejecución del contrato Comfama advirtió la imposibilidad de asumir los malos resultados financieros, la necesidad de que las entidades asumieran el riesgo financiero y de que se aumentara el ingreso de las unidades de pago por capitación del régimen subsidiado - UPCS (en adelante <<UPCS>>).

2.10.- En virtud del contrato Comfama prestó servicios por fuera del plan obligatorio de salud subsidiado (POS-S), los cuales debían ser pagados por el Fosyga y por el Departamento de Antioquia, entidades que no pagaron las cuentas pendientes por dicho concepto. Además, las UPCS recibidas no eran suficientes para cubrir los gastos del contrato, por lo que se requería que las entidades aportaran recursos para cubrir el déficit que se presentaba.



2.11.- Todo lo anterior llevó a que mes a mes la alianza tuviera resultados financieros negativos, que fueron reclamados por Comfama a las entidades mediante la presentación de las facturas correspondientes. Sin embargo, estas manifestaron que no tenían reservas presupuestales para realizar dichos pagos.

2.12.- Las cláusulas tercera y cuarta del contrato de alianza establecían la obligación de las entidades de aportar todos los recursos necesarios para la prestación de los servicios de los usuarios del régimen subsidiado. Por lo tanto, debían cubrir cualquier déficit que se presentara en virtud del contrato de alianza.

2.13.- El contrato implicaba la existencia de una administración en cabeza de Comfama, motivo por el cual todas las partes de la alianza debían asumir los riesgos por su ejecución, incluyendo los déficits que se presentaran por la insuficiencia de recursos.

2.14.- La cláusula novena del contrato de alianza establecía que en caso de existir pérdidas en la operación del aseguramiento de la prestación del servicio por parte de la caja, el contrato se daría por terminado.

2.15.- De considerarse que el no pago de los valores que generaron déficit no constituyó incumplimiento del contrato por parte de las entidades, en todo caso los mismos generaron un desequilibrio económico, pues la demandante no tenía que soportar las pérdidas que se presentaron por hechos externos.

2.16.- La alianza es un contrato estatal que debe ser sometido a liquidación de conformidad con la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, se debe efectuar su liquidación y reconocer que las entidades adeudan a Comfama los valores correspondientes a las pérdidas como resultado de la ejecución.

2.17.- De no existir una responsabilidad por el contrato, entonces se debe considerar la existencia de un daño especial, porque Comfama soportó una carga pública excesiva al tener que asumir el servicio de salud del régimen subsidiado sin que los recursos entregados fueran suficientes.

2.18.- En todo caso, se presentó un enriquecimiento sin causa por parte de las demandadas, pues Comfama tuvo que afrontar pérdidas que menoscabaron su patrimonio al ser la única entidad habilitada para prestar el servicio de salud, y el empobrecimiento correlativo lo sufrió en beneficio de las entidades.

B.- Posición de la parte demandada

3.- Las demandadas solicitaron que se negaran las pretensiones de la demanda por los siguientes motivos:



3.1.- Las entidades territoriales no manejan los recursos del régimen subsidiado de salud, pues estos son girados directamente por la Nación a las EPS-S. En consecuencia, las dificultades en el sector del régimen subsidiado son ajenas a las demandadas, pues la administración del mismo corresponde a la Nación.

3.2.- El déficit en el programa del régimen subsidiado se debió a aspectos como el valor de la UPCS y los costos de ejecución de servicios, lo cual es definido por la Nación. También incidieron otros factores, como la oferta y la demanda.

3.3.- La ausencia de infraestructura para prestar los servicios no constituye incumplimiento, pues a los entes territoriales no les corresponde prestar servicios asistenciales de salud.

3.4.- El contrato de alianza no establece que la prestación de los servicios se hiciera por cuenta y riesgo del departamento y el municipio, pues dichos servicios estaban a cargo de Comfama.

3.5.- El contrato de alianza no fue celebrado como un esquema de riesgos compartidos. Por el contrario, los mismos eran exclusivos de quien prestaba el servicio, esto es, Comfama.

3.6.- El contrato de alianza era un contrato atípico de colaboración, en el cual no existían obligaciones recíprocas. De conformidad con el numeral 6 del contrato de alianza, la carga por las posibles pérdidas en la ejecución estaban a cargo de Comfama.

C.- La sentencia recurrida

4.- En sentencia proferida el 16 de febrero de 2018, la Sala Primera de Oralidad el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró de oficio la nulidad del numeral 5 del literal A de la cláusula tercera del contrato y negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

4.1.- El numeral 5 del literal A de la cláusula tercera del contrato de alianza establecía la obligación de las entidades de reconocer a Comfama un porcentaje de administración por los servicios no incluidos en el POS-S. Esta obligación fue pactada sin contar con soporte presupuestal, requisito exigido por la Ley 80 de 1993 para poder contraerla. Por esta razón, la estipulación contractual era nula por desconocer normas imperativas.

4.2.- El contrato celebrado no correspondía a una administración delegada. En consecuencia, la actividad de Comfama no se ejercía por cuenta y riesgo de las entidades, y ello implicaba que los riesgos por la prestación del servicio eran asumidos exclusivamente por la demandante.



4.3.- El que el contrato determinara que las entidades debían adoptar medidas necesarias para restablecer la afectación del servicio causada con la salida de las otras EPSS no implicaba que les correspondiera asumir las pérdidas por prestación de los servicios de salud, los cuales estaban a cargo de forma exclusiva de Comfama.

4.4.- El contrato estableció que la remuneración por la prestación del servicio era la propia del sistema del salud, esto es, mediante el pago de la UPCS, sin que a las entidades les correspondiera asumir valores adicionales para cubrir eventuales déficits.

4.5.- En el contrato se pactó la posibilidad de que Comfama lo diera por terminado en caso de tener pérdidas, lo que implicaba que las entidades no tenían a su cargo la obligación de cubrirlas.

4.6.- El hecho de que los ingresos por las UPCS no fueran suficientes para soportar la operación no generó un desequilibrio imputable al contrato de alianza. Se trató de una situación propia del sistema de salud, y este no es un asunto que dé lugar a restablecer el equilibrio económico.

4.7.- No existe responsabilidad extracontractual, pues las entidades territoriales demandadas no incurrieron en omisiones que llevaran a las pérdidas de Comfama; ello, por cuanto no les correspondía fijar el valor de las UPCS.

4.8.- Tampoco existió daño especial, pues en el sistema de salud le corresponde a la prestadora del servicio asumir las pérdidas que se puedan producir en virtud de las mismas, sin que dichas pérdidas puedan imputarse a las entidades.

4.9.- No existió enriquecimiento sin causa porque en el proceso no se demostró que las entidades se hubieran enriquecido a costa de Comfama.

4.10.- El contrato no se debía liquidar porque, pese a ser de ejecución sucesiva, no contenía obligaciones recíprocas. Por ello no se requería un cruce de cuentas a su terminación.

D. Recurso de apelación

5.- En su recurso de apelación Comfama solicita que la sentencia de primera instancia sea revocada. Formula los siguientes reparos:

5.1.- El tribunal no tuvo en cuenta la situación de excepcionalidad que se presentaba en el servicio de salud, la cual llevó a que Comfama estuviera en la obligación de garantizar los servicios a los usuarios de bajos recursos.



5.2.- La existencia de una situación excepcional llevaba a que en el caso concreto debieran aplicarse criterios propios de un estado de cosas inconstitucionales, con base en el cual, a quien colabora con la administración para cubrir los servicios de salud, no se le puede imponer la carga de soportar pérdidas derivadas de dichos servicios.

5.3.- En el caso concreto debían aplicarse reglas de integración del contrato, aplicando criterios como la costumbre y la equidad que se desprenden de los artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

5.4.- El marco legal del contrato de alianza es el Decreto 633 de 2012, norma que adopta medidas extraordinarias para prestar los servicios de salud. Esa situación extraordinaria llevó a que se presentaran autorizaciones excepcionales de la Superintendencia Nacional de Salud para que Comfama asumiera la afiliación de más personas pertenecientes a la población más vulnerable del país.

5.5.- La legislación para superar la crisis del régimen subsidiario estableció el mecanismo de alianza para asumir el régimen subsidiado de salud, lo que implicaba que era a dicha alianza, y no a sus integrantes, a la que le correspondía la asunción de los riesgos por la prestación del servicio.

5.6.- La Ley 100 de 1993 establece obligaciones de los entes territoriales frente a la prestación de los servicios de salud; dentro de estas se encuentra la posibilidad de celebrar convenios con las EPS-S para la administración de la prestación de los servicios del régimen subsidiado. En consonancia con lo anterior, la Ley 715 de 2001 establece la obligatoriedad de que el departamento cofinancie la afiliación de la población pobre y vulnerable. Igualmente, el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011 prevé la obligación de los entes territoriales de garantizar el servicio de salud del régimen subsidiado.

5.6.1.- Las anteriores disposiciones implican que, contrario a lo determinado por el tribunal, las obligaciones del sistema de salud no son exclusivas de la Nación, sino que también corresponden a los entes territoriales.

5.7.- Comfama no puede asumir los déficits resultantes del sistema de salud. Como caja de compensación administra recursos parafiscales con destinación específica y sólo entre el 5 y el 10% pueden destinarse al fortalecimiento del régimen subsidiario de salud.

5.8.- De conformidad con el numeral 3 de la cláusula segunda del contrato, a las entidades les correspondía realizar los esfuerzos presupuestales para restablecer las afectaciones por el retiro de las EPSS del sistema, por lo cual, debían asumir las pérdidas que se generaran por la insuficiencia de recursos para la prestación del servicio.

5.9.- El numeral 3 del literal A de la cláusula tercera del contrato establecía que el departamento estaba obligado a pagar los servicios no POS-S adeudados a la fecha de la suscripción de la alianza, así como a financiar los que se dieran durante la



ejecución de la alianza, por lo cual, a la entidad sí le correspondía una parte de la remuneración de los servicios, los cuales no se cubrían exclusivamente con los dineros de la UPCS.

5.10.- La insuficiencia de la UPCS para cubrir los costos de los servicios implicaba que a las entidades les correspondía asumir las pérdidas generadas a Comfama, pues esta administraba los recursos de la alianza bajo un sistema de riesgos compartidos.

5.11.- Adicionalmente, el propio contrato permitía que COMFAMA lo diera por terminado en caso de pérdidas, facultad que no pudo ejercerse porque no existían más EPSS que pudieran prestar el servicio.

5.12.- El tribunal admitió que la alianza suscrita era un contrato estatal, y que al ser de tracto sucesivo debía someterse a liquidación tal como lo dispone el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

5.13.- En cuanto a las pretensiones de reparación directa, en el caso concreto existió omisión de las entidades al no cubrir los valores de las pérdidas sufridas por Comfama.

5.13.1.- Igualmente, se presentó un exceso de cargas públicas al imponérsele el deber de asumir el servicio de salud del régimen subsidiado de manera exclusiva ante la falta de otras EPS-S, lo que constituyó un daño especial.

5.14.- El tribunal no tuvo en cuenta que existió un enriquecimiento sin causa, ya que la ejecución del contrato llevó a que se perdiera el patrimonio de la caja, lo cual benefició a las entidades.

5.15.- La disponibilidad presupuestal no es un requisito para la validez de los contratos sino para su ejecución. Así, la estipulación declarada nula era totalmente válida.

II. CONSIDERACIONES

E.- Decisión a adoptar

6.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda se presentó dentro del término de caducidad. El contrato terminó 30 de marzo de 2013, y no requería liquidación; teniendo en cuenta que la acción procedente era la de controversias contractuales, el término de caducidad de dos años vencía el 1° de abril de 2015, por lo que la demanda presentada el 9 de julio de 2014 se radicó oportunamente.



7.- La Sala: (i) revocará la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la declaratoria de nulidad del considerando tercero literal A numeral 5 del contrato, porque la disponibilidad presupuestal no es un requisito de validez del contrato; (ii) confirmará la negativa de las pretensiones porque: (a) ni el contrato, ni las normas en que se fundamentó establecen la obligación de las entidades de asumir las pérdidas por la prestación del servicio de salud; (b) el contrato estaba sometido al derecho privado, por lo que no le son aplicables la figura del desequilibrio económico ni las reglas de liquidación previstas en la Ley 80 de 1993; (c) la alegación sobre el estado de cosas constitucionales no fue presentado en la demanda, y (d) no es posible estudiar pretensiones de reparación directa cuando el daño que se reclama tiene como causa un contrato.

F. La ausencia de disponibilidad presupuestal no es requisito de validez de las estipulaciones contractuales

8.- Las causales de nulidad de los contratos estatales se encuentran definidas de forma taxativa en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y dentro de ellas no se encuentra la ausencia de disponibilidad presupuestal para el pago de las obligaciones a cargo de las entidades.

9.- Por lo anterior, contrario a lo establecido por el tribunal, la estipulación prevista en el considerando tercero, literal A, numeral 5 del contrato, no requería para su validez el que las entidades contaran con la disponibilidad presupuestal para asumir las obligaciones contraídas.

10.- De otra parte, el contrato de alianza suscrito tenía por objeto la prestación de los servicios del régimen subsidiado de salud en el departamento de Antioquia y el municipio de Medellín. Por eso se le entregó a Comfama la administración de la población que estaba afiliada a las EPS-S que se retiraron del sistema. Este tipo de contratos se encuentran previstos en la Ley 100 de 1993, que en el numeral 2 del artículo 216 establece que los mismos de rigen por el derecho privado.

10.1.- En dicho sentido, al contrato no le son aplicables los requisitos de ejecución previstos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Si bien es un contrato estatal, no está sometido al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública sino al derecho privado, en el cual no se prevé la disponibilidad como requerimiento para iniciar la ejecución del contrato.

G.- No se presentó incumplimiento del contrato

11.- El apelante aduce que el tribunal no tuvo en cuenta que el contrato se regía por disposiciones especiales expedidas para conjurar la crisis del régimen subsidiado de salud, lo cual implicaba que las alianzas que se suscribieran para la prestación del servicio de salud debían asumir los riesgos y pérdidas que se pudieran presentar en virtud del mismo.



12.- Respecto de lo anterior, si bien el Decreto 633 de 2012 se expidió para *<<garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a la población afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud>>*, en ninguna de las normas se fijó un régimen contractual especial. Así las cosas, los contratos que se suscribieran en desarrollo del mismo se regían por las reglas previstas para los contratos de aseguramiento y administración del régimen subsidiado, las cuales se consagran en la Ley 100 de 1993 y disposiciones complementarias.

13.- En el mismo sentido, si bien el artículo 2 del Decreto 633 de 2012 estableció las alianzas entre entes territoriales y EPS-S como mecanismo para cubrir los servicios de salud del régimen subsidiado de la población afiliada a las EPS-S que se retiraran del sistema, en ninguno de sus apartes previó que la suscripción de este tipo de alianzas implique para las entidades territoriales la obligación de asumir la administración, el servicio, o los riesgos financieros o pérdidas que se presentaran en virtud del mismo.

14.- La cláusula tercera del contrato de alianza establece las obligaciones de las entidades, de la siguiente manera:

14.1.- Les correspondía conjuntamente definir cuáles eran los servicios, municipios y población cuya atención sería asumida por la EPS-S en virtud de la alianza.

14.2.- En el caso del departamento la cláusula le asignaba la obligación de pagar de los servicios no cubiertos por el POS-S y la administración de los mismos.

14.3.- Como puede verse, ninguna de las obligaciones a cargo de las entidades y corresponde a tener que asumir los riesgos financieros del sistema, ni efectuar aportes para cubrir déficits o pérdidas que se generaran a Comfama por cuenta de la prestación de servicio.

15.- Ahora bien, es necesario señalar, que Comfama no alega que el Departamento dejara de pagar los servicios no cubierto por el POS-S o la administración de los mismos, pues los incumplimientos que aduce refieren al no cubrimiento de las perdidas por la prestación de servicio, lo cual no correspondía a una obligación de las entidades.

16.- En relación con Comfama, la cláusula tercera del contrato prevé que le corresponde la prestación del servicio. De ello se desprende que tenía a su cargo la administración del régimen subsidiado lo cual implicaba la asunción de los riesgos relativos al mismo, tal como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007:

<<ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entienda por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso



efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento>>.

17.- Así las cosas, ni el contrato ni las normas que lo regentaban preveían que las entidades estuvieran obligadas a cubrir las pérdidas que se presentaran por la prestación del servicio de salud a cargo de Comfama.

18.- Ahora bien, en relación con que las entidades tuvieran el deber de realizar aportes económicos para suplir las falencias financieras provenientes de la insuficiencia de la UPCS, la cláusula cuarta del contrato prevé los recursos que se comprometen para su ejecución, los cuales correspondían al valor de la UPCS, aportes en especie de las entidades y algunos recursos que debían cancelarse a Comfama. Dentro de los recursos de la alianza no se previeron erogaciones por parte de las entidades para asumir las pérdidas por la prestación del servicio.

H. El contrato estaba sometido a derecho privado por lo que no es aplicable la figura del desequilibrio económico ni las normas sobre liquidación

19.- Tal como se señaló previamente, el contrato de alianza se regía por el derecho privado por disposición de los artículos 215 y 216 de la Ley 100 de 1993. En virtud de dicho régimen, no le eran aplicables las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Por lo tanto, no existía la obligación de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato.

20.- En el mismo sentido, por su régimen jurídico al contrato tampoco le era aplicable la regla de liquidación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Al no haberse pactado en su clausulado la realización de la liquidación, el mismo no la requería, y no es procedente efectuarla en sede judicial. Adicionalmente a lo anterior, y tal como lo señaló el tribunal, no existían obligaciones recíprocas pendientes que justificaran la realización de la liquidación del contrato.

I.- La alegación de estado de cosas inconstitucionales no fue presentada en la demanda

21.- En la apelación la parte actora señaló que debía accederse a las pretensiones por la existencia de un estado de cosas inconstitucionales respecto del sistema de salud en su régimen subsidiario. Dicho argumento no fue presentado en la demanda, por lo cual no puede ser abordado en segunda instancia, pues desconocería la competencia del superior y la congruencia de la sentencia. En ese



mismo sentido, la acción de controversias no es la procedente para el estudio y declaratoria de un estado de cosas inconstitucionales.

J.- No es procedente el estudio de pretensiones de reparación directa por daños producidos por la ejecución de un contrato

22.- Las pretensiones acumuladas de reparación directa se fundamentan en reclamar los daños que la demandante considera fueron causados (i) por la insuficiencia de recursos aportados por las entidades, (ii) por tener que prestar el servicio de salud para cubrir a las EPS-S que se retiraron del régimen subsidiado y (iii) por la existencia de un enriquecimiento sin causa producto de las pérdidas soportadas por Comfama.

23.- Todos los daños que reclama la demandante provienen de la ejecución del objeto del contrato de alianza y por causa de este, por lo cual no pueden reclamarse por vía de responsabilidad extracontractual.

K.- Condena en costas

24.- Teniendo en cuenta que el recurso interpuesto no prosperó, la Sala condenará en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. Debido a la intervención de las entidades demandadas en el curso de esta instancia, la Sala condenará a la parte demandante vencida, por concepto de agencias en derecho, a la suma equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, de conformidad con los criterios y tarifas establecidos por el numeral 9 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura .

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2018 por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: CONFÍRMANSE los demás numerales de la parte resolutive de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2018 por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo.

TERCERO: CONDÉNASE a la Caja de Compensación Familiar de Antioquia-Comfama en costas de segunda instancia a favor del Departamento de Antioquia y



Radicado: 05001-23-33-000-2014-01205-01 (61294)
Demandante: Caja de Compensación Familiar de Antioquia- Comfama

el Municipio de Medellín. Por Secretaría, liquídense según lo dispuesto en el artículo 366 del CGP e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, conforme a lo indicado en la parte motiva.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Con aclaración de voto