

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

SALUD TOTAL S.A. EPS

contra

**DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD -
SECRETARIA DE SALUD DE BOGOTÁ D.C.**

LAUDO ARBITRAL

Bogota, 26 de noviembre de 2009

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y la ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre SALUD TOTAL S.A. EPS, de una parte, en adelante SALUD TOTAL o LA CONVOCANTE, y el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ en adelante SECRETARÍA DE SALUD o LA CONVOCADA, de la otra.

I. ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

- 1.1. Entre las partes convocante y convocada se suscribieron los contratos Nos. 0027 de 2004, 427 de 2005, 435 de 2005 y 436 de 2005 cuyos objetos eran la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, en adelante "los contratos"¹.
- 1.2. En las cláusulas Vigésimas Novenas, de los contratos Nos. 0027-2004, 0427-2005 y 0435-2005, se estableció:

"VIGESIMA NOVENA.- CLAUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que surjan ente las partes CONTRATANTES durante la vigencia de este contrato, y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación que no puedan resolverse directamente entre las partes o a través de cualquiera de los mecanismos extrajudiciales previstos en la Ley, se someterán a la decisión de tres (3) Árbitro (sic) designado por la Cámara de Comercio de Bogotá a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En los casos de menor cuantía habrá un solo árbitro. El o los árbitros deben

¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 3-11, 33-42, 49-58 y 66-74.

ser designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible dentro de los quince días de presentada la solicitud de arbitramento en la Cámara de Comercio de Bogotá, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes. El Tribunal decidirá en derecho y se regirá por las normas vigentes sobre la materia. Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.”

Así mismo, en la cláusula Vigésima Octava del contrato No. 0436-2005 se dispuso:

"VIGESIMA OCTAVA.- CLAUSULA COMPROMISORIA. Para efectos de dirimir las diferencias que puedan 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.”

II. DESARROLLO DEL PROCESO

- 2.1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 27 de junio de 2007, SALUD TOTAL S.A. EPS presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con base en los contratos celebrados y en desarrollo de las cláusulas compromisorias.²
- 2.2. Mediante escrito allegado el 24 de julio de 2007, las partes manifestaron su intención de nombrar como árbitros a los Doctores HERNANDO HERRERA MERCADO, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA y LUIS FERNANDO ALVARADO ORTIZ quienes fueron notificados de tal decisión y aceptaron su designación oportunamente³.
- 2.3. En audiencia de catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007), con la presencia de todos los Árbitros, de los apoderados de las partes y de la Señora Agente del Ministerio Público se instaló el Tribunal de Arbitramento mediante Auto No. 1, se designó como Presidente al doctor HERNANDO HERRERA MERCADO y como Secretario a ANTONIO PABÓN SANTANDER, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a la parte convocada quien

² Cdo. Principal No. 1, folios 1-85.

³ Cdo. Principal No. 1, folios 109.

para el efecto fue notificada personalmente ese mismo día.⁴

- 2.4. El 29 de agosto de 2009, mediante apoderada judicial, la SECRETARÍA DE SALUD contestó la demanda.⁵
- 2.5. Del escrito de esa contestación se corrió traslado a la convocante quien, dentro del término legal, se pronunció al respecto.⁶
- 2.6. Mediante escrito radicado en la secretaría el 13 de septiembre de 2007, la convocante reformó la demanda⁷.
- 2.7. Mediante auto de 2 de octubre de 2007 se admitió la reforma a la demanda y se ordenó correr traslado de ella a la parte convocada, quien, dentro del término previsto para el efecto, la contestó⁸.
- 2.8. El 1º de noviembre de 2007, previa citación mediante auto No. 3⁹, se celebró la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida. A continuación mediante auto No. 4 se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento las cuales fueron oportunamente canceladas por las partes¹⁰.
- 2.9. El 11 de diciembre de 2007, se inició la primera audiencia de trámite, la cual culminó el 23 de enero de 2009, en la que el Tribunal, mediante Auto, se declaró competente para conocer del trámite. ¹¹
- 2.10. A continuación, mediante auto No.12 el Tribunal procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes.¹²

III. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

3.1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la convocante, bien pueden compendiarse del siguiente modo, según lo expresado en el escrito de demanda:

3.1.1. SALUD TOTAL S.A. EPS, celebró con el DISTRITO CAPITAL- FONDO

⁴ Cdo. Principal No. 1, folios 136-140.

⁵ Cdo. Principal No. 1, folios 142-153.

⁶ Cdo. Principal No. 1, folios 176-202.

⁷ Cdo. Principal No. 1, folios 202-204.

⁸ Cdo. Principal No. 1, folios 205-208.

⁹ Cdo. Principal No. 1, folios 209 y 210.

¹⁰ Cdo. Principal No. 1, folios 211-214.

¹¹ Cdo. Principal No. 1, folios 215-267.

¹² Cdo. Principal No. 1, folios 263-273.

FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DE SALUD – los siguientes contratos para la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, el contrato No 0027, el No. 427, el No. 435 y el No. 436.

- 3.1.2. Durante toda término de ejecución del contrato, SALUD TOTAL cumplió a cabalidad con sus obligaciones.
- 3.1.3. No obstante lo anterior, en una reunión celebrada el 26 de mayo de 2006, la SECRETARÍA DE SALUD informó a la convocante que procedería a la suspensión de la afiliación 7.823 usuarios con el consecuente descuento de las UPC-S que le habían sido causadas y pagadas suma que ascendió a los 1.200'000.000.
- 3.1.4. El fundamento de la SECRETARÍA DE SALUD para hacer los descuentos fue que los registros de esos afiliados presentaban inconsistencias con la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil tales como suspensión de los derechos políticos, fallecimientos, doble cedula, falsa identidad, minoría de edad, ciudadanía extranjera, cédula cancelada, diferencias parciales de nombre.
- 3.1.5. SALUD TOTAL siempre prestó el servicio a los usuarios que la SECRETARÍA desafilió retroactivamente, ya fuera mediante el pago por evento o mediante el pago por capitación a la IPSS.
- 3.1.6. Posteriormente, en reunión realizada el 29 de agosto de 2006, la SECRETARÍA DE SALUD anunció nuevamente a la convocante que haría un descuento retroactivo por un valor de \$ 6.700.000.000, esta vez como consecuencia de usuarios multiafiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, o por usuarios estando pensionados o afiliados a riesgos profesionales no cotizaron al régimen contributivo.
- 3.1.7. El 20 de octubre de 2006, la SECRETARÍA DE SALUD profirió la resolución 192 mediante la cual reguló la desafiliación de los usuarios sobre los cuales recaía la supuesta inconsistencia en el documento de identidad. Igualmente mediante la resolución 261 de 5 de diciembre de ese año, dicha Entidad inició el proceso de desvinculación de los usuarios multiafiliados.
- 3.1.8. SALUD TOTAL continuó prestándoles el servicio a los usuarios suspendidos por la SECRETARÍA DE SALUD.

3.1.9. La SECRETARÍA DE SALUD le propuso a SALUD TOTAL, para efecto de la liquidación de los contratos objeto de este litigio, aplicar la metodología señalada en el acuerdo 343 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, propuesta que la convocante aceptó siempre que en los casos no previstos en dicho acuerdo, ellos deberían ser reconocidos y pagados por la convocada.

3.2. LAS PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE

Las pretensiones contenidas en la solicitud de convocatoria son las siguientes:

PRETENSIONES

"PRIMERA: *Que se declare que entre la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS y el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARIA DE SALUD se suscribieron los contratos Nos. 0027-2004, 0427-2005, 0435-2005 y 0436 del 2005, y cuyos objetos eran la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, identificados mediante listado anexo a los contratos suministrado por el contratante y que libremente hubiesen elegido a mi poderdante como prestadora del servicio de salud, con el fin de garantizar a dichos afiliados la prestación de los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POSS-.*

"SEGUNDA PRINCIPAL: *Que se declare, de acuerdo con lo que se demuestre en el proceso, que el contratante DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD, procedió de manera ilegal e incumplió los contratos indicados en la pretensión anterior al haber descontado de manera retroactiva las UPC´s correspondientes a los usuarios y afiliados al régimen subsidiado a través de SALUD TOTAL S.A. EPS; UPC´s que ascienden a la suma total de SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVEL MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.692.559.464.00), o el valor que para tal efecto determine el Tribunal de Arbitramento.*

"TERCERA PRINCIPAL: *Que como consecuencia de la declaración segunda principal, se declare y condene al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARIA DE SALUD a restituir a la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS, el valor total de*

las UPC-S que ilegalmente descontó de manera retroactiva y que ascienden a la suma total de SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVEL MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.692.559.464.00) o al valor que se demuestre dentro del proceso.

"CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que sobre los dineros mencionados de que trata la condena indicada en la declaración tercera principal, el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA- FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD, deberá pagar intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades competentes, o a la tasa de interés que sobre el particular determine el Tribunal de Arbitramento; intereses moratorios o los que determine el Tribunal de Arbitramento, calculados desde la fecha en que DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA- FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD descontó a SALUD TOTAL S.A. EPS las UPC de que trata la declaración segunda principal.

"QUINTA PRINCIPAL: Que todas las sumas de dinero que ya sea en razón a las declaraciones principales o subsidiarias se condene al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARIA DE SALUD, a pagar a favor de la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS, deberán ser canceladas el día hábil siguiente al que quede ejecutoriado el laudo arbitral.

"SEXTA PRINCIPAL: Que se condene en costas y agencias en derecho al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA-FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD-SECRETARIA DE SALUD.

"PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare, de acuerdo con lo que se demuestre en el proceso, que SALUD TOTAL S.A. EPS, efectivamente prestó los servicios de atención a los usuarios y afiliados al régimen subsidiado retirados por el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD, y de los cuales la entidad contratante descontó retroactivamente las UPC desde los meses de abril 2004 hasta septiembre de 2006, ya sea que dicha prestación de servicio se hubiese realizado por eventos o por capitación de acuerdo con los contratos suscritos con las diferentes IPS. Servicios que en su totalidad ascienden a la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTI NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UNO PESOS (\$5.292.429.251.00) o a la que quede demostrada dentro del

proceso arbitral; servicios que fueron prestados durante los meses que fueron objeto de descuento por parte de la convocada. Así mismo se declare que mi representada aseguró a los usuarios de que trata esta pretensión contra las enfermedades de alto costo, para lo cual tuvo que cancelar la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$6.945.665.00).

"PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL: Que en la medida en que el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARIA DE SALUD, procedió a descontar las UPC correspondientes a los afiliados de que trata la declaración segunda principal y que no obstante haberse realizado efectivamente el citado descuento, la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS, prestó los servicios de salud a dichos afiliados de acuerdo con la declaración primera subsidiaria a la segunda principal, y por lo tanto se condene al DISTRITO CAPITAL a cancelar la suma total de CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTI NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UNO PESOS (\$5.292.429.251.00) o la que quede demostrado dentro de este proceso, correspondiente a la prestación de servicios suministrada a los afiliados sobre los cuales el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD procedió a descontar de forma retroactiva la UPC de dichos usuarios. Así mismo se declare que mi representada tiene derecho a la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$6.945.665.00) correspondiente a la prima para asegurarlos para la atención de enfermedades de alto costo de estos afiliados e igualmente a la suma de SEISCIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$615.404.757.00) correspondiente al gasto administrativo del 8% de la UPC´s descontada retroactivamente por el Distrito sobre estos usuarios. Lo anterior a título de daños e indemnización de perjuicios.

"PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL: Que sobre los dineros mencionados de que trata la condena anterior (primera subsidiaria a tercera principal), el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA-FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD, deberá pagar intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades competentes; intereses moratorios calculados desde la fecha en que SALUD TOTAL S.A. EPS, canceló la prestación del servicio a la IPS, ya sea por evento o por capitación, desde la fecha en que canceló la prima por enfermedades de alto costo y sobre el 8% de las UPC´s

retroactivamente descontadas correspondiente al gasto administrativo. Que si no fuera posible el pago de intereses moratorios de la manera antes indicada, se obligue al DISTRITO CAPITAL – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD a pagar intereses comerciales sobre dichos montos y calculados de la manera anteriormente indicada; o en últimas, los intereses que sobre el particular determine el Tribunal de Arbitramento.

"SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL: *Que en el evento en que no sea posible condenar al Distrito conforme a la petición primera subsidiaria a la tercera principal; esto es que no sea posible condenar a estas cifras por concepto de daños y perjuicios, se declare que en la medida en que el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA- FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD, procedió a descontar las UPC correspondientes a los afiliados de que trata la declaración segunda principal y que no obstante el citado descuento la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS, de acuerdo con lo que se demuestre en el proceso, prestó los servicios de salud a dichos afiliados de acuerdo con la declaración primera subsidiaria a la segunda principal, e igualmente los aseguró para la atención de enfermedades de alto costo, tiene derecho a que se condene al DISTRITO CAPITAL a cancelar las sumas indicadas en la petición primera subsidiaria a la tercera principal correspondiente a la atención médica, costo de la póliza para las enfermedades de alto costo y el 8% del gasto administrativo, ya no como consecuencia de daños y perjuicios sino con fundamento y en aplicación de los principios de la buena fe, equidad, igualdad en las cargas contractuales, principio de onerosidad, equilibrio financiero, empobrecimiento sin causa o cualquier principio contractual que restituya el equilibrio económico o la igualdad de las cargas contractuales.*

"SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL: *Que se declare que sobre los dineros mencionados de que trata la condena indicada en la declaración segunda subsidiaria a la tercera principal, el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA- FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD, deberá pagar intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades competentes; intereses moratorios calculados desde la fecha en que SALUD TOTAL S.A. EPS, canceló la prestación del servicio a la IPS, ya sea por evento o por capitación, del pago de la prima de alto costo y de la fecha en que recibió la UPC para el cálculo del 8% del gasto administrativo . Que si no fuere posible el pago de intereses moratorios de la manera antes indicada, se obligue al DISTRITO CAPITAL – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD -*

SECRETARIA DE SALUD a pagar intereses comerciales sobre dichos montos y calculados de la manera anteriormente indicada; o en últimas, los intereses que sobre el particular determine el Tribunal de Arbitramento.

"TERCERA SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL: *Que en el evento en que no se pueda acceder a la segunda subsidiaria a la tercera principal, se declare que con base en los criterios auxiliares para la liquidación de contratos del régimen subsidiado de que tratan los Acuerdos 258 de 2004 o, el Acuerdo 343 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se realice la siguiente declaración: Que de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA- FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD deberá pagar a SALUD TOTAL S.A. EPS la suma que se demuestre dentro del proceso correspondiente al 8 % de las UPC-S recibidas por los afiliados sobre los cuales la Secretaría de Salud procedió a descontar retroactivamente las UPC-S, por existir una multifiliación con el régimen contributivo o en otro municipio o con un régimen especial o de excepción por concepto de gasto administrativo. Igualmente deberá reconocer la suma que se demuestre dentro del proceso correspondiente al valor de los gastos médicos y el valor de la póliza de seguros de alto costo por los afiliados sobre los cuales la Secretaría de Salud procedió a descontar retroactivamente las UPC-S, por existir una multifiliación con el régimen contributivo, con otra ARS, o con un régimen especial o de excepción.*

"TERCERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL: *Que se declare que sobre los dineros mencionados de que trata la condena indicada en la declaración tercera subsidiaria a la cuarta principal, el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA- SECRETARIA DE SALUD, deberá pagar intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades competentes; intereses moratorios calculados desde la fecha en que SALUD TOTAL S.A. EPS, canceló la prestación del servicio a la IPS, ya sea por evento o por capitación, desde la fecha en que realizó el pago de la prima de alto y desde la fecha en que debería recibir la UPC, este último con respecto al 8% de las UPC´s por concepto de gasto administrativo. Que si no fuera posible el pago de intereses moratorios de la manera antes indicada, se obligue al DISTRITO CAPITAL – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD a pagar intereses comerciales sobre dichos montos y calculados de la manera anteriormente indicada; o en últimas, los intereses que sobre el particular determine el Tribunal de Arbitramento".*

3.3. LA OPOSICIÓN DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ - FRENTE A LA DEMANDA.

La SECRETARÍA DE SALUD, al contestar la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, manifestó no constarle algunos y negó otros además, se opuso a todas las pretensiones con excepción de la primera en la que se pide que se declare que entre las partes se celebraron los contratos No. 0027-2004, 0427-2005, 0435-2005 y 0436 del 2005 y como medio de defensa señaló que todas las conductas de la SECRETARÍA están enmarcadas en la ley.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL Y PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

- 4.1. La totalidad de los oficios decretados en el auto de pruebas fueron debidamente remitidos.
- 4.2. El 11 de febrero de 2008 se recibieron los testimonios de los señores, Eunice Niño Sua, Carlos Augusto Rodríguez Sarmiento, Gustavo Silva Rojas y Harold Cárdenas Herrera quien por orden del Tribunal aportó el oficio No. 152930 y el consolidado de debidos procesos de las vigencias 2006 y 2007-2008.
- 4.3. El 25 de febrero de 2008 se posesionó como perito la firma EDGAR NIETO Y ASOCIADOS LIMITADA y se recibieron los testimonios de las señoras Nelsy Paredes Cubillos, y Claudia Sterling Posada. Igualmente, la parte convocante manifestó su intención de desistir del testimonio de la señora Miriam Victoria Arenas, petición que fue aceptada por el Tribunal.
- 4.4. El 14 de agosto de 2008, se profirió el auto No. 20, por medio del cual se corrió traslado del dictamen pericial.
- 4.5. Dentro del término legal, los apoderados de las partes presentaron sendas solicitudes de aclaración y complementación al dictamen pericial las cuales, por considerarlas pertinentes, fueron ordenadas por el Tribunal mediante auto de 26 de enero de 2009.
- 4.6. Dentro del término de traslado de las aclaraciones, la parte convocada objetó por error grave el dictamen presentado por la firma EDGAR NIETO Y ASOCIADOS.
- 4.7. Del anterior escrito se corrió traslado a la convocante quien dentro del término previsto para ello, se opuso a la objeción y solicitó se decretaran como sustento de dicha oposición algunas pruebas de las cuales desistió posteriormente.

4.8. El 21 de julio de 2009, tuvo lugar la inspección judicial a la sede de la Secretaría de Salud de Bogotá.

4.9. El 12 de Agosto de 2009, el Secretario de Salud de Bogotá hizo entrega de la respuesta al cuestionario formulado por la convocante.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en veintiséis (26) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas solicitadas cuya práctica se hizo posible, y las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el Art. 154 del Dcr. 1818 de 1998, hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente.

V. TÉRMINO PARA FALLAR.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, *"al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso"*.

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

El 11 de diciembre de 2007, se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la que el Tribunal se declaró competente para conocer del trámite. Frente a dicha providencia, la parte convocada presentó recurso de reposición el cual se resolvió negativamente mediante auto No. 11 proferido en audiencia celebrada el 23 de enero de 2009¹³.

A continuación, mediante auto No.12 el Tribunal procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes.

Así las cosas, la primera audiencia de trámite finalizó el 23 de enero de 2008 (Acta No. 8), por lo cual el término inicial de 6 meses vencería el 22 de julio de 2008.

No obstante, por petición conjunta de las partes, el proceso se suspendió, con posterioridad a la primera audiencia de trámite, por un término total de 396 días calendario entre las siguientes fechas:

¹³ Cdo. Principal No. 1, folios 215-267.

- 26 de febrero y 28 de abril de 2008, ambas fechas inclusive (acta No. 10, auto No. 17)¹⁴.
- 7 de mayo y 31 de julio de 2008, ambas fechas inclusive (acta No. 12, auto No. 19).¹⁵
- 20 y 30 de septiembre de 2009, ambas fechas inclusive (acta No. 15, auto No. 22)¹⁶.
- 26 de noviembre y el 15 de diciembre de 2008, ambas fechas inclusive (acta No. 17, auto No. 24)¹⁷.
- 17 de diciembre de 2008 y 25 de enero de 2009, ambas fechas inclusive (acta No. 18, auto No. 25).¹⁸
- 27 de enero de 2009 hasta el 2 de marzo del mismo año, ambas fechas inclusive (acta No. 19, auto No. 26)¹⁹.
- 20 de marzo y el 31 de marzo de 2009, ambas fechas inclusive (acta No. 21, auto No. 28)²⁰.
- 3 de abril y el 27 de abril de 2009, ambas fechas inclusive, (acta No. 19, auto No. 26)²¹.
- 22 de julio y 11 de agosto de 2009, ambas fechas inclusive, (acta No. 23, auto No. 30).²²
- 3 de septiembre y el 29 de octubre de 2009, ambas fechas inclusive, (acta No. 26, auto No. 33).
- 31 de octubre y el 25 de noviembre de 2009, ambas fechas inclusive, (acta No. 26, auto No. 33).

Adicionalmente, los representantes legales de las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, prorrogaron el término del proceso por seis (6) meses más, contados a partir de la fecha de vencimiento inicial incluidas las suspensiones y así se decretó por Auto No. 22 proferido en audiencia de 8 de julio de 2009, Acta No. 22.

En conclusión, dado que el término para del proceso se prorrogó por 6 meses y que, después de terminada la primera audiencia de trámite (23 de enero de 2008), se suspendió legalmente durante 396 días, el Tribunal se encuentra en término para fallar hasta el 24 de febrero de 2010.

¹⁴ Cdo. Principal No. 1, folios 308-312.
¹⁵ Cdo. Principal No. 1, folios 317-318.
¹⁶ Cdo. Principal No. 1, folios 388-394.
¹⁷ Cdo. Principal No. 1, folios 424-425.
¹⁸ Cdo. Principal No. 1, folios 427-428.
¹⁹ Cdo. Principal No. 1, folios 430-432.
²⁰ Cdo. Principal No. 1, folios 437-438.
²¹ Cdo. Principal No. 1, folios 437-438.
²² Cdo. Principal No. 2, folios 1-2.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Síguese del recuento efectuado en los apartes precedentes que la relación procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del C de P.C., motivos que permiten decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocante y convocada.

5.2. EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

5.2.1. NATURALEZA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS DEL DERECHO A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Los derechos a la salud y a la seguridad social, hacen parte de los denominados derechos de segunda generación, que corresponden al Capítulo II del Título II de la Constitución Política, "*Los derechos económicos, sociales y culturales*". La jurisprudencia de la Corte los ha calificado como derechos de doble connotación, ya que si bien es cierto ellos trasiegan la naturaleza de los derechos sociales, incumben también el terreno individual.

Al respecto ha dicho la Corte: "*la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico*".²³ En su doble condición que irriga la esfera colectiva y la subjetiva, el derecho a la salud y la seguridad social en salud se caracteriza por los siguientes principios:

A. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD: De conformidad con el artículo 48 de nuestra Constitución Política, "*se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*", de lo cual, en razón de su universalidad, se desprende la consideración del sistema de seguridad social en salud como un derecho fundamental.

De este modo, tiene por sentado la Corte Constitucional que de acuerdo con el denominado principio de universalidad que le atribuye nuestra Constitución "*la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida,*

²³Al respecto pueden consultarse las sentencias T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996.

sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc."²⁴

Al hilo de lo dicho, también la jurisprudencia constitucional ha expuesto que tal principio de universalidad en salud, "conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del sistema general de salud. (i) Respeto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, el principio de universalidad implica que todas las personas habitantes del territorio nacional tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respeto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, este principio implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma; razón por la cual deben estar cubiertos todos estos servicios dentro de los riesgos derivados del aseguramiento en salud."²⁵

Por consiguiente, el derecho a la salud resulta un derecho predicable y reconocido en su dimensión a todas las personas, sin excepción, más aún encarnando la salud un servicio público y como tal, en noción replicable a todos los servicios públicos en general, bajo los presupuestos de los artículos 365 y 366 de la Constitución Nacional, inherentes a la finalidad social del Estado -en armonía con lo dispuesto por el artículo 2 de la Carta Política-, y cuya prestación es deber del Estado asegurar su prestación a "todos los habitantes del territorio nacional"

B. PRINCIPIO DE FUNDAMENTALIDAD: En este orden de ideas, conforme al artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que "(l)a atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado", de manera que "(s)e garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", se colige a más del carácter universal del derecho a la salud, su fundamentalidad, lo que quiere significar la posibilidad de que la vulneración o amenaza de este derecho sea evitada mediante su protección vía tutela.

En tal virtud y entendimiento, igualmente la Corte Constitucional ha sostenido el estatus de derecho fundamental autónomo²⁶ o por conexidad²⁷ del derecho a la salud. Al respecto en la sentencia T-573/05 la Corporación indicó:

"Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida.

²⁴ Sentencia C-623/04.

²⁵ Sentencia C-463/08.

²⁶ En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998.

²⁷ Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005.

(...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental. (...)

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)."

Al hilo de lo expuesto, la jurisprudencia de la Corte ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la salud que, que en algunos se presenta como autónomo y en otros intrínsecamente vinculado con la garantía de otros derechos fundamentales y que por tanto por conexidad también constituye derecho fundamental al comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales. Dicha última circunstancia se evidencia en múltiples posibilidades, tal y como lo tuvo por sentado la Sentencia C-615/02, en la cual se anotó:

"El sistema de seguridad social en salud y su vinculación a la satisfacción de necesidades básicas de la población y a la efectividad de los derechos fundamentales.

(....)

*De otro lado, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal. Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la dignidad e incluso al libre desarrollo de la personalidad."*²⁸

²⁸ Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU.039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01,

C. PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD: Igualmente, las disposiciones superiores, en especial el ya precitado artículo 49, le otorgan también a la seguridad social el carácter de *servicio público obligatorio*. En especial la Constitución reitera que dicho servicio estará a cargo del Estado, el cual debe organizar, dirigir y reglamentar su prestación garantizando a todas las personas el acceso efectivo a los servicios en salud. Concretamente el artículo 49 constitucional hace alusión a la atención en salud como servicio público a cargo del Estado, garantizando *“a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

En consecuencia, el Estado tiene *“la obligación jurídica de implementar todas las medidas legislativas, administrativas, políticas y financieras para hacer efectivo en forma material y pronta el derecho a la salud de todos los habitantes del territorio nacional y respecto de la totalidad de los servicios de salud requeridos para garantizar la prevención, promoción, protección y curación de la salud, precisamente por el carácter fundamental de este derecho”*.²⁹

D. PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD Y EFICIENCIA: El ya aludido artículo 49 Superior dicta que al Estado le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de *“eficiencia, universalidad y solidaridad”*.

En cuanto al principio de solidaridad ha establecido la jurisprudencia de la Corte que este postulado *“exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber:*

En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia”.³⁰

En cuanto al principio de eficiencia en materia de salud, la Corte ha expuesto que este principio hace relación al arte de la mejor utilización y maximización de los recursos

²⁹ Sentencia C-463/08.

³⁰ Sentencia C-623/04.

financieros disponibles para lograr y asegurar la mejor prestación de los servicios de salud a toda la población a que da derecho la seguridad social en salud³¹. Sobre este punto se dijo mediante la Sentencia C-130/02:

"En consecuencia, es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos."

Con relación al principio de la eficiencia, éste no sólo se encuentra ligado a la calidad sino también a la continuidad en la prestación del servicio. Al respecto la sentencia SU-562/99 precisó:

"Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º."

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción."

E. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD: la Corte ha sintetizado este criterio afirmando que el carácter prestacional y progresivo del derecho a la salud conlleva tres obligaciones por parte del Estado: en primer lugar, el deber del Estado de tomar todas las medidas para su realización plena; en segundo lugar, el deber del Estado de garantizar unos contenidos mínimos y esenciales de prestación de servicios a una cobertura universal de los mismos y la obligación de maximizarlos en cuanto sea posible; y en tercer lugar, el nivel de protección alcanzado no se puede afectar o disminuir.³²

5.2.2. RÉGIMEN LEGAL DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

5.2.2.1. ASPECTOS GENERALES: En ejercicio de las facultades constitucionales, el legislador expidió la ley 100 de 1993, reguladora del Sistema de Seguridad Social

³¹ Ver también Sentencia C-623/04.

³² Ver Sentencia C-671/02 y Sentencia C-791/02.

Integral, el cual incluye el Sistema General de Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales. La Seguridad Social en Salud fue concebida en la mencionada Ley 100 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención.

En su artículo 1º la Ley 100 indicó que el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afectan. Por su parte en el artículo 2º se dispuso que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Igualmente el artículo 4º de esta preceptiva legal define el sistema de salud en los siguientes términos:

***Artículo 4º.** Sistema de Salud. Para los efectos de la presente Ley, se entiende que el Sistema de Salud comprende los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación; que en él intervienen diversos factores, tales como los de orden biológico, ambiental, de comportamiento y de atención, propiamente dicha, y que de él forman parte tanto el conjunto de entidades públicas y privadas del sector salud, como, también, en lo pertinente, las entidades de otros sectores que inciden en los factores de riesgo para la salud.*

Pertenecen al sistema de salud y, por consiguiente, están sometidos a las normas científicas para el control de los factores de riesgo para la salud que dicte el Ministerio de Salud, las organizaciones locales y seccionales de salud que autónomamente establezcan los municipios, el Distrito Especial de Bogotá, el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena, las áreas metropolitanas y los Departamentos, Intendencias y Comisarías, según el caso, así como las entidades privadas de salud y, en general, todas las entidades públicas y privadas de otros sectores, en los aspectos que se relacionen directa o indirectamente, con el Sistema de Salud. Las normas administrativas del sistema de salud serán solamente obligatorias para las entidades del subsector oficial de salud, pero podrán ser convencionalmente adoptadas por las entidades privadas, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 23 de esta Ley. A las entidades de seguridad y previsión social y a las del subsidio familiar, se les respetarán sus objetivos, régimen legal, sistema de financiación y autonomía administrativa.”

En cuanto el objeto, los fundamentos y características del Sistema de Salud el artículo 152 de la Ley 100 dicta:

"Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente Ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la Ley 10 de 1990 y la Ley 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la Ley 9a. de 1979 y la Ley 60 de 1993, excepto la regulación de medicamentos que se regirá por lo dispuesto en la presente Ley."

5.2.2.2. REGÍMENES DE PARTICIPACIÓN: El legislador, en desarrollo de la potestad que le confiere la Constitución en los artículos 48 y 49, reglamentó dos (2) regímenes estableciendo claras diferencias en cuanto a su organización, administración, funcionamiento, forma de afiliación, financiación, manejo de recursos, costos, UPC, entre otros ítems.

Estos dos regímenes distintos de participación al mismo son: el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado. Este último con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Es de anotar que la Corte Constitucional ha considerado que se encuentra plenamente justificada a nivel constitucional la diferencia existente entre los dos regímenes en aras de lograr una prestación adecuada del servicio de salud³³.

Ahora bien, respecto de los servicios que se prestan en cada uno de los regímenes de salud ha afirmado esta Corte, que tanto los afiliados al régimen contributivo como al subsidiado, tienen igual derecho a recibir los servicios de salud comprendidos en los respectivos planes básicos y obligatorios de salud -POS-.

Los aspectos más relevantes de uno y otro régimen son los que se pasan a enunciar a continuación:

a. El Régimen Contributivo definido por la misma ley 100 en el artículo 202, como el *"conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador"*.

³³ Sentencia C-130/02.

Entonces "son afiliados **obligatorios** a este régimen las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes **con capacidad de pago** (art. 157 ley 100/93), quienes deben pagar una cotización o aporte económico previo, el cual puede ser financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con el empleador"³⁴.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

En este caso la prestación del servicio está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, por delegación del Estado, quienes a la vez están autorizadas para contratar la atención de los usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud IPS.

b. El Régimen Subsidiado, lo define el artículo 211 de la ley 100 de 1993 en los siguientes términos: "es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley". En consecuencia, "mediante este régimen se financia la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables y sus grupos familiares que **no tienen capacidad de cotizar**.

Así las cosas son beneficiarios del Régimen Subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, **sin capacidad de pago**, teniendo especial importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y post parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodista independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y **demás personas sin capacidad de pago** (arts. 257, 212 y 213 ley 100/93)." ³⁵

³⁴ Sentencia C-463/08.

³⁵ Sentencia C-463/08.

La administración de este régimen corresponde a las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud, las cuales están autorizadas para celebrar contratos de esa índole con las denominadas EPS del Régimen Subsidiado que pueden ser públicas o privadas, a las cuales les corresponde manejar los recursos, afiliar a los beneficiarios, prestar directa o indirectamente los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado POS -S, etc. ³⁶

El carácter del subsidio que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Las personas que cumplan con los criterios fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio.

De otra parte, el régimen subsidiado se financia actualmente con los recursos que establece la ley 1122 de 2007.

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las EPS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS.

5.2.2.3. REGÍMENES DE PARTICIPACIÓN: La jurisprudencia constitucional ha determinado tres tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud, así:

"En conclusión tenemos, dos (2) regímenes bien definidos: a) El contributivo y, b) el subsidiado; y tres (3) tipos de participantes en el sistema general de seguridad social, a saber: a) Participantes afiliados al régimen contributivo, b) participantes afiliados al régimen subsidiado y, c) participantes vinculados" ³⁷.

Esta apreciación se deriva del régimen legal previsto en la Ley 100 de 1993, que propende por el acceso de todas las personas al servicio de salud, a través de diferentes modalidades de vinculación que garanticen su efectiva prestación. Pasemos a ver cada una de ellas:

³⁶ Ver la aludida Sentencia C-463/08.

³⁷ Sentencia C-130-02, M.P.: Jaime Araújo Rentería. A este respecto se ha pronunciado esta Corte en las Sentencias C-112-98, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, C-616 del 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, C-331-03, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

a. Participantes afiliados al régimen contributivo: Según el artículo 157 de la ley 100, son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

b. Participantes afiliados al régimen subsidiado: el artículo precitado los califica como las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

c. Participantes vinculados: los define el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 como aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. Frente a este tipo de participantes ha expuesto la Corte mediante la Sentencia T-919/04:

"Los participantes vinculados no poseen una simple expectativa de atención, sino que tienen un derecho de ejecución inmediata que pueden exigir ante estas instituciones, por su puesto, atendiendo a su capacidad de oferta y las normas que regulan las cuotas de recuperación."

Conforme pues con esta normatividad es claro que aún cuando una persona carece de la capacidad de pago, como acontece con los afiliados al régimen subsidiado o los participantes vinculados, para pertenecer al régimen contributivo, ya sea en calidad de cotizante o beneficiario, es deber del Estado³⁸ proporcionarle los servicios de salud, ya sea a través del régimen subsidiado, que en virtud del principio de solidaridad cubre con subsidios a la demanda el costo de la prestación de servicios a la población más pobre y vulnerable del país, o como participante vinculado, cuando no se ha realizado el proceso de afiliación³⁹.

³⁸ A cargo de los municipios y departamentos, tema regulado por la ley 715 de 2002.

³⁹ Regulado por el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

5.2.2.4. ENTIDADES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD: en esta materia intervienen diferentes entes que se pueden clasificar de la siguiente manera:

a. Las EPS: según ley 100 de 1993, artículo 177 estas se definen como: *"Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantías. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley.*

Igualmente el artículo 178 establece las funciones de las Entidades Promotoras de Salud: *"Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:*

"1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

"2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.

"3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.

"4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.

"5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.

"6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

"7. Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Asimismo el artículo 180 de la ley 100 de 1993 dispone que las EPS pueden ser entidades de naturaleza pública, mixta o privada.

b. Las ARS: que a partir de la Ley 1122 de 2007 son denominadas Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado, fueron definidas por el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 así: *"Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado. Podrán administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud –ESS-, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud –EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto y sean autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud"*.

De acuerdo con el artículo 4 del mismo decreto, dentro de las funciones de las ARS están las de promover la afiliación de la población beneficiaria del régimen subsidiado; administrar el riesgo en salud de sus afiliados, como aseguradoras y administradoras informar al beneficiario sobre aquellos aspectos relacionados con el contenido del POS-S, procedimientos para la inscripción, redes de servicios con que cuenta, deberes y derechos dentro del SGSSS, así como el valor de las cuotas moderadoras y copagos que debe pagar; organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud; asegurar los riesgos derivados de la atención de enfermedades de alto costo, calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social; suministrar oportunamente a las Direcciones de Salud la información relacionada con sus afiliados y verificar en el momento de la afiliación que estas personas se encuentran dentro de la población prioritaria para la asignación de subsidios, conforme los listados entregados por las entidades territoriales; establecer el sistema de administración financiera de los recursos provenientes del subsidio a la demanda; organizar estrategias destinadas a proteger la salud de sus beneficiarios; informar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud, a las entidades territoriales y demás autoridades correspondientes las irregularidades que se presenten en la operación del régimen subsidiado, etc..

En los términos de la jurisprudencia constitucional:

"Las ARS fueron autorizadas en la Ley 100 de 1993 y creadas por el Decreto 2357 de 1995 como entidades de intermediación entre los recursos financieros, las instituciones que prestan los servicios (IPS), las autoridades públicas locales y los usuarios, y desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo. Parte de la financiación del subsidio corresponde a la Unidad de Pago por Capacitación Subsidiada (UPC-S), la cual consiste en el valor per cápita transferido a cada ARS y que da derecho al usuario a recibir los servicios previstos en el

*Plan Obligatorio de Salud*⁴⁰. No sobra advertir que las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud constituyen una típica contribución parafiscal⁴¹ y, en ese sentido, las UPC-S no son recursos que puedan considerarse como propios de las ARS, razón por la cual deben orientarse necesariamente a la prestación de los servicios de salud. Sin embargo, como intermediarias que son, la Corte ha reconocido la posibilidad de destinar un porcentaje de esos recursos a la administración del régimen, es decir, a los gastos necesarios para el ejercicio de su actividad.”⁴²

c. Las IPS: en lo atinente a estos entes establece la ley 100 de 1993 en su artículo 156 y 185 lo siguiente:

"Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de servicios de salud a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las instituciones prestadoras de servicios de tipo comunitario y solidario.

"Artículo 185 - Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.- Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.

"Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán a la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de las anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el

⁴⁰ Según el artículo 182 de la ley 100 de 1993, esta unidad se establecerá por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, "en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería".

⁴¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-828 de 2001 MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁴² Sentencia C-791/02.

juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

"Para que una entidad pueda constituirse como Institución Prestadora de Servicios de Salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud.

"Parágrafo.- Toda Institución Prestadora de Servicios de Salud contará con un sistema contable que permita registrar los costos de los servicios ofrecidos. Es condición para la aplicación del régimen único de tarifas de que trata el artículo 241 de la presente Ley, adoptar dicho sistema contable. Esta disposición deberá acatarse a más tardar al finalizar el primer año de vigencia de la presente Ley. A partir de esta fecha será de obligatorio cumplimiento para contratar servicios con las Entidades Promotoras de Salud o con las entidades territoriales, según el caso, acreditar la existencia de dicho sistema".

Conforme a lo anterior las EPS, las ARS (hoy EPS del régimen subsidiado) y las IPS tienen como rasgos comunes los de ser entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que pueden ostentar naturaleza pública, mixta o privada; que a su vez están autorizadas para prestar directamente los servicios de salud tendientes a garantizar el Plan de Salud Obligatorio, dentro de sus respectivas esferas de acción. Sin embargo, en otros varios aspectos las IPS difieren de las EPS y las ARS, como por ejemplo en cuanto a que estas dos tienen una competencia administradora y operativa de gran trascendencia para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que las IPS no tienen.

Para mayor ilustración sobre las diferencias que median entre los extremos comparados, resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Corte Constitucional en torno a las EPS y las ARS, donde al respecto se lee:

"16. Con la creación de las EPS y las ARS se busca homogenizar la operación y optimizar los beneficios que otorgan las entidades de seguridad social sin distinción entre los usuarios del régimen contributivo y los usuarios del régimen subsidiado. La prima media homogeniza el servicio. Para cumplir con este propósito de igualdad en la prestación del servicio de salud, la ley autorizó a las EPS para que asuman la responsabilidad de la afiliación de todos los habitantes del país al nuevo sistema, la movilización de los recursos financieros del sistema y el manejo de los riesgos de salud de los colombianos.

"17. Las EPS son las responsables de recaudar las cotizaciones de los afiliados y facilitar la compensación con el Fondo de Solidaridad y Garantías y hacer un manejo eficiente de los recursos de la UPC⁴³. De otro lado, el diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud crea una serie de relaciones interdependientes entre las instituciones que lo integran y define la UPC como centro del equilibrio financiero. La Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Esto significa, la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización (...)".⁴⁴

d. El Fondo de Solidaridad y Garantía de que trata el artículo 218 de la ley 100 de 1993, se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estado de Contratación de la Administración Pública. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determina los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

Este Fondo posee las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

Según el artículo 220 de la ley 100, los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las UPC que le serán reconocidos por el sistema a cada EPS. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las UPC reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquellos sean menores que las últimas.

Igualmente *"para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía contará con los siguientes recursos, los cuales por su origen y naturaleza son limitados: a) un punto de*

⁴³ El artículo 62 del Decreto 1298 de 1994 del Estatuto Orgánico de Salud, las UPC son: *"Ingresos de las Entidades Promotoras de Salud. La cotización que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General del Seguridad Social en Salud.*

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación -UPC-. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

Parágrafo.- Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad".

⁴⁴ Sentencia C-828 de 2001.

la cotización de solidaridad del régimen contributivo, que será girada por cada EPS directamente a la subcuenta de solidaridad del Fondo; b) el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinen a los subsidios de salud; c) un aporte del presupuesto nacional (...)" (art. 221 de la ley 100 de 1993).

Además, los recursos de la solidaridad se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.

Por lo tanto, el Fondo de Solidaridad y Garantía de conformidad con la jurisprudencia constitucional, *"tiene por objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, así como asegurar la eficacia del Sistema, atendiendo el expreso mandato legal -artículo 218 de la Ley 100 de 1993-, las obligaciones a cargo del Fosyga son limitadas, ya que sus recursos lo son igualmente"*.⁴⁵

e. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud: Dicho Consejo está adscrito al Ministerio de la Protección Social, como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y tiene funciones, entre otras, las siguientes:

- Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado.
- Determinar el monto de la cotización de los afiliados del Sistema.
- Definir el valor de la UPC.
- Establecer el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.

5.2.2.5. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN SALUD: En relación con los recursos y la Corte Constitucional ha establecido⁴⁶:

- El mandato de destinación específica de los recursos de la seguridad social.
- El carácter parafiscal de dichos recursos.
- La forma de financiación del sistema mediante las cotizaciones y el pago de la Unidad de Pago por Capitación –UPC- o valor per cápita. Siendo el valor del UPC aquél que se le reconoce a las EPS y ARS por la prestación de los servicios de salud del POS y POSS, el cual está determinado con base en el perfil epidemiológico de la población, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería⁴⁷, y que este valor se

⁴⁵ Sentencia C-824 del 2004.

⁴⁶ Ver Sentencias C-1040/03 y C-824/04, entre otras.

⁴⁷ Ver también la sentencia SU-480/97.

encuentra en el centro del equilibrio financiero del sistema el cual tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y su continuidad.

En este sentido y concretamente en relación con el financiamiento del sistema general de salud se dijo en la sentencia C-824 del 2004:

"La Ley 100 de 1993, que es el marco de referencia normativo del sistema de seguridad en salud, establece a su vez diferentes regímenes para su financiamiento y administración: el contributivo y el subsidiado.

Las personas afiliadas al régimen subsidiado en salud se vinculan a través del pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad. Forma parte de este régimen por consiguiente, la población más vulnerable del país⁴⁸. Los recursos del régimen subsidiado de salud son de origen netamente público⁴⁹, pues ellos provienen del Sistema General de Participaciones, de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía, así como de los recursos producto del esfuerzo fiscal territorial que se destinen a esos efectos. Con cargo a dichos recursos se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada unidad de pago por capitación subsidiada UPS-S. Las ARS tienen derecho, entonces, a recibir por la organización y gestión del POS-S, como retribución una proporción de la UPC-S vigente.

8- Las personas vinculadas al régimen contributivo por el contrario, -precisamente porque cuentan con una mayor capacidad económica -, cotizan al sistema mediante una contribución obligatoria, siendo las EPS, como entidades administradoras de este régimen, las encargadas de recaudar las cotizaciones de los afiliados, de facilitar la compensación con el Fosyga, y de hacer un manejo eficiente de los recursos de las UPC. En efecto las EPS reciben igualmente una unidad UPC por cada beneficiario del sistema. El resto va al Fondo de Solidaridad y Garantía. Así, tal y como lo señaló esta Corporación en la sentencia SU-480 de 1997:

"La seguridad prestada por la EPS tiene su soporte en la totalidad de los ingresos del régimen contributivo, por consiguiente forman parte de él:

- a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados con un máximo del 12% del salario base de cotización el cual no puede ser inferior al salario mínimo.*
- b) También ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras los pagos compartidos las tarifas y las bonificaciones de los usuarios.*
- c) Además los aportes del presupuesto nacional.*

⁴⁸ Corte Constitucional C-828 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁹ Corte Constitucional. C-915 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social".

5.2.2.6. PLANES DE SALUD:

a. Plan obligatorio de Salud: Conforme a los contenidos de nuestra legislación - artículo 162 de la ley 100 de 1993-, el Plan Obligatorio se circunscribe a un conjunto de acciones en salud necesarias para una atención integral del individuo o la familia en las diferentes fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad general y la maternidad, que implica en principio, como prestación mínima, la atención médica, quirúrgica y farmacéutica que se estime necesaria de acuerdo con las posibilidades de tecnología y medicamentos existentes en el país. Igualmente el Plan Obligatorio de Salud se constituye en un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer las Entidades Promotoras de Salud.

b. Planes complementarios de Salud: El artículo 169 de la Ley 100 de 1993 desarrolla el concepto de estos planes que posibilitan que las entidades promotoras de salud puedan ofrecer planes complementarios al plan de salud obligatorio de salud, financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias. Por su parte, los artículos 18 y 19 del decreto 806 de 1998 asumen una descripción más amplia al denominarlos adicionales.

"ARTICULO 18. DEFINICION DE PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes serán de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras."

"ARTICULO 19. TIPOS DE PAS. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS:

- 1. Planes de atención complementaria en salud.*
- 2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.*

3. Pólizas de salud que se registrarán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general."

Frente a la complementariedad entre el plan obligatorio de salud (POS) y los planes adicionales de salud (PAS) dijo la Sentencia T-038/05:

"En la legislación y en la reglamentación del sistema de salud se estableció que los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo de salud, además de tener derecho a acceder al plan obligatorio de salud (POS), tienen la libertad de contratar planes adicionales de salud (PAS), mediante los cuales obtienen mejores condiciones hoteleras y tecnología más avanzada en la prestación de los servicios de salud y, según se establezca en el contrato, recibirán cubrimiento de algunos servicios médicos no incluidos en el POS (Ley 100 de 1993, Art. 169 y Decreto 806 de 1998, Arts. 17-23).

"La existencia de los planes complementarios de salud⁵⁰ fue estudiada por la Corte Constitucional⁵¹ y fue declarada exequible. Advirtió la Corte que tales planes no sustituyen el plan obligatorio de salud (POS) ni implican el traslado de la responsabilidad propia de las EPS a las entidades que prestan los PAS.⁵²

"A diferencia del plan obligatorio de salud (POS), el contenido de los planes adicionales de salud no es establecido mediante leyes, reglamentos ni regulaciones. Por tratarse de un contrato por adhesión, las empresas de medicina prepagada, las aseguradoras, las entidades adaptadas y las EPS, son quienes establecen el contenido de estos planes, los cuales son revisados por la Superintendencia Nacional de Salud, previamente a ser ofrecidos en el mercado (Art. 22 del Decreto 806 de 1998).

⁵⁰ En el artículo 169 de la Ley 100 de 1993 se utilizó la expresión *planes complementarios* para referirse a los planes complementarios al POS, que podrán ofrecer las EPS y que serán financiados en su totalidad por el usuario, con recursos diferentes a las cotizaciones obligatorias al régimen contributivo de salud. Con posterioridad, quienes se encargaron de reglamentar la Ley 100 de 1993, definieron un conjunto de planes adicionales al POS, que cumplen con las mismas características de financiación de los *planes complementarios* y los denominaron *planes adicionales de salud (PAS)*. Dentro de estos planes, se incluyen los planes de atención complementaria en salud, los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud (Art. 19 del Dec. 806 de 1998).

⁵¹ Sentencias C-089 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), C-112 de 1998 (MP: Carlos Gaviria Díaz) y C-599 de 1998 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz). En la sentencia C-089 de 1998 se estudió, entre otros aspectos contemplados en la Ley 352 de 1997, la constitucionalidad de los planes complementarios de salud en el sistema de seguridad social de las Fuerzas Militares. La norma que consagra tales planes fue declarada exequible, siempre y cuando *"no implique una sustitución del Plan Obligatorio por el Complementario, ni el traslado de la responsabilidad propia de aquél a éste"*. En las sentencias C-112 de 1998 y C-599 de 1998 se declaró constitucional el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, referente a la existencia y financiación de los planes complementarios de salud.

⁵² Al respecto la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente en la sentencia C-089 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo): *"Se trata en realidad de permitir al sistema especial creado que ofrezca planes de medicina prepagada, complementarios de los básicos y forzosos, lo cual es perfectamente admisible si la ley, como en este caso, lo autoriza. Y el hecho de autorizarlo no la enfrenta con la Constitución, siempre y cuando la norma no implique una sustitución del Plan Obligatorio por el Complementario, ni el traslado de la responsabilidad propia de aquél a éste"*.

"Es usual que los PAS no subsuman en su totalidad los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud (POS), de manera que es probable encontrar servicios médicos excluidos de los planes adicionales de salud, que sí se encuentran en el POS.

"Esto se puede comprobar, por ejemplo, al hacer una revisión de los fallos de tutela de la Corte Constitucional, en los que los accionantes solicitan que la entidad con la cual han contratado un plan adicional de salud, les preste servicios médicos que la entidad demandada considera excluidos del contrato. Dentro de estos casos, se encuentran algunos, en los que el servicio médico solicitado, excluido del PAS contratado, sí se encuentra dentro del POS.

"Atendiendo a esta situación, y reafirmando la complementariedad entre los PAS y el POS, en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 se estableció que es requisito indispensable para celebrar contratos para la prestación de planes adicionales de salud, estar afiliado al régimen contributivo de salud (Dec. 806 de 1998, Art. 20)".

5.2.2.7. DE LOS PERÍODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN: se pueden catalogar como el número mínimo de semanas cotizadas al Sistema para tener a la atención en salud. De conformidad con la jurisprudencia constitucional⁵³:

"Estos períodos corresponden según la ley, al tiempo mínimo que debe cotizar un individuo, dentro del cual carece de derecho para reclamar el servicio o prestación. Los períodos de carencia pueden ser fijados de manera restrictiva en la ley o las disposiciones reglamentarias o determinados conforme a la libertad de las partes.

En concordancia con las limitaciones financieras del sistema y en aras de lograr una correcta financiación del plan de salud, se pueden establecer, en principio, periodos mínimos de carencia para tener derecho a la prestación de determinados servicios o el reconocimiento de prestaciones económicas (inciso segundo del artículo 164 de la ley 100, con la restricción, según la jurisprudencia constitucional, de que dichos períodos mínimos no se pueden exigir cuando estén de por medio derechos fundamentales.

5.2.2.8. CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS MÉDICOS: pueden calificarse como instrumentos con que cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud de salud para garantizar su viabilidad y equilibrio financiero. Las primeras constituyen un mecanismo que tiene por objeto *"regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso"*⁵⁴. Por su parte, el

⁵³ Sentencia SU 819/99.

⁵⁴ Artículo 2º Acuerdo 260 de 2004 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

pago compartido o "copago" es un instrumento mediante el cual el sistema paga una parte del valor del servicio requerido y el usuario asume la otra, y tiene como finalidad que éste contribuya al financiamiento del sistema⁵⁵.

En el régimen contributivo los afiliados cotizantes y sus beneficiarios deben cancelar cuotas moderadoras, no sucediendo lo mismo con los copagos, que únicamente se cobran por los servicios requeridos por los usuarios que se encuentran afiliados al régimen subsidiado y para las personas vinculadas⁵⁶.

Téngase en cuenta que la Ley 1122 de enero 09 de 2007⁵⁷ (por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones), dispuso en el artículo 14 literal g), que "*No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace*". En los demás niveles, el copago se seguirá pagando conforme lo establece el acuerdo 260 de 2004, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Dentro del desarrollo jurisprudencial, la Corte ha entendido la necesidad y justificación de las cuotas moderadoras y los copagos, y en general, las ha encontrado ajustadas a la Constitución⁵⁸. Sin embargo, en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 se contempla que "*En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre*".

El régimen legal de los pagos compartidos y cuotas moderadoras fue definido en el Acuerdo No. 030 de 1.995, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo director del Sistema General de Seguridad Social⁵⁹, determinando como cuotas moderadoras, las que "*tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS*" y como copagos "*los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema*". Las primeras, son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que, los segundos, lo serán única y exclusivamente a los beneficiarios, en ambos casos con base en el ingreso base de cotización del afiliado cotizante (arts. 1o., 2o., 3o. y 4o.).⁶⁰

⁵⁵ Artículo 3° Acuerdo 260 de 2004 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

⁵⁶ Ver sentencia T-037 de 2007, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁷ Publicada en el Diario Oficial 46506 de enero 09 de 2007.

⁵⁸ Ver sentencia C-542 de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara.

⁵⁹ Creado en el artículo 171 de la Ley 100 de 1.993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

⁶⁰ Ver Sentencia C-542/98.

5.3. NATURALEZA DEL CONTRATO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Como ya se vio, los artículos 156 y 215 de la ley 100 de 1993, al establecer las reglas generales a las que se sujetaría el régimen subsidiado en salud, estableció que las entidades territoriales celebrarían convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado. El artículo 216 de la misma ley señaló que *"2. Cuando la contratación se haga con una entidad que no sea propiedad de los usuarios como las Empresas Solidarias de Salud, la contratación entre las direcciones Seccionales o Locales de salud con las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante concurso y se regirá por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público."* En relación con dichos contratos señaló el Consejo de Estado en concepto No 1065 del 11 de marzo de 1998:

"5. La naturaleza de los contratos de administración del régimen subsidiado es atípica, pues siendo celebrados por entidades estatales se someten al derecho privado (que comprende la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente) y también incluyen cláusulas excepcionales propias del derecho público y aspectos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en cuanto a los servicios del plan obligatorio y el valor de la unidad por afiliado.

"6. Las cláusulas excepcionales, antes conocidas como exorbitantes, siempre podrán incluirse por la entidad estatal contratante en los contratos antes referidos, sin que por ello cambie su naturaleza.

"7. Los contratos de administración del régimen subsidiado tienen una naturaleza derivada de ser contratos celebrados por entidades estatales y sometidos al derecho privado por disposición legal, con ciertas características especiales, sin que incida su calificación como público o privado. Por este medio clasificatorio no es posible hacerles producir efectos jurídicos distintos a los señalados en la ley."

Ahora bien, entre las partes se suscribieron cuatro contratos de la siguiente forma: el No. 0027-2004 cuya vigencia iba desde el primero de abril de 2004 hasta el 31 de mayo de 2005, el cual fue prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2006; el No. 0427-2005, cuya vigencia iba desde el primero de octubre de 2005 hasta el 31 de marzo de 2006, el cual fue prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2006; el No. 0435-2005 cuya vigencia iba desde el primero de octubre de 2005 hasta el 31 de marzo de 2006 y que fue prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2006, y el No. 0436-2005 cuya vigencia iba desde el primero de octubre de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2006. A dichos contratos, su vigencia y población afiliada se refirieron los hechos 5º, 6º, 7º y 8º de la demanda, los cuales fueron aceptados por la demandada en su contestación.

Adicionalmente, vale la pena señalar que en la pretensión primera de la demanda, el demandante solicitó que se declarara que entre las partes se suscribieron los contratos mencionados, a lo cual la parte demandada manifestó allanarse en la contestación de la demanda, por lo cual se accederá a la pretensión primera de la demanda.

Si se examinan los contratos celebrados entre las partes se observa que los mismos corresponden al mismo modelo contractual y por ello el examen de su contenido puede hacerse conjuntamente.

Dichos contratos tienen un doble objeto "la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el 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 subsidiado vigentes al momento de la prestación de servicios".

De este modo, los contratos implicaban a cargo de las entidades promotoras tanto una función de administración de recursos como el deber de garantizar a los afiliados la prestación del servicio de salud, de conformidad con el régimen subsidiado. En todo caso debe destacarse que la función de administración de recursos que contemplan los Contratos está estrechamente vinculada a la de garantizar los servicios de salud a los afiliados, pues finalmente, las entidades promotoras reciben los recursos que les entrega la entidad territorial para garantizar el servicio de salud a los afiliados, debiendo observar unos requerimientos de inversión en prestación del servicio de salud. De esta manera en últimas la obligación fundamental de las entidades promotoras de salud es garantizar el servicio de salud a los afiliados. Vale la pena destacar que la obligación de garantizar el servicio de salud era indelegable y así lo señaló expresamente el artículo 50 del Acuerdo 244 del 2003 del Consejo de Seguridad Social en Salud. Por ello los contratos, en desarrollo del Acuerdo mencionado, establecían que *"las responsabilidades del aseguramiento de la población afiliada y la administración del riesgo en salud le corresponden de manera indelegable a EL CONTRATISTA y en consecuencia EL CONTRATISTA no podrá ceder sus responsabilidades a terceros"*.

Por otra parte, como contraprestación a sus obligaciones, la entidad promotora tenía derecho a recibir la unidad de pago por capitación por cada afiliado. A este respecto es pertinente recordar que conformidad con el artículo 182 de la ley 100 de 1993 *"Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC"*.

Sobre este punto el H. Consejo de Estado ha precisado que la UPC-S tiene dos connotaciones bien definidas (concepto No 1496 del 12 de junio de 2003):

"a. Se trata de la remuneración a que tiene derecho la ARS por los riesgos cubiertos. La UPC-S es un valor de aseguramiento. Dice la Corte Constitucional sobre esta característica, en sentencia C-1480/00:

*"En efecto, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el sistema a sus usuarios, la ley diseñó la Unidad de Pago por Capitación -UPC- (UPC para el régimen contributivo y UPC-S para el Subsidiado), como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud -POS para el Contributivo y POS-S para el subsidiado-) que ofrece el Sistema. **Así, se entiende la UPC como el valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera**, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. **En virtud de lo anterior, mensualmente cada EPS o ARS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del RC y total (sic) parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el caso del RS**". (Negrilla fuera de texto).*

"b. Constituye el monto calculado del costo del servicio. Según la Corte Constitucional, Sentencia C-828/01:

*"La Unidad de Pago por Capitación **no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería**. Esto significa, la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización.". (Negrilla fuera de texto).*

Por otra parte, de conformidad con los contratos, la contratante debía pagar (cláusula 7ª, numeral 7º) *"en forma anticipada y por bimestres, a través del Fondo Financiero Distrital de Salud, las UPCS correspondientes a los afiliados contratados, dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre, (...)"*. En este punto debe destacar el Tribunal que el pago se realizaba en forma anticipada y por bimestre, esto es, que al inicio de cada bimestre la entidad promotora recibía la suma correspondiente a los servicios que debería garantizar a sus afiliados durante el respectivo bimestre.

Para determinar el valor respectivo los contratos establecieron que la entidad contratante debía (cláusula 2ª) *"8) Calcular las UPCS resultantes a pagar, teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados de cada EPS-S, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes, de acuerdo con lo contemplado por el artículo 31 del Decreto 50 de 2003."* En tal sentido se dispuso igualmente que (cláusula 8ª) *"El cálculo de las UPCS a pagar, se realizará teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados entregada a EL CONTRATISTA, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes."* De este modo, el valor a pagar correspondía al valor que arrojará aplicar el valor de la UPCS a las bases de datos de los afiliados. Sin embargo, dicho valor era susceptible de ajustes por razón de las novedades que se presentaran, las que por lo demás debía reportar la entidad promotora.

Es importante señalar que los contratos igualmente dispusieron que (cláusula décima cuarta) *"Los gastos de administración de EL CONTRATISTA serán los que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud durante la ejecución del presente contrato"*. Lo anterior implicaba entonces que no existía libertad por parte de la entidad promotora de destinar los recursos recibidos a la prestación de servicios de salud en la proporción que considerara conveniente, sino que los propios contratos, en concordancia con el ordenamiento que rige la materia, sólo permitían tomar un determinado porcentaje para gastos de administración, debiendo invertir el monto restante en la prestación de servicios de salud. Lo además obedecía al hecho de que la UPC es el resultado del costo de prestación del servicio en condiciones adecuadas.

Dado el papel fundamental que dentro del sistema tiene el pago correcto de la UPCS, dentro de las obligaciones de las partes, además de aquellas que corresponden a administrar los recursos del sistema y garantizar los servicios de salud a los afiliados, por parte de la entidad promotora, y la de realizar el pago de la UPC, se previeron otras en punto a evitar el múltiple pago de UPCS y la entrega y actualización de las bases de datos.

En tal sentido se previó a cargo de la entidad contratante la obligación de (cláusula 2ª): *"5) Evitar el múltiple pago de UPCS por un mismo afiliado o cualquier pago indebido de UPCS dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y no reconocer UPCS de personas que estén siendo compensadas en el Régimen Contributivo y/o aparezcan multiafiliadas en el Régimen Subsidiado y/o estén atendidas por regímenes excepcionados, tal y como lo establece el inciso 3º del artículo 22 del decreto 50 de 2003."*

Igualmente se obligó la entidad contratante a (cláusula 2ª): *"6) Entregar al CONTRATISTA, la base de datos de afiliados al Régimen Subsidiado que hacen parte del presente contrato, depurada y actualizada en cumplimiento de los requerimientos del Sistema de Información definidos en las resoluciones 890 y 1375 de 2002 y las*

demás normas que la adicionen, modifiquen, aclaren o complementen, Constituir, depurar y actualizar las bases de datos de afiliados al Régimen Subsidiado, de conformidad con los requerimientos del sistema de información definidos por las resoluciones 890 y 1375 de 2002 y las demás normas que adicionen, modifiquen, reglamenten, aclaren o complementen”.

Por su parte, entre las obligaciones del contratista, la cláusula tercera estableció la de “3) *Entregar dentro de los tres (3) días siguientes a la suscripción del presente contrato de aseguramiento, a la red prestadora de servicios, los listados o bases de datos correspondientes, identificando en ellos, los afiliados en continuidad, los afiliados que vienen con carné de vigencia anual y los nuevos afiliados*”. Así mismo, contempló el deber de “5) *Entregar mensualmente al CONTRATANTE, el archivo de Novedades de los afiliados contratados dentro de los diez (10) días calendario del mes,...*” y “6) *Actualizar los listados o bases de datos de afiliados, según su reporte de novedades, y entregarlos a la red prestadora contratada y al CONTRATANTE dentro de los cinco (5) primeros días del mes correspondiente*”.

Por otro lado, los Contratos establecieron como responsabilidad conjunta de las partes (cláusula 4ª) “1) *Constituir, depurar y actualizar las bases de datos de afiliados al Régimen Subsidiado de conformidad con los requerimientos del sistema de información definidos por el Ministerio de la Protección Social*”.

A este respecto considera procedente el Tribunal aclarar que si bien se estableció una obligación para ambas partes de constituir, depurar y actualizar las bases de datos, el propio contrato contiene otras reglas sobre esta materia que permiten precisar el alcance de las obligaciones de las dos partes en esta materia. En efecto, del examen las obligaciones de la contratante se desprende que en principio correspondía a ella la labor de constitución, depuración y actualización de dichas bases de datos, y a la contratista realizar la actualización en lo que se refiere a las novedades, así como también a las demás informaciones de las cuales ella dispusiera.

Adicionalmente, los Contratos regularon los intereses de mora, previendo al efecto como aplicable (cláusula 10ª) “*la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN*”.

También señalaron (cláusula vigésima sexta) que se entendían incorporadas a su texto 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. Así mismo en los contratos se estipuló la posibilidad de su liquidación unilateral.

De todo lo expuesto resulta que los contratos celebrados entre las entidades territoriales y las EPS tienen el carácter de contratos atípicos, en la medida en que no se encuentran regulados en punto a su contenido por el ordenamiento. Así mismo tienen carácter bilateral, pues imponen obligaciones a ambas partes, son onerosos y de ejecución sucesiva. Vale la pena señalar que concepto No. 1065 del 11 de marzo de 1998 el Consejo de Estado precisó que tales contratos eran conmutativos *“por cuanto las EPS se obligan a asegurar, administrar y ejecutar los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud que garanticen la prestación de los servicios de salud a las personas de escasos recursos - relacionadas con el listado de focalización- y las entidades estatales les reconocen un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación, UPC, la que se establece en razón al perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en las condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.”*

5.4. LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Efectuadas las anteriores consideraciones generales, corresponde al Tribunal abordar el estudio de la controversia sometida a su consideración, para lo cual habrá de analizar inicialmente el alegado incumplimiento contractual que la convocante imputa a la convocada y posteriormente, si a ello hay lugar, los efectos de ese incumplimiento.

5.4.1. ESTUDIO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Sobre este aspecto, la discrepancia de las partes se encuentra relacionada con la reclamación que realiza SALUD TOTAL a la Secretaría Distrital de Salud, como consecuencia del presunto incumplimiento de los contratos Nos. 0027 de 2004 y 0427, 0435 y 0436 de 2005.

La Convocante considera que la Secretaría incumplió los contratos al hacer descuentos injustificados y retroactivos, máxime cuando la responsabilidad de entregar y mantener una base de datos actualizada era de la entidad demandada. Por su parte, la Convocada estima que estaba en todo su derecho de hacer los descuentos, por cuanto el mecanismo acordado suponía una forma anticipada de pagos, sin perjuicio de los ajustes que podían hacerse por las novedades que se presentaran.

Así las cosas, corresponde al Tribunal analizar los puntos neurálgicos del litigio tales como las obligaciones de las partes frente a la actualización de las bases de datos, el concepto de las UPCS, la razonabilidad de los ajustes por novedades, las obligaciones de las partes para evitar pagos indebidos con los recursos del Sistema, etc.

5.4.1.1. ESTUDIO DE ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

5.4.1.1.1. LAS BASES DE DATOS.

A. ELABORACIÓN: En primer término aborda el Tribunal el estudio del sistema de información sobre la población afiliada y a quién correspondía la obligación de mantener actualizadas las bases de datos que se anexaron a los contratos.

Es evidente anticipar que para que los contratos de administración y aseguramiento previstos en la ley puedan desarrollarse, es indispensable contar con un sistema de información y unas bases de datos confiables, que permitan identificar claramente la población afiliada. Precisamente la normatividad ha sido especialmente prolífera en reglamentar la forma de llevar a cabo la información y en señalar las entidades responsables de la misma. En particular, ha previsto mecanismos de cruce de datos que permitan depurar al máximo el listado de afiliados y evitar pagos de lo no debido dentro del Régimen Subsidiado.

Para ahondar en su estudio en seguida se hace un breve recuento ilustrativo sobre las normas relativas al sistema de información en el Régimen Subsidiado, a la responsabilidad de las entidades integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud con respecto a la información y al deber de hacer cruces de bases de datos para depurar la información.

En torno a dicho asunto el Decreto 723 de 1997 dicta:

"ARTICULO 8o. OBLIGACIÓN DE SUMINISTRAR INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.- Las entidades territoriales deberán disponer y suministrar a las entidades administradoras del régimen subsidiado y a los eventuales beneficiarios de subsidios, como mínimo la información que se describe a continuación, sin perjuicio de las demás exigencias contenidas en las diferentes normas:

- Lista de beneficiarios del régimen subsidiado conforme a la priorización fijada por las normas y la disponibilidad de recursos, actualizada dentro de los primeros cinco días de cada mes, estableciendo la entidad administradora a la cual se encuentran afiliados.

- Lista de espera de las personas identificadas como potenciales beneficiarias del régimen subsidiado, con el nivel de SISBEN o su equivalente, actualizada dentro de los cinco primeros días de cada mes."

A su vez el Decreto 1281 de 2002, en sus artículos 5º y 6º establece:

"ARTÍCULO 5o. SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN DEL SECTOR SALUD. Quienes administren recursos del sector salud, y quienes manejen información sobre la población incluyendo los regímenes especiales o de excepción del Sistema General de Seguridad Social en Salud, harán parte del Sistema Integral de Información del Sector Salud para el control de la afiliación, del estado de salud de la población y de los recursos y responderán por su reporte oportuno, confiable y efectivo de conformidad con las disposiciones legales y los requerimientos del Ministerio de Salud. Corresponde al Ministerio de Salud definir las características del Sistema de Información necesarias para el adecuado control y gestión de los recursos del sector salud y a la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con tales definiciones, impartir las instrucciones de carácter particular o general que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

"Cuando el incumplimiento de los deberes de información no imposibilite el giro o pago de los recursos, se debe garantizar su flujo para la financiación de la prestación efectiva de los servicios de salud. En todo caso, procederá la imposición de las sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y las demás acciones de carácter administrativo, disciplinario o fiscal que correspondan.

"ARTÍCULO 6o. CRUCES DE BASES DE DATOS. La Registraduría Nacional del Estado Civil, las Cámaras de Comercio, las entidades que administren regímenes de excepción de la Ley 100 de 1993, y todas aquellas que manejen información que resulte útil para evitar pagos indebidos con recursos del sector salud, deberán suministrar la información y las bases de datos que administren, con la oportunidad que las requieran el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud para su procesamiento directo o a través del administrador fiduciario del Fosyga".

Por su parte el artículo 5º de la Resolución 890 de 2002 determina que:

"(...) para el control de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las EPS y demás EOC y las ARS deberán efectuar cruces y validaciones entre los afiliados incluidos en la base de datos que como requisito para la autorización de funcionamiento por parte de La Superintendencia Nacional de Salud alude el numeral 4 del artículo 180 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, efectuarán cruces y validaciones entre su base de datos y la consolidada suministrada por el Administrador Fiduciario del FOSYGA. Lo anterior con el propósito de evitar cobros o pagos indebidos de UPC, para lo cual, además de lo que estime pertinente cada entidad,

tendrá en cuenta lo siguiente...”, y a continuación se describe detalladamente la manera de hacer los cruces de información.

Igualmente el Decreto 050 de 2003 reglamenta la información en el Régimen Subsidiado así:

“Artículo 22.- INFORMACIÓN DE AFILIADOS AL RÉGIMEN SUBSIDIADO.- Cada dos (2) meses el Ministerio de Salud, efectuará los cruces de las bases de datos de afiliados del Régimen Subsidiado entre sí, con las bases de datos de afiliados al Régimen Contributivo y a los regímenes especiales. El Ministerio de Salud reportará las inconsistencias a la entidad territorial con el fin de que proceda a efectuar los ajustes correspondientes en las bases de datos de afiliados y de ser necesario, sobre los pagos que deban realizarse a las entidades Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que tienen los municipios, distritos y departamentos de efectuar los cruces de información de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud al interior de cada entidad territorial.

“Una vez efectuados los cruces de las bases de datos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Ministerio de Salud deberá remitir la información actualizada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para efectos del mantenimiento del Registro Único de Aportantes, RUA.

“Sin perjuicio de la responsabilidad de los entes territoriales y de las Administradoras del Régimen Subsidiado, el Ministerio de Salud adoptará los mecanismos conducentes para evitar el múltiple pago de UPC por un mismo afiliado o cualquier pago indebido de UPC dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, e informará las inconsistencias a la entidad territorial respectiva para que de ninguna manera se reconozca UPC dentro del Régimen Subsidiado sobre personas que estén siendo compensadas en el Régimen Contributivo y/o aparezcan multifiliadas en el Régimen Subsidiado y/o estén atendidas por regímenes excepcionados.”

Por su parte mediante el Acuerdo 244 de 2003, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS- determinó las condiciones para el acceso de los usuarios al Régimen Subsidiado, así como la obligación de diferentes entidades que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud de verificar el cumplimiento de dichas condiciones para efectos de mantener la afiliación. El artículo 4º establece la manera de identificar a los afiliados por distintos actores; por ejemplo el Instituto Colombiano de Bienestar familiar debe identificar a la población infantil y a los núcleos familiares de madres comunitarias, las alcaldías municipales a los indigentes, la Red de Solidaridad Social a los desplazados, la Secretaría Especial para la Reinserción del

Ministerio del Interior a la población desmovilizada, los gremios agrícolas a la población rural migratoria y las autoridades de resguardo a las comunidades indígenas. En cuanto a las entidades encargadas de identificar las poblaciones señala dicho Acuerdo: "deberán garantizar la calidad de la información reportada a las entidades territoriales respectivas. De igual manera deberán reportar mensualmente, a la entidad territorial correspondiente, todas las novedades que determinen la exclusión de los listados suministrados inicialmente, si a ello hubiere lugar";

Igualmente el artículo 9º del Acuerdo determina en forma concreta la responsabilidad de la entidad territorial en torno al suministro de la base de datos:

"ARTÍCULO 9º.- RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN.- La aplicación, implementación, administración y calidad de la información de la encuesta Sisbén y de los listados censales de su competencia, será responsabilidad del alcalde del respectivo municipio o distrito y cuando se trate de corregimientos departamentales será responsabilidad del Gobernador de acuerdo con los parámetros definidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes.

"Será responsabilidad del alcalde del respectivo municipio o distrito y del gobernador, cuando se trate de corregimientos departamentales, garantizar que la base de datos de afiliados contenga la información con la estructura técnica establecida en las Resoluciones 890 y 1375 de 2002 del Ministerio de Salud y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan, la cual será remitida al Ministerio de la Protección Social.

"Igualmente deberán garantizar que las bases de datos de potenciales beneficiarios y priorizados contengan la información con la estructura técnica establecida por el Ministerio de la Protección Social que serán remitidas al departamento para su consolidación y posterior remisión al Ministerio de la Protección Social, entre los ciento cincuenta (150) y ciento veinte (120) días previos al inicio del período de contratación con el fin de consolidar, verificar y proteger la información.

"El incumplimiento de lo previsto en el presente artículo dará lugar a la imposición de sanciones administrativas, disciplinarias, fiscales y penales por las autoridades competentes, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

"Las entidades territoriales podrán celebrar convenios y/o contratos con universidades públicas o privadas, con recursos diferentes de los del

Régimen Subsidiado, para apoyar la gestión de verificación de que trata el presente artículo."

Asimismo, en los artículos 28 y siguientes del Acuerdo 244 se reglamentan los cruces periódicos de las bases de datos de los afiliados del Régimen Subsidiado con el Régimen Contributivo, con el fin de evitar múltiples afiliaciones. Sobre este último aspecto igualmente el artículo 5º de la Resolución 1149 de 2006 del Ministerio de Protección Social, señaló:

"RESPONSABILIDADES EN EL CRUCE DE BASES DE DATOS.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 49 del Decreto 806 de 1998 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, las EPS, ARS y EOC, para el control de la multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán efectuar cruces y validaciones entre los afiliados incluidos en su base de datos.

"El Administrador Fiduciario del Fosyga actualizará la base de datos única de afiliados con las novedades reportadas, ejercerá control total sobre la información y efectuará los cruces que considere necesarios, con base en los datos de los afiliados, garantizando que en el respectivo cruce el afiliado exista una y solo una vez, teniendo especial cuidado en el caso del mismo afiliado con diferente tipo o número de documento de identidad.

"La Base de Datos Única de Afiliados constituye la herramienta para el ejercicio de las funciones de dirección y regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud así como para el flujo de recursos, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes".

Es indudable pues constatar que el aludido sistema ha previsto que los contratos de administración y aseguramiento, de los cuales por demás se derivan la relación aquí debatida, requieren contar con un sistema de información y unas bases de datos confiables con la finalidad de identificar claramente la población afiliada.

Ahora bien, en torno a quién correspondía la obligación de mantener actualizadas precisamente dichas bases de datos, habrá que indicar que la normatividad y las cláusulas contractuales hacen evidente la obligación de entregar debidamente actualizadas y depuradas las bases de datos por parte de las autoridades locales en salud -aquí la Secretaría Distrital de Salud-. Al respecto la Cláusula Segunda del contrato no requiere de interpretación alguna según su claro tenor:

"6). Entregar a EL CONTRATISTA la base de datos de afiliados al régimen subsidiado que hace parte del presente contrato, depurada y actualizada en cumplimiento de los requerimientos del Sistema de Información definidos

en las resoluciones 890 y 1375 de 2002 y las demás normas que adicionen, modifiquen, reglamenten, aclaren o complementen. Constituir, depurar y actualizar las bases de datos de afiliados al régimen subsidiado, de conformidad con los requerimientos del Sistema de Información definidos en las resoluciones 890 y 1375 de 2002 y las demás normas que adicionen, modifiquen, reglamenten, aclaren o complementen." (Subrayado fuera de texto).

Como obligación de la EPS, la Cláusula Tercera del contrato en su numeral quinto, indicó:

"5) Entregar mensualmente a EL CONTRATANTE, el archivo de novedades de los afiliados contratados dentro de los diez (10) días calendario del mes, y el informe de ejecución de las actividades de promoción y prevención que le correspondan, de conformidad con la reglamentación aplicable para estos efectos;" (Subrayado fuera de texto).

Estas obligaciones en torno a las depuraciones de las bases de datos también se ratifican en la Cláusula Cuarta, según la cual las partes deben, respondiendo cada actor con sus especiales encargos al respecto y que serán luego objeto de ampliación, surtir lo siguiente:

"1) Constituir, depurar y actualizar las bases de datos de afiliados al régimen subsidiado de conformidad con los requerimientos del sistema de información definidos por el Ministerio de la Protección Social".

B. LOS AJUSTES A LAS BASES DE DATOS: El contenido del contrato objeto de análisis permite concluir que existen dos momentos distintos para determinar la oportunidad de la información, a saber, en la fecha de suscripción de los contratos y en la ejecución posterior de los mismos.

En primer lugar, antes de iniciar cualquier contrato para la administración del régimen subsidiado, de conformidad con el artículo 7º del Acuerdo 244 de 2003⁶¹, las alcaldías municipales deben elaborar las listas de potenciales beneficiarios del régimen subsidiado clasificados en los niveles 1 y 2 de la encuesta Sisbén⁶² y de los listados censales, según los criterios indicados en dicha norma. Con lo cual es claro que las direcciones distritales o locales de salud se encargan de la selección de los usuarios

⁶¹ Este artículo fue posteriormente modificado por el artículo 4 del Acuerdo 253 de 2003 y más recientemente por el artículo 1 del Acuerdo 331 de 2006.

⁶² El SISBEN es un sistema de información por medio del cual se permite censar a la población y conocer su nivel socioeconómico, preparados por las Secretarías o Departamentos de Planeación de los entes territoriales, para luego incluir dentro del Régimen Subsidiado de Salud a aquella población en estado de vulnerabilidad o pobreza que no les permita cotizar en el régimen contributivo de salud.

que pueden ser beneficiarios del régimen subsidiado⁶³, es decir, son pues estas entidades las que definen quiénes pueden ser los beneficiarios del sistema dentro de dicho régimen.

Al efecto señalan, los numerales 4º y siguientes del artículo 11 del Acuerdo 244 o siguiente:

"4. Las entidades territoriales a través de las direcciones departamentales, municipales o distritales de salud, convocarán a los potenciales beneficiarios de los subsidios a participar del proceso de libre elección. El período de afiliación se llevará a cabo por acto público, entre los noventa (90) y treinta (30) días calendario antes de iniciarse un nuevo período de contratación o de adición por ampliación de cobertura a los contratos vigentes. Durante este proceso la Entidad Territorial deberá garantizar que no se presente multiafiliación a las ARS.

"5. Vencido el período de que trata el numeral anterior y dentro de los veinte días calendario realizará un acto público, con el objeto de que se ocupen los cupos disponibles según las prioridades establecidas en el presente acuerdo, teniendo en cuenta el número de personas que no acudieron en la primera convocatoria, para lo cual citará en estricto orden del listado de priorizados, a nuevos potenciales beneficiarios.

"6. Una vez escogida la Administradora del Régimen Subsidiado e iniciado el período de contratación respectivo, el afiliado no podrá revocar su voluntad de afiliación durante los próximos tres años.

"7. En el caso en que un potencial beneficiario no haya hecho uso del derecho de libre elección habiendo sido convocado, dentro de los términos establecidos en el presente acuerdo, deberá esperar para su afiliación, hasta el siguiente período de contratación dependiendo de la disponibilidad de recursos."

Por consiguiente, con respecto al régimen subsidiado es de mencionar que la información originaria de donde se desprende la afiliación de los usuarios para las diferentes ARS, tiene como única fuente y responsable, las bases de datos suministradas por los entes territoriales^{64 65}.

⁶³ La Ley 715 de 2001, dentro de las funciones y competencias de los municipios y de los distritos establece la de identificar a la población pobre y vulnerable dentro de su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del régimen subsidiado; artículos 44 y 45 de la citada Ley.

⁶⁴ Es por ello que, según lo visto, el artículo 9º del Acuerdo 244 expresamente señala que la aplicación, implementación, administración y calidad de la información de la encuesta SISBEN y de los resultados censales serán responsabilidad del respectivo alcalde municipal o distrital, siendo responsabilidad de ellos garantizar que la base de datos de afiliados contenga la información con la estructura técnica establecida en las resoluciones reglamentarias. De otra parte, a la letra del artículo 10º íbidem también se responsabiliza al Ministerio de la Protección Social de revisar y verificar los listados enviados por los entes territoriales para efectos de corregir cualquier irregularidad que se presente en los mismos.

Sin embargo, esa información inicial o base de datos primaria no es inmodificable. Por el contrario, de conformidad con las normas y el contrato, se encuentra atada a ajustes posteriores que pueden presentarse a lo largo de la ejecución contractual.

Valga la pena anotar que la persona o núcleo familiar beneficiaria del régimen subsidiado, permanecerá en el mismo salvo que por circunstancias expresamente señaladas en la ley deban ser excluidas o suspendidas de dicho régimen. Al efecto el artículo 10 del precitado Acuerdo 244, claramente establece que una vez afiliada una persona, si se adelanta un proceso de verificación de información y se encuentra que esta persona no era apta para pertenecer al régimen subsidiado, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se verifique la carencia de requisitos, mediante acto administrativo susceptible de los recursos por vía gubernativa podrá ser excluido del régimen subsidiado. Así las cosas, una vez verificada la falta de requisitos, se deberá seguir el debido proceso para desvincular al usuario, notificándosele de la resolución tomada mediante acto administrativo, notificación que debe realizarse de conformidad con los rituales legales. Contra este acto el beneficiario podrá interponer los recursos por vía gubernativa y por lo tanto, hasta que no quede en firme el acto, no se puede excluir al beneficiario. Este es el único mecanismo que contempla la ley para efectos de excluir al usuario. A partir de lo dicho también, no se puede excluir el usuario sin el cumplimiento de todos los requisitos formales y procesales.

Sobre el tema de la modificación en curso de la ejecución de los contratos de aseguramiento, mención especial merece el fenómeno de la multifiliación. El citado Acuerdo define los casos en que se presenta la multifiliación, la cual se da en los siguientes eventos: cuando el afiliado pertenece al mismo tiempo al régimen subsidiado y al contributivo; cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado y está afiliados dos veces en la misma ARS; cuando el usuario está simultáneamente afiliado al régimen subsidiado en dos ARS diferentes dentro del mismo ente territorial o en diferentes circunscripciones municipales.

El Acuerdo reglamenta cada caso en particular e igualmente fija los efectos que de esta múltiple afiliación se desprenden. Así, cuando la multifiliación se presenta entre el

⁶⁵ Evidentemente son las entidades territoriales las obligadas a tener el contacto inicial con los potenciales afiliados al régimen subsidiado y para ello deben tener en su poder cierta información acerca de estos usuarios, información que es la que sirve de base para determinar si es apto o no para ser candidato a afiliarse al régimen de salud, e igualmente esta información es la que sirve de base para que posteriormente sean afiliados por los distintas ARS. Asimismo la afiliación se inicia con la firma del Formulario Único Nacional de Afiliación y Traslado, formulario que debe ser radicado por el usuario ante la ARS, quien a su vez tiene la obligación de expedirle el carné en el cual consta la afiliación y para todos los efectos legales, la norma señala que la afiliación tiene vigencia a partir del primer día en que entre en vigencia el contrato de afiliación suscrito entre el ente territorial y la ARS. Sobre la obligación de carnetizar a los usuarios indica el artículo 18 ibídem: "Artículo 18. Carnetización. Todo afiliado al Régimen Subsidiado deberá identificarse con la presentación del carné de uso exclusivo e indelegable, que deberá ser expedido por la respectiva Administradora del Régimen Subsidiado al momento de su afiliación y entregado a cualquier miembro mayor de edad, del núcleo familiar. El carné tendrá una vigencia indefinida mientras permanezca con la respectiva Administradora del Régimen Subsidiado y caducará en el momento en que se pierda la condición de afiliado al Régimen Subsidiado.

régimen contributivo y el subsidiado, se deberá seguir el debido proceso antes mencionado para su desafiliación y solamente hasta que éste se surta y quede en firme el acto administrativo que excluye al usuario, se desafiliará al usuario al régimen subsidiado y se le dejará de pagar a la ARS la UPC correspondiente a este usuario. Lo anterior es diamantamente expresado por el artículo 29 ibídem:

"Artículo 29. MÚLTIPLE AFILIACIÓN A LOS REGÍMENES CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO. Cuando se presente múltiple afiliación a los regímenes contributivo y subsidiado se seguirá el siguiente procedimiento:

"1. Cuando la entidad territorial detecte un formulario de afiliación al régimen subsidiado de una persona que esté afiliada y compensada al régimen contributivo, con anterioridad a la suscripción de los contratos de régimen subsidiado, cancelará dicho formulario, y le enviará comunicación al afiliado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, indicándole la imposibilidad de afiliarse al régimen subsidiado.

"2. Cuando la entidad territorial detecte múltiples afiliaciones a los regímenes contributivo y subsidiado, sin que haya existido previo aviso del afiliado, durante la ejecución de los contratos de aseguramiento, ordenará la exclusión de los afiliados mediante acto administrativo motivado, expedido por la entidad territorial, contra el cual procederán los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Una vez el acto administrativo quede en firme se notificará a las administradoras de régimen subsidiado la cancelación de la afiliación incluyendo el grupo familiar definido en el presente acuerdo. A partir del momento en que se notifique esta orden a las Administradoras del Régimen Subsidiado no se reconocerá Unidad de pago por Capitación por dichas personas." (Se subraya)

En complemento de lo anterior, si la multiafiliación se produce dentro del régimen subsidiado, distinto es el tratamiento dependiendo si ella se presenta en una misma ARS o, por el contrario, en dos ARS diferentes. Si la multiafiliación se presenta dentro de la misma ARS, se parte de la base de que la ARS debería tener el nivel de información suficiente para no afiliar dos veces a un mismo usuario, y en tal este caso, se le obliga a que solamente deje vigente una afiliación sin necesidad de informar al usuario y se le obliga a restituir al ente territorial las UPC-S que hubiese recibido en exceso con los respectivos intereses moratorios, devolución que deberá realizar dentro de los 10 días siguientes a la notificación que para tal efecto realice el ente territorial. Lo anterior, sin perjuicio de las demás sanciones que pueda tener la ARS⁶⁶. En cambio, si la multiafiliación se presenta dentro del régimen subsidiado entre distintas ARS,

⁶⁶ Artículo 31 del Acuerdo 244 de 2003.

pero dentro del mismo ente territorial, detectando dicha multifiliación una vez iniciada la contratación entre el ente territorial y la ARS, la dirección de salud territorial procederá a escoger la ARS, procediendo a notificar a las ARS involucradas y al multifiliado, caso en el cual la UPC-S se dejará de pagar a la ARS a la cual estaba multifiliado pero que no fue escogida por el ente territorial, pago de UPC-S que se dejará de realizar a partir de dicha notificación. Por último, si la multifiliación al régimen subsidiado se presenta en diferentes entes territoriales, y esta multifiliación es detectada por el Ministerio de la Protección Social, dicho Ministerio notificará sobre el particular a los entes territoriales y quedará vigente la afiliación correspondiente a la encuesta del SISBEN más reciente. En este caso la UPC-S correspondiente se le dejará de pagar a la ARS no seleccionada a partir de la fecha de notificación acerca de la multifiliación.

Obsérvese entonces, que de acuerdo con estas disposiciones, la única responsabilidad que asume una ARS cuando se presenten multifiliados, es en el evento en que dicha multifiliación se dé dentro de la misma ARS, en cuyo caso, según lo visto, la ARS se obliga a restituir las UPC-S correspondientes con los respectivos intereses moratorios causados. Por consiguiente, es de inferir que en los demás casos de multifiliados (entre el régimen contributivo y subsidiado, entre diferentes ARS, entre diferentes entes territoriales), la ARS no estaría obligada a restituir de manera retroactiva la UPC-S, y solamente se suspenderá el pago de la UPC-S al momento en que se notifique la presencia de la multifiliación.

5.4.1.1.2. LA RAZONABILIDAD DE LOS AJUSTES.

Visto como está que en varias cláusulas de los contratos en estudio se prevén expresamente los ajustes por novedades -y ello es lógico ya que durante su ejecución se presentan ajustes por que las bases de datos tienen el carácter de mudable-, se pasa ahora a analizar, en orden a desentrañar la controversia, cuáles de esos ajustes resultaban previsibles.

Indagando el concepto de "*novedad*" para el régimen contributivo, que es aplicable al subsidiado con los cambios pertinentes, tenemos que "*novedad*", es todo hecho que afecte el monto de las cotizaciones de los aportantes o de las obligaciones económicas que éstos tienen frente al sistema. Estas pueden ser permanentes o transitorias.

Las "*novedades transitorias*" son las que afectan temporalmente el monto de las obligaciones económicas a cargo del aportante, tales como incapacidades, suspensiones del contrato de trabajo y variaciones no permanentes del ingreso base de la cotización. Las "*novedades permanentes*" son las que afectan el valor base a cargo del aportante en relación con una determinada entidad administradora, tales como ingreso al sistema, cambio de empleador o retiro, traslado de entidad administradora y

cambio permanente de ingreso base de cotización, cambio de condición de independiente a dependiente o viceversa.⁶⁷

Según lo visto en varias cláusulas de los contratos en estudio, se prevén expresamente los ajustes por novedades, y ello es lógico ya que durante su ejecución se presentan ajustes. Ellos pueden provenir de la información producto de los cruces de bases de datos de la entidad territorial con otros actores del Sistema, o de las mismas novedades reportadas periódicamente por la ARS.

Al respecto el numeral 8º de la Cláusula Segunda, al referirse al cálculo de las UPC-S resultantes a pagar por parte de la Secretaría, advierte: "sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes", repitiendo a la letra el artículo 31 del Decreto 50 de 2003. Obligación correlativa tiene la misma ARS que se obliga a entregar mensualmente al CONTRATANTE el archivo de Novedades de los afiliados contratados dentro de los 10 días calendarios del mes (numeral 5 de la Cláusula tercera) y a actualizar los listados o bases de datos de afiliados, según su reporte de novedades, y entregarlos a la red prestadora contratada y a EL CONTRATANTE dentro de los primeros 5 días del mes (numeral 6 de la Cláusula tercera). Igualmente la Cláusula Octava al describir la forma de pago también consagra que el cálculo de las UPC-S se hará teniendo en cuenta las bases de datos entregadas "sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes". Por su parte el Parágrafo 1 de la misma cláusula dice: "*1. Cuando se presenten novedades que afecten la sumatoria total del valor de las UPCS resultantes inicialmente contratadas, se harán los ajustes necesarios, para determinar lo efectivamente adeudado a EL CONTRATISTA en relación con las UPCS resultantes; estos ajustes, deberán reflejarse en el valor a girar en el período pactado inmediatamente siguiente.*" (Subrayado fuera de texto).

De forma tal que este es el marco conceptual en el cual se encuadran los denominados ajustes, su oportunidad, sus causas y su razonabilidad.

5.4.1.1.3. FORMA DE PAGO DE LOS CONTRATOS.

5.4.1.1.3.1. LA RAZÓN DE SER DE LAS UPCS.

La unidad de pago por capitación (UPC) es un valor fijo anual que reciben del Sistema las entidades promotoras de salud, EPS, por la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, a cada uno de los afiliados, definas por el Consejo Nacional de Seguridad Social. En otros términos, es el mecanismo que la ley implementó para cubrir los costos que cada afiliado genera al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, en forma tal que la ARS recibe una UPCS por cada persona de

⁶⁷ Artículo 3º del Decreto 1406 de 1999.

las que componen la población afiliada a su cargo y con dicho ingreso procede a girar los pagos a cargo de la IPS para la prestación del servicio.

La ley 100 de 1.993 consagra esta modalidad de pago así:

"ARTICULO 182. DE LOS INGRESOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

"Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación, UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riegos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud".

De otro lado en cuanto a la oportunidad de dicho pago el art. 31 del Decreto 50 de 2003 señaló:

"Artículo 31. OPORTUNIDAD DEL GIRO. La entidad territorial deberá pagar a las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), las UPC correspondientes a sus afiliados en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez (10) 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 de cada Administradora del Régimen Subsidiado (ARS), sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes."

Al respecto de la figura de las UPCS la Jurisprudencia constitucional⁶⁸ ha sostenido:

"En tercer término, el establecimiento de planes únicos de salud, (el POS en el RC y el POS-S en el RS), financiados con las llamadas UPC en el RC (Unidades de Pago por Capitación) y las UPC-S en el RS, deberían evitar que la introducción de ciertos mecanismos de competencia, a nivel de la prestación de los servicios de salud, pueda traducirse en una inequitativa segmentación del servicio de la salud. En efecto, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el sistema a sus usuarios, la ley diseñó la Unidad de Pago por Capitación -UPC- (UPC para el régimen contributivo y UPC-S para el Subsidiado), como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud -POS

⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional No. C- 1489 del 2 de Noviembre de 2000, Exp. 2872.

para el Contributivo y POS-S para el subsidiado-) que ofrece el Sistema. Así, se entiende la UPC como el valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. En virtud de lo anterior, mensualmente cada EPS o ARS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del RC y total o parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el caso del RS.

"En cuarto término, este mecanismo de las UPC estimula además, según estas perspectivas, la eficiencia de las EPS y de las ARS, así como la economía en la prestación de los servicios médicos por las IPS, pues sólo podrán subsistir aquellas entidades que logren un manejo competente de los recursos que reciben."

Dicha forma de pago es igualmente recogida en los contratos celebrados por las partes en los numerales 7 y 8 de la Cláusula Segunda, que rezan:

"7). Pagar a EL CONTRATISTA en forma anticipada y por bimestres, a través del Fondo Financiero Distrital de Salud, las UPCS correspondientes a los afiliados contratados, dentro de los (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre, según lo contemplado por el Art. 31 del Decreto 050 de 2003, 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.

8). Calcular las UPCS resultantes a pagar teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados de cada ARS, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes, de acuerdo con lo contemplado por el Art. 31 del Decreto 50 de 2003." (Subrayados fuera de texto).

Por consiguiente, el valor del contrato se obtiene multiplicando el valor de la UPCS por el número de afiliados de la base de datos que le fue entregada a la ARS. Igualmente la forma de pago está contemplada en la Cláusula Octava que señala que *"EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA las UPCSS correspondientes a sus afiliados, (...) en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre. El cálculo de la UPCS a pagar, se realizará teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados, entregada EL CONTRATISTA, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes."* (Subrayado fuera de texto).

5.4.1.1.3.2. LAS UPCS SON UN PAGO, NO UN SIMPLE ANTICIPO.

El Diccionario de la Lengua Española define así el término ANTICIPAR: *"Hacer que ocurra o tenga efecto alguna cosa antes del tiempo regular o señalado (...) Tratándose de dinero, darlo o entregarlo antes del tiempo regular o señalado. (...) y entiende por PAGO: la "Entrega de un dinero o especie que se debe"*

El artículo 1626 del Código Civil enseña: *"El pago efectivo es la prestación de lo que se debe"*. Y el 1627 dispone: *"El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes."*

Sobre el particular y a simple título de referencia, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite que: *"En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato."*

La noción de anticipo, pues, sugiere la entrega del dinero antes de que la parte deudora haya realizado la contraprestación que amerita el pago. En el mundo negocial es muy frecuente la entrega de anticipos que cumplen un doble objetivo, por una parte, asegurar la realización del contrato, y por la otra, proporcionar al contratista los recursos necesarios para iniciar la ejecución del contrato.

En concepto jurídico No. 7461⁶⁹ de febrero de 2006 de la Contraloría General de la República se analiza la diferencia entre el anticipo y el pago anticipado, que resulta ilustrativo sobre la materia:

"El anticipo es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, en otras palabras, es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, bajo estas condiciones se exige que el mismo sea amparado con una garantía consistente en una póliza de seguro correspondiente al 100% de su valor, como también que se amortice durante la ejecución del contrato.

"La amortización hace referencia al descuento que debe hacer la entidad estatal de la suma entregada al contratista, es decir que tales dineros no entran a formar parte del patrimonio del particular pues su finalidad es financiar el objeto contractual, por tanto poseen el carácter de dineros públicos.

⁶⁹ Tomado de la publicación CONCEPTOS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. CONFECÁMARAS. Boletín 1058.

"A diferencia del anticipo, el pago anticipado consiste en un pago parcial que el contratante realiza al contratista, en tal sentido las sumas percibidas ingresan al patrimonio de éste, mientras que los dineros que recibe como anticipo son en calidad de préstamo, quiere ello significar que el anticipo continua siendo de propiedad de la entidad pública y su inversión sólo procede en aspectos propios del objeto contractual.

"De conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Estatuto de Contratación Pública, es viable pactar anticipo y pago anticipado, de acuerdo con la especificidad del objeto contractual.

"El anticipo se estipula para aquellos contratos que por su naturaleza lo requieren tales como los de obra, toda vez que el contratista para dar inicio al objeto contractual debe realizar la contratación de la mano de obra y la adquisición de materiales, maquinaria u otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución del contrato." (Subrayado fuera de texto).

En un sentido análogo el Consejo de Estado ha dicho (sentencia de junio 22 de 2001 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente N° 13436):

"... La diferencia que la doctrina encuentra entre **anticipo y pago anticipado**, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como **anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.** (Subrayado y resaltado fuera de texto)

"En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato."

Revisando la forma de pago prevista en los contratos en estudio, se encuentra que el artículo 31 Decreto 50 de 2003 claramente establece que *"La entidad territorial deberá pagar a las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), las UPC correspondientes a sus afiliados en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre"*.

En concordancia con lo anterior, de acuerdo con los contratos, corresponde al Contratante: *"Pagar a EL CONTRATISTA en forma anticipada y por bimestres, a través del Fondo Financiero Distrital de Salud, las UPCS correspondientes a los afiliados contratados dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre (...)"* (Subrayado fuera de texto).

Como se puede apreciar las normas que regulan la materia claramente establecen que lo que recibe la ARS es un pago anticipado y no un anticipo, nociones que como ya se vio son jurídicamente distintas.

En concepto de este Tribunal la forma de pago estipulada no obedeció a la noción de "anticipo" en los términos expuestos, pues no se trató de un desembolso que se hiciera al inicio de los contratos como una forma de financiación al contratista, sino de una forma de pago ajustable por la necesidad de actualizarla permanentemente, debido a la vocación mutante de las bases de datos. Este ajuste podía hacerse en una doble vía, para aumentar afiliados o para eliminar afiliaciones. Los desembolsos bimestrales constituyeron, pues, un real pago y los ajustes que se hicieron no cambian su vocación para calificarlos como simples anticipos.

Finalmente, vale la pena destacar que en todo caso de conformidad con las normas que regulan la materia el pago se realizaba *"en forma anticipada por bimestres"*, esto es que el pago tenía por objeto retribuir la prestación del servicio en el respectivo bimestre, por lo cual una vez transcurrido dicho bimestre y por ello prestado el servicio, en todo caso se causaba sin ninguna duda el pago a favor de la EPS.

5.4.1.2. LA SITUACIÓN DEBATIDA EN CUANTO AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Lo primera consideración al respecto es que durante el curso del presente trámite arbitral no existió ni como manifestación, ni como excepción, ni como argumento de defensa, manifestación por parte de la Secretaría en la cual se le haya imputado incumplimiento a la Convocante. Igualmente las pruebas recogidas marchan en ese mismo sentido. Razones todas ellas por las cuales el Tribunal deberá centrar su examen en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad convocada, de conformidad con las consideraciones generales antes efectuadas.

Al respecto manifestó el apoderado demandante, que en el mes de agosto de 2006 la entidad contratante realizó un cruce de bases de datos con el RUA (Registro único de aportantes), en la que se consolidan los datos de los aportantes del sistema de pensiones, riesgos profesionales y salud. Producto de ese cruce de datos, la Secretaría de Salud decidió excluir de pago y suspender a los afiliados del régimen subsidiado que aparecían con afiliación a pensiones y riesgos profesionales, de igual forma excluyó y suspendió el servicio de salud a aquellos afiliados sobre los que tenía duda respecto a su documento de identidad. Lo anterior, según la demandante, desconoció las disposiciones de los contratos teniendo en cuenta que la contratante debía entregar una base de datos depurada y actualizada, ya que se produjo un descuento retroactivo entre el 1 de abril de 2004 y agosto de 2006, del valor que había girado a la ARS por concepto de sus servicios prestados, sin que legal ni contractualmente estuviera permitido.

Punto al que la Secretaría se opuso, indicando con respecto al cruce de base de datos realizado en ese momento, que una vez obtenido este cruce se evidenció que algunos afiliados al régimen subsidiado se encontraban afiliados en los mismos períodos al régimen contributivo, por lo que no era posible realizar un doble reconocimiento por un mismo servicio⁷⁰. Igualmente sostuvo la Secretaria de Salud que los registros correspondientes a los afiliados sobre los cuales se realizaría el descuento de las UPC-S descontadas tenía inconsistencias frente a la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, concluyendo la entidad, que estos registros no cumplían con las condiciones para su aseguramiento.

Varios aspectos debe tener en cuenta el Tribunal de Arbitramento en examen de la conducta contractual de la Convocada.

En primer lugar, el acervo probatorio ratifica que la entidad suministró al inicio de cada uno de los contratos celebrados con Salud Total la base de datos inicial de afiliados, con lo cual, amén de dar curso a lo establecido normativa y contractualmente, la Secretaría concretaba la población que iba a ser objeto de aseguramiento. De forma tal, que la información fuente u originaria de donde se desprendió la afiliación de los usuarios para la EPS, tuvo como única fuente y responsable las bases de datos suministradas por la Convocada. Ciertamente, como ya se había dicho, era el ente territorial quien a través de la lista del SISBEN le informaba a las ARS cuáles son las personas opcionadas para optar por el régimen subsidiado. De tal manera que, fue el ente territorial quien tenía la responsabilidad de suministrar información acerca de los potenciales usuarios, pues se repite, con fundamento en ésta es que se realizaba el proceso de afiliación.

⁷⁰ Los hechos que motivaron la presentación de la demanda surgen de documento denominado Giro Bimestral Anticipado a ARS en Régimen Subsidiado, Método de Reliquidación de Giros Vigencia 2004 - 2006 Bimestre Agosto - Septiembre 2006, Reconstrucción Vigencia Contractual 2004 - 2006 para Liquidación Final del 4 de septiembre del 2006 (Prueba documental aportada por la Secretaría Distrital de Salud).

De otro lado, es también constatable, según obra en prueba documental⁷¹ y en el peritazgo⁷², que la obligación concerniente a la EPS y contenida en el numeral quinto de la Cláusula Tercera del contrato, según la cual, era de su resorte entregar mensualmente a EL CONTRATANTE, el archivo de novedades de los afiliados contratados dentro de los diez (10) días calendario del mes, fue debidamente cumplida. Ciertamente se puede observar en el expediente que durante toda la vigencia de los contratos, Salud Total efectuó devoluciones de UPC-S para los casos en que detectó multifiliación. Precisamente en respuesta a la pregunta No. 1 del cuestionario presentado por la Convocada, el informe pericial señaló que Salud Total efectuó la devolución de \$111'276.107,71 por concepto de UPC-S de 4.155 afiliados por los cuales se detectó multifiliación, durante los 30 meses de duración de los contratos.

Así las cosas, es apreciable señalar que los contratos se desarrollaron normalmente durante la casi totalidad de su existencia y los reportes de ajustes al listado inicialmente entregado se hicieron sin contratiempos, excepción hecha del ajuste objeto de este litigio debido a que el aludido ajuste no correspondió a los periodos. Lo anterior se constata en los hechos del asunto y así lo hizo manifiesto incluso la misma Convocada en su alegato de conclusión⁷³: *"El FFDS - SDS en forma permanente realiza los ajustes y depuraciones a la base de datos del Régimen Subsidiado, ajustes que se ven reflejados a en cada período mensual y para el cual entrega a las EPSS una base de datos con la población a atender durante el período mensual, lógicamente esta base tiene ajustes y modificaciones una vez la EPSS inicia la ejecución mensual y se presentan las novedades de los afiliados, novedades que pueden afectar el subsidio otorgado (nacimientos, fallecimientos, ingreso al Contributivo, cambio de territorio) o simplemente aclarar la situación de los afiliados y su núcleo familiar (inconsistencias en nombres, apellidos, fecha de nacimiento, etc.)"*. (Subrayado fuera de texto).

Ciertamente es apreciable que el descuento hecho en el mes de agosto de 2006 no correspondió solo a ese bimestre sino que también cobijó situaciones o fenómenos frente a las bases que se presentaron desde el inicio del contrato. Por consiguiente, lo expuesto permite apreciar que los descuentos de agosto de 2006 no obedecieron a los ajustes periódicos previsibles de acuerdo con las novedades mensuales reportadas, sino, definitivamente, constituyeron una situación excepcional, que implicó cargos que se retrotrajeron al inicio de cada uno de ellos, sin perjuicio de las novedades que se

⁷¹ En el presente caso obra de conformidad con el Peritazgo que Salud Total efectuó la devolución de \$111'276.107,71 por concepto de UPC-S de 4.155 afiliados por los cuales se detectó multifiliación, durante los 30 meses de duración de los contratos (Contestación a la pregunta No 1 del cuestionario presentado por la Convocada).

⁷² En respuesta a la pregunta No 16 del cuestionario adicional, el Perito señaló que: "... se certifica tanto la remisión de la base de datos por parte de la ARS a la Secretaría de Salud o a la firma interventora durante el periodo de abril de 2004 a septiembre de 2006, como la fecha de remisión y el reporte de novedades mensuales de los afiliados ...".

⁷³ Página 13 de los Alegatos de la Convocada.

venían haciendo mensualmente. Para el Tribunal entonces, esta no era la posibilidad de ajustes prevista en el contrato, que por definición debía obedecer a las razones obvias de los cambios (nacimientos, fallecimientos, cambios de domicilio, afiliaciones a otros regímenes, etc.), sino ellos resultaron como consecuencia de haberse detectado fallas en la información inicial.

Se reitera entonces, los descuentos que se hicieron en los bimestres junio-julio y agosto-septiembre de 2006 no obedecieron a aquellos propios de la mecánica prevista en el contrato; muy por el contrario, constituyeron una situación extraordinaria, no previsible.

Así las cosas, se ratifica a partir de lo dicho que los descuentos realizados en los últimos dos bimestres de ejecución del contrato y que se proyectaron hacia el pasado, son ciertamente indicativos de que la base de datos inicialmente entregada a la EPS adolecía de vicios e inconsistencias, y en la medida, de conformidad con lo observado, que la responsabilidad de entregar este insumo al inicio del contrato, le correspondía a la Secretaría, dicha falla solo puede atribuírsele a ella. O lo que es lo mismo, de haberse tenido bases de datos depuradas y actualizadas, no hubiera hecho falta tal ajuste a la finalización contractual.

Entonces, como la población fue afiliada con fundamento en la base de datos suministrados para tal efecto por parte de la Secretaría⁷⁴, y siendo que la ARS tomó como información dicha base⁷⁵, si sobre dichos usuarios existían las multiafiliaciones u otras circunstancias impeditivas de su sostenibilidad en dicho régimen, la única responsable de estas circunstancias es la Convocada. Se insiste, es claro entonces que la Secretaría Distrital de Salud no puede venir a desconocer la base de datos que inicialmente suministró, ya que la consolidación de esa información recae en ella, dado, que nadie puede alegar su propia culpa en beneficio propio. De forma tal, que en el evento de presentarse irregularidades en la base de datos original, ellas no pueden ser imputables a la ARS, pues de conformidad con el régimen sobre la materia se escapan a su esfera de control y, muy por el contrario, son del resorte de entes

⁷⁴ Cuaderno Principal No. 1 folio 385.

⁷⁵ En la pregunta no. 1 del cuestionario inicial, se le preguntó al perito certificara el número de afiliados correspondientes a los bimestres junio-julio y agosto-septiembre. A lo que respondió: "Para el mes de junio del 2006 se incluían un total de 302.212 afiliados, de los cuales 252.341 se encontraban en estado activo, 43.016 en estado suspendido y 6.855 en otros estados, para el mes de julio del 2006 la inclusión de 302.933 afiliados, de los cuales 252.942 se encontraban en estado activo, 23.586 en estado suspendido y 26.405 en otros estados. Finalmente para el mes de agosto del 2006 se certificaron 303.525 afiliados, de los cuales 248.908 se encontraban en estado activo, 28.036 en estado suspendido y 26.581 en otros estados. Como ya se señaló para el bimestre junio- julio del 2006 fue cancelada la suma de \$7.208'599.987, sin embargo si tenemos en cuenta que en la base de datos correspondiente a ese periodo se incluyeron más de 252.942 afiliados activos para el mes de junio y 252.942 afiliados activos para julio, salud total debió haber recibido una suma aproximada de \$8.892'980.800, considerando que para ese momento según el acuerdo 322 del 2005 del CNSSS, mediante el cual se definió la UPC-S para ciudad de Bogotá, se recibía un valor aproximado mensual de \$17.600. Para el bimestre correspondiente a agosto-septiembre del 2006 salud total recibió la suma de \$1.878'667.663 por concepto de UPC-S, sin embargo dicha suma no guarda relación o correspondencia con los 248.908 afiliados en estado activo que se encontraban en la base de datos de ese periodo, por lo cual el valor que debió haber sido cancelado se aproximada a los \$8.761'561.600."

institucionales, tales como la Secretaría, quien, como se probó aquí, fue desde el principio la que suministró la base de datos al contratista, y quien además, debería haber realizado este control desde el principio de la ejecución de los contratos y no esperar hasta la finalización de los mismos para surtir tal operación.

De otro lado, según se vio antes, en la medida en que la ARS no contaba con los instrumentos para detectar múltiples afiliaciones con otras ARS en el mismo ente territorial, ni a nivel nacional, ni con el régimen contributivo, siendo esta responsabilidad exclusiva, tal como se anotó anteriormente del ente territorial y del Ministerio de la Protección Social, no resulta válido hacerla copartícipe de una obligación normativa y contractualmente asignada a otros entes. Entonces en caso de error o demora en surtir el cruce de información por parte de la Secretaría o del Ministerio, ello no puede comprender, o por lo menos no desde la óptica de la legítima confianza y la buena fe, la afectación de derecho ajeno y mucho menos sobre alguien frente al cual su mismo par contractual, en este caso la Secretaría, no esgrimió su incumplimiento.

Se desprende de lo anterior que la Convocada no cumplió con su obligación contractual establecida en el numeral 6º de la cláusula sexta del contrato de entregar una base de datos depurada y actualizada, pues los descuentos según aparece en el expediente se produjeron esencialmente por inconsistencias con la Registraduría y por multifiliación no atribuible a la EPS, lo que en últimas significa que la base de datos no estaba depurada ni actualizada. Pero por demás, también habría que advertir que tampoco se cumplió con la obligación de depurar la información con las bases de datos mensuales que la Secretaría enviaba a la EPS, pues estos afiliados suspendidos retroactivamente, como lo indica el peritazgo⁷⁶, siempre aparecían en los listados mensuales como activos y con base en ello se pago mes a mes la respectiva UPC. Más aún cuando de estos listados se derivaron los pagos de la EPS a la red de salud, según se desprende de la declaración del doctor Harold Hernán Cárdenas⁷⁷, en su condición de Director de Aseguramiento del Distrito, quien al respecto afirmó:

“Efectivamente el servicio fue prestado, fue reconocido, fue capitado, fue muy seguramente invertido gastos en salud, cirugía, eso es cierto como lo afirma la EPS...”

Igualmente en torno a la existencia de la red prestadora de servicios de salud, el Perito estableció en su dictamen⁷⁸ la existencia de 298 contratos y otrosís con 30 entidades prestadoras de servicios de salud, su vigencia, prórrogas, valores y modalidades, con

⁷⁶ La conclusión del peritaje fue que se identificaron 53.604 afiliados por los cuales se efectuó descuento retroactivo por un valor de \$6.995.997.697.76 (pregunta No. 4 del cuestionario adicional de la Convocante).

⁷⁷ Declaración de fecha 11 de febrero de 2008.

⁷⁸ Preguntas No. 9 del cuestionario inicial (página 30 y siguientes del informe pericial inicial) y No. 14 del cuestionario adicional de la Convocante (Página 127 y siguientes del informe pericial inicial).

los cuales se garantizó la prestación de los servicios de salud a la población afiliada mediante los contratos Nos. 027, 0427, 0435 y 0436, para la vigencia comprendida entre el 1º de abril del 2004 y el 30 de septiembre del 2006.

En adición a lo anterior, habrá que indicar que en la pregunta No. 10 del cuestionario adicional sometido a consideración del Perito por la parte Convocante se le solicitó al perito que se calculara para los usuarios descontados, los gastos médicos por capitación o evento, la póliza de alto costo y los gastos administrativos, llegando a las siguientes cifras que se encuentran acreditadas en el proceso: por capitación: \$3.733'666.695.45; por evento: \$1.220'562.458.00; póliza de alto costo: \$164.533.600 y por gasto administrativo: \$559'679.815.82, para un total de: \$5.514'073.466.87.

La Secretaria Distrital de Salud también ha pretendido justificar los mencionados descuentos por considerar que los pagos efectuados eran anticipos y no pagos definitivos. Argumenta que lo que establece la normatividad para el giro de los recursos producto de los contratos del Régimen Subsidiado es un mecanismo de giro anticipado de recursos, pero no puede pregonarse que ello sea un pago definitivo por cuanto los valores deben ajustarse conforme y teniendo en cuenta las diferentes novedades que se presenten en la ejecución del contrato. Sobre el particular el doctor Harold Hernán Cárdenas Director de Aseguramiento de la Secretaría declaró:

"En este caso de retroactividad, el régimen subsidiado funciona de forma tal que estos ajustes tengan mucho que ver con el pasado, me atrevo a decir que difícilmente tienen que ver con el futuro, si bien todos los que estamos aquí sentados estamos afiliados a un régimen de seguridad social, el reconocimiento es sobre un evento que si bien pueda suceder en el futuro pero en muchos casos se paga por anticipado esa UPC, en el caso del régimen subsidiado esos ajustes obedecen como bien lo dice la carta a reconocimientos retroactivos dado que el contrato este caso empezó el 01 de abril de 2004, al nosotros tener la información en junio y en agosto en los dos casos la única opción que teníamos era precisamente hacerlos hacia atrás, retroactivo, no tendríamos otra opción hacia futuro y más en especial que el contrato iba a terminar el 30 de septiembre, si no estoy mal."

Dichas consideraciones no gozan, tal y como ya se estableció precedentemente, de respaldo legal y de la prueba recaudada se desprende otra conducta. La Cláusula Octava del contrato establece la forma de pago y en ella se indica que se pagarán las UPCS correspondientes a sus afiliados, en forma anticipada por bimestre dentro de los 10 días siguientes al inicio de cada bimestre y afirmando que el cálculo de la UPC tendrá en cuenta las bases de datos entregadas al contratista haciendo los ajustes necesarios por concepto de novedades, lo que se circunscribe a una forma de pago que

no obedece a un "anticipo", pues no se trató de un desembolso que se hiciera al inicio de los contratos como una forma de financiación al contratista, sino de una forma de pago ajustable por la necesidad de actualizarla permanentemente, debido a la vocación mutante de las bases de datos.

Igualmente, tal como se revela de la ejecución contractual, durante el desarrollo del convenio el ente territorial venía cumpliendo con su obligación de pagar y reconocer dentro de los diez días iniciales de cada bimestre las UPCS correspondientes a sus afiliados de acuerdo con los listados, menos precisamente en los últimos bimestres, que afectó las UPCS pagadas desde el mismo inicio del contrato, esto es, canceladas hacía más de dos años. Lo anterior se puede comprobar en el dictamen, según el cual, durante toda la ejecución del contrato la Convocada pagó y reconoció dentro de los diez días iniciales de cada bimestre valores prácticamente uniformes⁷⁹ correspondientes a las UPCS. Es claro entonces que tanto desde el punto de vista de los promedios de pagos bimestrales realizados a favor de la demandante, como desde la consideración de las bases de datos de afiliados suministradas por la misma Convocada, existen enormes diferencias en los pagos de los dos últimos bimestres de la vigencia contractual que no pueden ser explicados por simples reajustes en la UPC-S liquidadas (De otro lado también se aprecia de conformidad con la prueba pericial, que el pago de la UPCS se contabiliza como ingreso⁸⁰).

Por consiguiente, los ajustes que indica la ley a este respecto se encuentran relacionados con novedades que se pudieron haber presentado en el bimestre anterior y que no fueron tenidas en consideración, pero no relacionadas con los pagos que se realizaron varios bimestres atrás, y sobre los cuales la EPS efectivamente incurrió en el gasto y costo médico, según lo visto, toda vez que ello reñiría con su carácter de contratos de aseguramiento. Ciertamente en opinión del Tribunal tales descuentos objeto de debate, dada su naturaleza, exógenos a la tarea de la EPS, han debido hacerse hacia el futuro, si se tiene en cuenta que la población en conflicto, ya estaba asegurada, ya se habían desembolsado el 100% de los pagos a las IPS, y el riesgo estuvo todo el tiempo en cabeza de la ésta. Cosa distinta, como en efecto aconteció aquí, quebrantaría la lealtad y confianza que cada una de las partes esperaba de la otra partiendo del principio de la buena fe.

⁷⁹ Mediante la pregunta No. 3 del cuestionario adicional de la parte Convocante se le preguntó al Perito certificara las variaciones presentadas durante estos dos bimestres frente al promedio recibido en los demás bimestres. En respuesta a dicha solicitud formulada se señaló que para el bimestre correspondiente a abril-mayo del 2006 se recibió un pago de UPCS de \$8.407'418.221, para el bimestre de junio-julio del 2006 la suma de \$7.208'599.987 y para el bimestre de agosto-septiembre del 2006 la suma de \$1.878'667.663.

⁸⁰ En respuesta a la pregunta No. 20 del cuestionario adicional el peritazgo manifestó: "... en la EPS-S SALUD TOTAL los pagos recibidos por UPC-S son contabilizados dentro del mismo mes, registrando el valor correspondiente al primer mes de cada bimestre como efectivamente realizados cancelando la cuenta por cobrar causada y como ingresos recibidos por anticipado el valor correspondiente al segundo mes del bimestre". Y agrega al respecto: "... los mismos se contabilizan de acuerdo con la Resolución 1804 de 2004 de la Superintendencia Nacional de Salud y de conformidad con las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia, establecidas en los Decretos 2649 y 2650 de 1993".

Igualmente como se precisó con anterioridad la facultad de hacer ajustes no es ilimitada. Dicha facultad tiene que ser acorde con las circunstancias cambiantes de los afiliados hacia el futuro y no puede comprender las correcciones a las inconsistencias en las bases de datos por errores no atribuibles a la EPS, y que provenían de unas bases de datos inexactas. Antes de celebrar los contratos y de adjuntar a ellos los listados de afiliados, la Secretaría ha debido hacer los cruces que le obligaba la ley y entregar una información depurada.

Así las cosas, no comparte el Tribunal la tesis de la Secretaría cuando pretende justificar los descuentos por considerar que los pagos efectuados eran anticipos y no pagos definitivos y no siendo esta argumentación admisible, habrá también aquí que declarar el incumplimiento contractual que en frente a este tópico radica en la omisión del pago oportuno del valor del contrato previsto en las cláusulas Séptima y Octava, en la medida en que no realizó el pago completo acordado, ya que lo redujo considerablemente durante los bimestres antes indicados, por virtud de los descuentos que no podían afectar los contratos ya que ellos se debieron básicamente a defectos en las bases de datos atribuibles exclusivamente a la Convocada.

Pero adicionalmente a todo lo anterior, habrá además que acreditar el incumplimiento de la Convocada en otro aspecto. Como ya se vio el Acuerdo 244 y el Decreto 050 claramente establecen que la UPC se deja de cancelar y reconocer a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que deja en firme la exclusión del afiliado. Distinguiéndose en los casos de multifiliados con el régimen contributivo o el subsidiado pero no en la misma EPS, ya que no teniendo esta manera de saber o conocer la multifiliación se debe seguir la continuidad de la afiliación hasta que se surta el debido proceso y quede en firme el acto administrativo al respecto.

Dicho lo anterior, es evidente que desde esta perspectiva también se generó un incumplimiento por parte de la Convocada, toda vez que en lugar de esperar a que quedaran en firme los actos administrativos y desde ese momento hacer efectiva la exclusión del usuario, procedió a suspenderlos. Lo anterior se muestra en distintas trazas probatorias, como por ejemplo lo ilustra el testimonio de Carlos Augusto Rodríguez⁸¹, Coordinador de Administración de Aseguramiento de la Secretaría, quien al respecto manifestó:

“Le voy a comentar cuál es el debido proceso que adelanta la Secretaría de Salud, nosotros detectamos cualquier inconsistencia en un registro por cruce con el contributivo, por cruces con la Registraduría Nacional del Estado Civil, procedemos a suspender el registro de la base de datos del régimen subsidiado, a partir de esa fecha no se cancela la UPC a la ARS pero para garantizarle la atención en salud al afiliado se maneja como

⁸¹ Testimonio recibido en fecha 11 de febrero de 2008.

vinculado y se paga toda la atención médica que este requiera a través de los recursos de oferta, como son suspendidos obviamente la UPC hacia la EPS no fluye.

A partir de esa fecha se adelanta el debido proceso, se notifica a los usuarios afectados, se les manda una carta donde se les dice que están ... en un debido proceso por tal circunstancia, se les da la opción de que vayan a nuestros puntos de atención y controviertan la causal por la cual los vamos a retirar del régimen subsidiado, si esta persona logra controvertir esa decisión nuestra que ya está dada por una resolución a partir de una fecha nosotros procedemos mediante otra resolución a activarlos en el sistema en la medida en que va avanzando el debido proceso, una vez se surte todo el debido proceso y se notifica mediante edicto porque no todos van, se procede a desafiliarlos y a sacarlos de la base de datos del régimen subsidiado, pero ya una vez surtido todo el trámite, ese es un trámite que dura dos, tres meses.

DR. BERNAL: Lo que usted me dice es que primero los suspenden y después los excluyen?

SR. RODRIGUEZ: Claro."

Con dicha conducta la Secretaría también incumplió el contrato y más allá la normatividad -en especial el Acuerdo 244-, que como se ha visto establece que en el caso de multifiliados solamente se deja de pagar la UPC cuando se ha surtido el debido proceso y ha quedado en firme el acto que excluye al usuario multifiliado.

Se reitera, sólo se permite dejar de cancelar y reconocer la UPCS a partir de la notificación del acto administrativo de exclusión de multifiliación con el régimen contributivo y con otras ARS. Pero ciertamente no en la forma en que lo efectuó la Secretaría, ya que las normas sobre el Régimen de Seguridad Social no respaldan esta tesis y mucho menos cuando el aseguramiento de la población ya se había producido y en ningún caso se realizó el procedimiento exigido por la ley para tomar la decisión de suspender la afiliación de estos usuarios⁸². Todo lo contrario, dada la fecha de expedición de esos actos, es de resaltar que en el caso de autos, la demandada procedió de manera totalmente contraria a esta disposición, pues primero procedió a suspenderlos y a descontar retroactivamente las UPCS correspondientes, y solo después de esta suspensión, profirió los actos administrativos respectivos.

⁸² Además porque desde otro punto de vista, la CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMERA de los contratos señalaba la: " PROHIBICIÓN DE TRASLADAR LAS RESPONSABILIDADES DEL ASEGURAMIENTO.- Las responsabilidades del aseguramiento de la población afiliada y la administración del riesgo en salud le corresponden de manera indelegable a EL CONTRATISTA y en consecuencia EL CONTRATISTA no podrá ceder sus responsabilidades a terceros".

Precisamente en curso de la diligencia de inspección judicial, que tenía por propósito, según lo solicitado por la parte Convocada, la inspección de *“todas las resoluciones expedidas para dar cumplimiento al debido proceso y mediante las cuales se resuelven las situaciones administrativas de los afiliados al Régimen Subsidiado, los documentos, bases de datos, archivos, programas y en fin todos los objetos que puedan servir como prueba para el esclarecimiento de los hechos de esta demanda y del proceso”*, fue evidente para este Tribunal que dichos actos administrativos quedaron en firme con posterioridad al momento en el cual la entidad territorial había efectuado los descuentos a la EPS.

Así las cosas, no era posible previo a ello dejar de pagar las respectivas compensaciones a las EPS-S, so pena de violentar el artículo 29 del Acuerdo 244, que frente a la materia señala, de conformidad con lo visto, que una vez el acto administrativo quede en firme, se notificará a las administradoras de régimen subsidiado la cancelación de la afiliación incluyendo el grupo familiar definido en el presente acuerdo. Ya que solo a partir del momento en que se notifique esta orden a las administradoras del régimen subsidiado es cuando no se le reconocerá unidad de pago por capitación por dichas personas.

En resumen, el incumplimiento de la Convocada consistió en varias conductas las cuales pueden apreciarse así: no consolidó idóneamente, y por ende tampoco mantuvo actualizada la Base de Datos de afiliados al Régimen Subsidiado que suministró a la EPS-S, durante la celebración y la ejecución del contrato; igualmente descontó indebidamente UPC-S respecto de sumas que la EPS-S tenía derecho a percibir por la administración y aseguramiento de la totalidad de los afiliados al Régimen Subsidiado, en la medida en que fue ella la que suministró a la Convocante con la celebración y durante cada mes de ejecución contractual las bases de datos que contenían los usuarios a los que debía prestarle los servicios de salud, y su estado dentro de las mismas. Por último, en la medida en que la misma Convocada ha admitido el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la EPS-S, ya que garantizó oportunamente la prestación de servicios a los usuarios contenidos en cada una de las Bases de Datos del Régimen Subsidiado suministradas por el la Secretaría, carecía de fundamento que descontar los valores de las UPC-S que correspondían a períodos en los que la Convocante garantizó la prestación de los servicios de salud a usuarios que fueron remitidos de manera mensual.

5.4.2. ANÁLISIS DEL DAÑO.

Establecido que la parte demandada incumplió sus obligaciones, queda por determinar el daño sufrido por la convocante, que ha de ser reparado.

En la pretensión tercera de su demanda, el demandante solicitó que se condenara al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARIA DE SALUD a restituir a la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS, el valor total de las UPC-S que ilegalmente descontó de manera retroactiva. En subsidio solicitó que se declarara que la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS prestó los servicios de salud a dichos afiliados de acuerdo con la declaración primera subsidiaria a la segunda principal, y por lo tanto se condene al DISTRITO CAPITAL a cancelar la suma correspondiente a la prestación de servicios suministrada a los afiliados sobre los cuales el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD procedió a descontar de forma retroactiva la UPCS de dichos usuarios. Así mismo, solicitó que se declare que la demandante tiene derecho a la suma correspondiente a la prima para asegurarlos para la atención de enfermedades de alto costo de estos afiliados e igualmente a la suma correspondiente al gasto administrativo del 8% de la UPCS descontada retroactivamente por el Distrito sobre estos usuarios. Lo anterior a título de reparación de los daños e indemnización de perjuicios.

En relación con estos aspectos lo primero que observa el Tribunal es que la Secretaría de Salud ha cuestionado que el perito haya hecho sus cálculos con las bases de datos que empleó, que fueron las remitidas a Salud Total durante la ejecución del contrato, porque considera que las mismas no corresponden a la realidad. A tal efecto considera que las que deben adoptarse son las que se elaboraron por la Secretaría para la liquidación del contrato, teniendo en cuenta la forma como se desarrolla el Contrato, el cual es dinámico. Por el contrario, la parte convocante ha insistido en que deben tomarse en cuenta las bases de datos que fueron suministradas durante la ejecución del contrato.

Para precisar cuál de las bases de datos debe tomarse en cuenta es pertinente señalar lo siguiente:

En relación con este punto considera el Tribunal que en la medida en que los contratos celebrados entre la Secretaria de Salud y Salud Total son de ejecución sucesiva, los mismos deben ser liquidados.

Ahora bien, sobre la liquidación del Contrato ha dicho el Consejo de Estado (sentencia del 22 de abril de 2009. Radicación:85001-23-31-000-1997-0474-01):

“La normatividad contractual ha establecido la liquidación de los contratos estatales -de tracto sucesivo y de otros que así lo exijan- como la oportunidad que tienen las partes para determinar, definir, arreglar y conciliar todos los aspectos concernientes a su ejecución. De manera que allí se ajustan las cuentas y se determinan los débitos y créditos a favor y

en contra de cada una de las partes. Por tanto, luego de que los contratantes establecen las obligaciones cumplidas o no cumplidas, y expongan sus reclamaciones, el acta de liquidación expresa las respectivas declaraciones”.

Igualmente ha dicho (sentencia del 4 de junio de 2008. Radicado: 760012331000-1994-21596-01. 16.293):

“La liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal (culminación del plazo de ejecución) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), con el objeto de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, y así dar finiquito y paz y salvo a la relación comercial”.

De este modo, la liquidación de un contrato por su naturaleza impone revisar lo que ocurrió durante la ejecución para determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de cada parte. Sin embargo, ello no significa que se puedan desconocer aquellas etapas que se han ejecutado del contrato y las prestaciones que por razón de las mismas surgieron para las partes. En efecto, si en un contrato de arrendamiento o de prestación de servicios se causa una prestación, es claro que el hecho de que el contrato deba liquidarse no permite desconocer que se causó dicha prestación, y lo que se trata de establecer al momento de liquidar es si la misma se pagó o la obligación se extinguió por otro de los modos previstos por la ley, para en caso contrario hacer el reconocimiento correspondiente.

Por consiguiente, en estos casos lo primero que debe examinarse es la situación de la obligación que se sostiene no ha sido cumplida, para después apreciar sus consecuencias dentro del conjunto del contrato.

En el presente caso, el hecho de que en la base de datos que la Secretaría ha desarrollado para liquidar el contrato arroje determinados resultados, no permite hacer abstracción de lo que de hecho ocurrió durante la ejecución del contrato y que como ya se vio constituía un incumplimiento.

En efecto, en el proceso se estableció claramente que la Secretaria de Salud descontó valores de las sumas que debían entregarse a la demandante por razón de unidades de pago por capitación. Dichos descuentos correspondieron valores que había pagado por la UPCS correspondiente a afiliados a quienes la Secretaría decidió suspender en forma retroactiva, como consecuencia de un cruce de bases de datos.

En sus aclaraciones al dictamen pericial, el perito señaló el número total de afiliados que figuran en las bases de datos remitidas por la Secretaría de Salud a Salud Total lo que arrojó el siguiente resultado:

Registros totales que figuran en las bases de datos mensuales				
Periodo	Estado Activo	Estado Suspendido	Otros Estado	Total
May-06	254.369	39.199	6.751	300.319
Jun-06	252.341	43.016	6.855	302.212
Jul-06	252.942	23.586	26.405	302.933
Ago-06	248.908	28.036	26.581	303.525
TOTALES	1.008.560	133.837	66.592	1.208.989

Posteriormente el perito determinó el número de afiliados suspendidos y al respecto expresó lo siguiente:

"Dentro de los anteriores registros identificados como de la EPS Salud Total, figuran los siguientes registros de usuarios suspendidos en cada uno de los meses:

Período	Afiliados suspendidos
Jun-06	4.213
Jul-06	10.985
Ago-06	1.205
TOTAL	16.403

"Por lo tanto se aclara, que el número de usuarios que figuran suspendidos por la Secretaría Distrital de Salud en los meses de junio y agosto de 2006 es de 16.403."

Ahora bien, en la página 89 de las aclaraciones al dictamen pericial el perito indicó los siguientes pagos recibidos por Salud Total:

Bimestre	Totales según Salud Total	Totales según la contabilidad de la SDS	Diferencias
abr-may/04	7.180.653.248	7.180.653.248	0
jun-jul/04	6.244.787.816	6.244.787.816	0
ago-sep/04	6.664.574.930	6.720.133.592	55.558.662
oct-nov/04	7.468.763.756	7.468.763.756	0
dic/04-ene/05	6.999.326.113	6.999.326.113	0
feb-mar/05	7.530.895.161	7.531.049.944	154.783

abr-may/05	7.640.336.418	7.652.091.283	11.754.865
jun-jul/05	6.470.056.535	6.470.056.535	0
ago-sep/05	7.907.496.555	7.907.496.555	0
oct-nov/05	7.693.513.851	7.706.810.732	13.296.881
dic/05-ene/06	7.934.131.845	7.934.131.845	0
feb-mar/06	8.910.591.255	8.910.591.255	0
abr-may/06	8.407.418.221	8.407.418.221	0
jun-jul/06	7.178.556.519	7.208.599.987	30.043.468
ago-sep/06	1.878.667.633	1.878.667.633	0
TOTAL	106.109.769.856	106.220.578.515	110.808.659

Si se comparan las sumas pagadas correspondientes a los bimestres de junio y julio de 2006 y agosto y septiembre del mismo año, frente a las correspondientes a los trimestres precedentes, se observa una gran diferencia. En efecto los pagos por el período agosto-septiembre apenas representan el 22,34% de lo recibido en el periodo abril-mayo y lo recibido en el período junio-julio representa el 85,38% de lo recibido en el periodo abril-mayo. Si se comparan dichas diferencias con la variación del número de afiliados activos se encuentra que los afiliados activos en agosto representaban el 97,85% de los afiliados en mayo, y los afiliados activos en julio representaban el 99,43% de los afiliados en julio. Es importante aclarar que de dicha cifra ya se han descontado las personas que fueron suspendidas en los bimestres de junio y julio y de agosto y septiembre.

Es pues claro que en los bimestres de junio y julio y de agosto y septiembre no se reconoció a Salud Total el mismo valor por afiliado que había sido reconocido en los bimestres anteriores. Dicho valor además no guarda relación con el valor definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que por Acuerdo 322 de 2005 dispuso:

"Artículo 5°. Fijar el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado para el año 2006 en la suma anual de \$215.712,00 que corresponde a un valor diario de \$599,20 el cual será único por afiliado independientemente de su grupo etéreo.

"A la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se reconocerá una prima adicional del 20% en los Departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, Guajira, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, San Andrés y Providencia, Sucre, Vaupés, Vichada y la región de Urabá, dando como resultado un valor de UPC anual de \$258.854,40 que corresponde a un valor diario de \$719,04. Se exceptúan de este incremento las ciudades de Arauca, Florencia, Riohacha, Sincelejo,

Villavicencio, Yopal y sus respectivas áreas de influencia, en las cuales se aplicará la UPC del resto del país.

"Artículo 6°. Mantener la prima diferencial equivalente al 2% del valor de la UPC-S de los subsidios plenos, para las ciudades de Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla lo que corresponde a un valor anual de la UPC-S para estas ciudades de \$220.024,80 y a un valor diario de \$611,18 para el año 2006."

Es claro entonces que por los períodos junio-julio y agosto-septiembre de 2006 la Secretaria de Salud reconoció un valor menor al que correspondería por razón de las unidades de pago por capitación.

Dicho menor valor corresponde al descuento retroactivo que estableció el perito que se realizó en los bimestres de junio-julio y agosto-septiembre. En efecto, en sus aclaraciones al dictamen pericial el perito señaló (página 19):

"Con base en los días liquidados que figuran en las bases de datos mensuales, se estableció que el valor de las UPC'S, descontado de manera retroactiva (desde el inicio de los contratos) a los 16.403 usuarios indicados en la pregunta 1 de este cuestionario, es de \$2.998.991.934.69, descuentos realizados en las siguientes fechas:

<i>UPC'S descontadas </i>	<i>Valor</i>
<i>Establecidas entre las bases de datos: Matriz abril-mayo de 2006 y Matriz junio-julio de 2006</i>	<i>\$1.239.725.159,66</i>
<i>Establecidas entre las bases de datos: Matriz junio-julio de 2006 y Matriz agosto-septiembre de 2006</i>	<i>\$1.759.266.775,02</i>
<i>Total descuento UPC'S</i>	<i>\$2.998.991.934,69"</i>

Por otro lado, el perito al contestar las aclaraciones al dictamen pericial señaló la población respecto de la cual la Secretaria de Salud no efectuó el reconocimiento de la UPCS y al respecto señaló (página 94 de las aclaraciones al Dictamen pericial):

"Atendiendo las instrucciones emitidas por la Secretaria Distrital de Salud para la liquidación del pago de los bimestres; el no reconocimiento de días se realiza sobre los usuarios que se encuentren en las bases de datos con las siguientes condiciones:

"Que estando activos, presenten inconsistencias en fecha carnetización y/o en fecha fin carnetización y/o código de inconsistencias y/o glosas

"Con las anteriores precisiones y de acuerdo con los archivos magnéticos denominados matriz_líq, matríz_líql, matríz_líq2 y Datos_actualiza, remitidos mediante comunicación No 99860 del 4 de septiembre del 2006, suscrita por los doctores Harold Cárdenas Herrera y Carlos Rodríguez

Sarmiento correspondientes a la ejecución de los contratos de administración de recursos No. 0027/2004, 0427/2005, 0435/2005 Y 0436/2005; existen 53.064 usuarios por los cuales no se efectúa reconocimiento de 12.834.204 días de UPC-S, en cuantía de \$6.995.997.697.76"

El perito igualmente precisó (página 99):

"Sobre los 53.064 usuarios identificados en el numeral cuarto de este cuestionario, se identificó que:

"a) 9.027 usuarios presentaron multifiliación con el régimen contributivo en la EPS Salud Total, a los cuales les descontaron 869.586 días, en cuantía de \$462.761.142.95

"b) 134 usuarios presentaron duplicidad con el régimen subsidiado dentro de la ARS Salud Total, a los cuales les descontaron 17.924 días, en cuantía de \$10.123.651.75"

"c) 4.182 usuarios son los afiliados fallecidos certificados dentro de la base de datos de Salud Total, a los cuales les descontaron 2.676.397 días, en cuantía de \$481.396.803.52"

Por otra parte es importante precisar que en sus aclaraciones al Dictamen pericial, el perito señaló (página 110):

"Se determinó que los 53.064 usuarios identificados en el numeral cuarto de este cuestionario, están incluidos en la Base de Datos entregada al inicio de los contratos y en las Bases de Datos suministradas en forma mensual desde abril del 2004 hasta septiembre del 2006".

Finalmente el perito expresó (página 114 de las aclaraciones):

"Sobre los 53.064 usuarios identificados en el numeral cuarto de este cuestionario, se tomaron los que presentaban fecha de carnetización y se excluyeron los que presentan multifiliación con la misma EPS Salud Total, resultando una población de 51.397 usuarios

"A los 51.397 usuarios que se encontraban activos y carnetizados, se les determinó con base en el número de días no reconocidos en los archivos matriz_liq1matriz_liq1, matriz_liq2 y Datos_actualiza, un valor de \$6.355.542.467.15 por UPCS no reconocidas y descontadas en los pagos de los bimestres Junio - Julio y Agosto -Septiembre del 2006, según la UPC-S definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para cada año." (se subraya)

De esta manera, está establecido que respecto de los bimestres junio-julio y agosto-septiembre de 2006 la Secretaria de Salud no pagó la totalidad de las UPCS, pues descontó las UPCS respecto de 51.397 usuarios.

Es pertinente aclarar que lo anterior no significa que el Tribunal considere que en todo caso en que la Secretaria realice un pago, no puede posteriormente la misma formular ninguna observación, si llegara a encontrar que el mismo es erróneo. En efecto, el ordenamiento contempla claramente que cuando una persona paga por error, puede repetir dicho pago y ese derecho existe mientras no se extinga por prescripción o caducidad. Sin embargo, como ya se expuso, lo que se observa es que en el presente caso no se trata de un pago erróneo, pues el mismo corresponde a la base de datos que había entregado la Secretaría y la responsabilidad por entregar depurada dicha base de datos correspondía a ella Secretaria y por ello la EPS no puede sufrir consecuencias desfavorables de los errores en la base de datos.

Ahora bien, a primera vista y teniendo en cuenta las consideraciones que se hicieron en materia de incumplimiento, ello llevaría a concluir que el Tribunal debe reconocer a Salud Total las UPCS que no le fueron pagadas. Sin embargo, en esta materia debe señalar el Tribunal que la actividad de las entidades administradoras del régimen subsidiado se encuentra detalladamente reglamentada, al punto que las normas que regulan la materia determinan cuál debe ser el porcentaje de los recursos que reciben que deben destinar a la prestación del servicio de salud y cuáles a los gastos administrativos.

En efecto el Acuerdo 117 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del 22 de diciembre de 1998 dispone en su artículo 21:

"Artículo 21°. Financiación en el régimen subsidiado: *Todas las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento incluidas en el presente Acuerdo, deben ser financiados con cargo a la UPC, con los recursos asignados para prestación de servicios y para las actividades de Promoción y Prevención.*

"Parágrafo: *El porcentaje mínimo de gastos en salud será del ochenta y cinco (85%) de la UPC-S incluyendo las actividades previstas en el presente acuerdo y en consecuencia la provisión que deben constituir las Administradoras del Régimen Subsidiado conforme las normas vigentes, será la correspondiente a la diferencia entre el 85% del valor de la UPC-S y los gastos causados en prestación de servicios de salud incluidas las actividades previstas en el presente acuerdo."*

Por su parte, el Acuerdo 244 del Consejo de Seguridad Social en Salud establece:

"ART. 43.—Gastos de administración de administradoras de régimen subsidiado. Al cierre de la vigencia fiscal del año 2003, los gastos de administración en ningún caso podrán exceder el 10% del total de los ingresos operacionales."

En concordancia con lo anterior la cláusula de los Contratos dispone⁸³:

"GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATISTA: *Los gastos de administración de EL CONTRATISTA serán los que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud durante la ejecución del presente contrato."*

De esta manera, originalmente el 85% de los recursos debían destinarse a prestar servicios de salud. A partir del Acuerdo 244 y para la vigencia de 2003, el 90% de los recursos deben destinarse a la prestación del servicio de salud y el resto se podían destinar a gastos administrativos. A este respecto observa el Tribunal que en el presente caso el perito señala que se aplicó un porcentaje del 8% en gastos administrativos. A este porcentaje se refieren tanto la convocante en sus pretensiones, como en la solicitud de aclaraciones (página 29 de las aclaraciones), como la convocada (página 30 de las aclaraciones), como el perito (página 36 de las aclaraciones).

El propósito de estas disposiciones es que el 85% o 90% de los recursos recibidos por concepto de UPCS se destinen a la prestación del servicio a los afiliados incluyendo las pólizas de seguro de alto costo. En esta medida dada la forma como está estructurado el régimen subsidiado en salud, la entidad administradora puede recibir el valor de la UPC para destinarlo a la prestación de servicios de salud durante la ejecución del respectivo contrato. Sin embargo una vez concluido el Contrato y cuando está probado que la administradora no invirtió la totalidad de los recursos exigidos por la ley en la prestación del servicio de salud, la misma sólo puede reclamar las sumas que acredite destinó a la prestación del servicio de salud bien sea a través del reconocimiento de cada evento, bien a través de la contratación de servicios de salud por capitación con instituciones prestadoras de salud, así como el pago de las pólizas correspondientes. Igualmente la administradora tiene derecho al reconocimiento de su gasto administrativo. En efecto, en la medida en que la administradora debe realizar la inversión en salud ya señalada, si no realizó tal inversión es claro que los recursos sobrantes no pueden considerarse un daño para ella.

⁸³ Cláusula No. 14 en los contratos 016/04, 444/05, 445/05 y 446/05 y Cláusula 11 en el Contrato 017

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que está acreditado que la demandante prestó servicios de salud por eventos y bajo el sistema de capitación. A este respecto en respuesta a la solicitud formulada al perito de que calculara los gastos médicos por capitación o evento, el mismo señaló en las aclaraciones a su dictamen las siguientes cifras:

"Según la información contenida en las bases de datos suministradas por Salud Total con las cuales se atendió el peritaje y se atienden las aclaraciones; se establecieron los siguientes conceptos y valores en pesos sobre los 53.064 usuarios que estaban activos y carnetizados:

"Capitación	3.733.666.659,45	
"Evento	<u>1.220.562.458,00</u>	
"Total Servicios de Salud		4.954.229.117,45
"Póliza de Seguros de Alto Costo		164.533,60
"Gasto Administrativo		559.679.815,82"

Así las cosas, considera el Tribunal que debe reconocerse a la demandante la suma que se acaba de precisar en razón de las unidades de pago por capitación que debió reconocerle la Secretaria de Salud y no le reconoció. Por tal razón se negará la pretensión tercera principal pero se accederá a la subsidiaria de dicha pretensión.

Ahora bien, establecido cuál fue el daño, corresponde en la liquidación del contrato tomarlo en cuenta para reconocerlo. De esta manera para efectos de la liquidación, deberá partirse del supuesto que el presente Tribunal ha establecido que el descuento retroactivo de cotizaciones implicó que la entidad estatal no pagara la totalidad de las UPCS a su cargo y que debe reconocerse el valor ya señalado por concepto de gasto en salud y gastos administrativos.

Vale la pena señalar que con posterioridad al inicio del proceso, la Secretaría de Salud profirió dos resoluciones a través de las cuales reconoció determinados valores a favor de la entidad demandante en este proceso por razón de los contratos celebrados. En efecto, por memorial del 9 de julio de 2009 la Secretaría, por conducto de su apoderado, expresó que por Resolución 1381 del 12 de diciembre de 2008 realizó un reconocimiento de \$1.064.169.138, en cumplimiento de la cual se giró en diciembre de 2008 a la cuenta maestra de la EPSS dicha suma. Así mismo, mediante la Resolución 381 del 15 de mayo de 2009 se realizó un reconocimiento por los gastos en salud que la EPSS SALUD TOTAL soportó, lo cual arrojó un valor de \$1.329.529.589, por lo cual se ordenó un giro de \$1.383.810.811 a la cuenta maestra de la EPSS el 2 de julio de 2009. La suma de dichos valores, según expresa la apoderada de la Secretaría de

Salud asciende a \$2.393.698.726,75. Copia de dichas Resoluciones obra en el expediente (folio del Cuaderno Principal No 2). Igualmente obra copia de una "Relación de Giros a Proveedores con Cargo a Administrados por Entidad" del Fondo Financiero Distrital de Salud, con fecha 16 de diciembre de 2008, en el cual aparece un giro a Salud Total por \$1.064.169.138, y una copia de una "Consulta Estado Pago a terceros", con fecha 3 de julio de 2009, en la cual aparece un pago a Salud Total por \$1.383.810.811.

Sobre este punto precisa el demandante que en ningún caso ha existido aceptación de los pagos efectuados por la Secretaría Distrital de Salud, *"los cuales fueron realizados por transferencia electrónica a la cuenta utilizada habitualmente para los giros ordinarios, ni tampoco acuerdo sobre ellos, al punto que en varias comunicaciones solicitamos a esa entidad discriminar los usuarios por los cuales se efectuaba reconocimiento, como puede observarse en nuestra comunicación del 22 de Julio del 2009"*.

Sobre el punto debe precisar el Tribunal que estos pagos simplemente significan que la Secretaria ha encontrado que durante la ejecución del contrato no se pagó la totalidad de aquello que se debía cancelar a la EPS, pero en manera alguna ello desvirtúa que se haya establecido el incumplimiento referido y el daño consiguiente, pues de hecho la Secretaria no realizó el pago de la unidad de pago por capitación en la oportunidad correspondiente.

En todo caso debe aclararse que frente a los descuentos retroactivos realizados por la Secretaría, los reconocimientos realizados en los actos administrativos de la Secretaría y los pagos correspondientes no son acumulables con las declaraciones y condenas del presente Laudo, en la medida en que ello implique un doble pago por el mismo concepto. Por consiguiente, dichos pagos deben considerarse abonos a buena cuenta de las sumas a cargo de la Secretaría por virtud del presente laudo y serán deducidos por el Tribunal de la cifra total que se imponga.

Por lo anterior se condenará a la Secretaria a pagar a la demandante la suma determinada por el perito de la siguiente forma:

"Capitación	3.733.666.659,45	
"Evento	<u>1.220.562.458,00</u>	
"Total Servicios de Salud		4.954.229.117,45
"Póliza de Seguros de Alto Costo		164.533,60
"Gasto Administrativo		559.679.815,82"

Lo que arroja, sin contabilizar los pagos realizados por la Secretaría en el curso del proceso, un valor total de \$5.514.073.466,87

5.4.3. ESTUDIO DE LOS INTERESES Y ACTUALIZACIÓN.

En su demanda Salud Total solicitó que se condenara a la demandada a pagar intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades competentes, o a la tasa de interés que sobre el particular determine el Tribunal de Arbitramento; calculados desde la fecha en que DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA- FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARIA DE SALUD descontó a SALUD TOTAL S.A. EPS las UPC de que trata la declaración segunda principal.

Por su parte la demandada se opone a dicha declaración y a tal efecto señala que existe un Acto Administrativo mediante el cual se liquidaron los contratos (Resolución de julio de 2007) y que es allí donde se determinan los reconocimientos y descuentos aplicados; que la base real de liquidación se encuentra en la base de datos de mayo 29 de 2007, pues las bases anteriores no reflejan los reconocimientos y pagos por ser bases intermedias sin los ajustes ordenados en razón a las novedades y no tiene en cuenta los giros o anticipos recibidos como forma de pago.

A este respecto observa el Tribunal que el descuento retroactivo realizado por la demandada se concretó en que no fueron pagadas en su totalidad las unidades de pago por capitación para los bimestres junio y julio y agosto y septiembre de 2006. Desde esta perspectiva cabe recordar que el Decreto 1281 de 2002 dispone:

“Artículo 4°. Intereses moratorios. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”

Por su parte el artículo 32 del Decreto 50 de 2003 dispone:

“Artículo 32. 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-ley 1281 de 2002, intereses de mora a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

“...”

Así mismo en la cláusula décima de los contratos celebrados se expresa:

"DECIMA.- INTERESES MORATORIOS. EL CONTRATANTE deberá reconocer, a favor de EL CONTRATISTA intereses de mora a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, cuando no gire los recursos en los plazos establecidos en el presente contrato, de acuerdo con lo establecido en el Decreto-ley 1281 de 2002, el artículo 32 del Decreto 050 de 2003 y demás normas que los adicionen, modifiquen, aclaren, reglamenten o complementen. Estos intereses, deberán pagarse con cargo a los recursos propios de la entidad territorial de libre destinación, sin perjuicio de las acciones de repetición a que hubiere lugar."

En esta medida si una entidad territorial no paga las sumas correspondientes a las UPCS debe pagar intereses moratorios.

Sin embargo, a este respecto es menester recordar que los intereses moratorios se deben desde que el deudor está en mora, lo cual normalmente ocurre en las obligaciones a plazo, cuando no se paga la obligación al vencimiento del plazo estipulado.

Sobre este punto es pertinente recordar que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de junio de 1995 (Expediente 4540) expresó:

"En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto éste sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que 'la mora en el pago sólo llega a producirse cuando exista en firme una suma liquida' (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)"

En esta misma sentencia se expresó (expediente 4540. G.J.T. CCXXXVII, II semestre de 1995, págs. 49 y ss.):

"La mora del deudor no puede en ningún caso confundirse con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, como quiera que aquella, como lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación, consiste en "el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél", en tanto que el incumplimiento es la inejecución de la obligación debida, ya sea ésta positiva (dare, facere) o negativa (non facere). Significa entonces lo anterior que exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se

predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, ya porque nunca han estado sujetas a una cualquiera de estas modalidades, ora porque éstas ya se realizaron y, por ello el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aún acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida...En ese orden de ideas, resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto,..." (se subraya).

Igualmente en sentencia del (27) agosto de 2008 (expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01) dijo la Corte Suprema de Justicia:

"Por ende, suscitada controversia judicial entre las partes, en toda hipótesis de objeción tardía, infundada o carente de seriedad, por el simple transcurso del plazo legal sin pago, procede la condena al cumplimiento de la obligación aseguraticia indemnizatoria con los intereses moratorios, particularmente, cuando "los documentos e informaciones que debe suministrar oportunamente el asegurado o el beneficiario y que el asegurador puede aceptar o rechazar(...), son en esencia los mismos que sirvieron al sentenciador para pronunciar la decisión de condena a favor del asegurado y a cargo del asegurador" (CLXVI, pp. 166 y 167).

"Naturalmente, "a la luz de los principios generales relativos al retardo en el cumplimiento de las obligaciones, principios en los que claramente se sustenta el precepto contenido en el Art. 1080 del C. de Co., desde el momento en que de acuerdo con este precepto ha de entenderse que comienza la mora del asegurador, es decir, desde el día en que la deuda a su cargo es líquida y exigible, o mejor, lo habría sido racionalmente si no hubiere diferido sin motivo legítimo, la liquidación de la indemnización y el consiguiente pago, está obligado al resarcimiento de los daños que pueden tener expresión, ya sea en los intereses moratorios en la medida prevista en aquél precepto, o bien en la ulterior reparación de perjuicios de mayor entidad si el acreedor reclamante demuestra haberlos experimentado" (CCLV, págs. 354 y 355).

"En consecuencia, el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in

illiquidis mora non fit), razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria”.

Como se puede apreciar, para la Corte si la obligación originalmente reclamada es aquella misma por la cual condena el sentenciador, con base en los documentos que había suministrado el asegurado, es claro que la aseguradora incurrió en mora, pues en tal caso la obligación se encontraba claramente determinada. Es pertinente agregar que si bien en el caso concreto fallado por la Corte se trataba de la aplicación del artículo 1080 del Código de Comercio en materia de seguros, dicha disposición corresponde a los principios generales en materia de obligaciones, como lo ha precisado la Corte, pues desarrolla un principio general que se recoge en el brocardo *“in illiquidis mora non fit”*.

Este principio que se expresa diciendo que no puede haber mora si la obligación es ilíquida es constantemente aplicado por la jurisprudencia española (Luis Diez Picazo. Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, página 629 y siguientes. Ed Civitas. Madrid 1996). Igualmente la doctrina francesa señala que las obligaciones de pagar una suma de dinero generan intereses a partir de la mora, pero que ello no ocurre así cuando la obligación no ha sido liquidada. Así por ejemplo, la obligación de pagar daños y perjuicios sólo genera intereses desde el día en que los mismos son establecidos. Así lo consagra el legislador en Francia (ley del 5 de julio de 1985) (Francois Terre, Yves Simler, Yves Lequette. Droit Civil. Les Obligations. 9ª ed. Dalloz, 2005, número 1090, ver igualmente Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Obligations. Contrats et Quasi-contrats. 11 Ed Cujas París 2001, número 581)

Agrega la doctrina española (Diez Picazo, Ob cit) que en relación con el principio de que considera la iliquidez como un presupuesto de la mora, hay que hacer diferencias pues entre la absoluta concreción y determinación y la total iliquidez hay graduaciones que no siempre merecen el mismo tratamiento. En efecto, existen casos en los cuales la determinación de la cuantía depende de una simple operación aritmética o de una circunstancia futura y externa a las partes, fijada como un criterio de determinabilidad de la prestación; existen en tanto otros casos en que *“la prestación debe quedar formada como resultado (saldo) de una cuenta. En este caso parece preciso distinguir si partidas ya estaban asentadas en la cuenta con la conformidad de las partes, o por lo menos, sin protesta de ninguna de ellas o si, por el contrario, la formación del saldo exige una previa rendición de la cuenta o una conformidad a la introducción en la cuenta de determinadas partidas”*. Igualmente existen casos en que *“la determinación de la prestación sólo puede hacerse por acuerdo de las partes o subsidiariamente a través de una decisión judicial”*. En todo caso se señala que si desde un principio el deudor reconoció deber una suma, sobre dicho monto debe existir mora.

A este respecto es pertinente destacar que el principio "*in illiquidis mora non fit*" tiene reflejo en la legislación positiva colombiana. Así por ejemplo en materia de mandato el Código Civil dispone en su artículo 2182 que el mandatario debe "*los intereses del saldo que de las cuentas resulte en contra suya, desde que se haya constituido en mora*". Como se puede apreciar, el Código Civil claramente establece en el mandato como presupuesto de la mora, que se haya establecido un saldo a cargo del mandatario. Igual ocurre con el artículo 1080 del Código de Comercio al que hizo referencia la Corte en las sentencias ya citadas, pues la aseguradora sólo incurre en mora cuando se le ha acreditado debidamente el monto que debe pagar.

Anota la doctrina española (Diez Picazo, Ob cit, página 631) que se han invocado varios fundamentos para sustentar la regla que niega la mora si la obligación es ilíquida. Para algunos la liquidez de la obligación es presupuesto de su exigibilidad. Para otros el problema de la iliquidez se conecta con la imputación del retraso al deudor. En este sentido señalan algunos autores que el requisito de la liquidez se funda en una ignorancia razonable de la suma debida. En este sentido se sugiere (Diez Picazo, ob cit, página 631) como criterio que "*la falta de liquidez de un crédito no exonera de responsabilidad al deudor cuando la liquidación ha quedado diferida por causas sólo a él imputables y que para que lo exonere la falta de liquidez será necesario que pueda imputarse a la falta de cooperación del acreedor*". Lo anterior se acompaña con el hecho de que "*no habrá mora, si el retraso obedece a un previo incumplimiento de las obligaciones que incumbían al acreedor o en general a un hecho del acreedor*" (Luis Diez Picazo. Ob cit, página 629).

De todo lo anterior concluye el Tribunal que para que haya mora se requiere que la obligación sea líquida, pues no puede imputarse al deudor un retraso culpable en el pago de la obligación si precisamente no sabe cuánto debe pagar. Sin embargo, en todo caso dicho principio debe matizarse, pues cuando la indeterminación es apenas aparente, pues es fácil hacerla, porque resulta de operaciones simples, o cuando ella es imputable al propio deudor, es claro que debe considerarse que el mismo está en mora. Por el contrario cuando no es posible determinar la obligación sin la cooperación del acreedor, porque es este quien suministra los elementos necesarios para el efecto, no puede considerarse que haya mora del deudor.

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que la demandante reclama el pago de las unidades de pago por capitación que fueron descontadas; sin embargo, es claro que como ya se precisó en este Laudo, la demandante no tiene derecho al pago de las unidades de pago por capitación respecto de quien no le prestó o le aseguró el servicio de salud, por lo que si la entidad no invirtió recursos en atender o garantizar la prestación del servicio a las personas cuya afiliación presentaba inconsistencias no tiene derecho a pago por tal concepto. A lo cual se agrega que en todo caso era responsabilidad de SALUD TOTAL evitar las multifiliaciones entre la EPS y la ARS del mismo nombre. En esta medida las sumas que deben ser reconocidas no son las que la

entidad demandante reclamaba por unidades de pago por capitación, sino que debieron ser establecidas a través de las pruebas practicadas en el presente proceso. Vale la pena señalar que con anterioridad a este proceso. Por lo anterior debe concluir el Tribunal que la obligación a cargo de la Secretaria de Salud que por este laudo se reconoce no era líquida en la fecha en que inicialmente debía reconocerse la unidad de pago por capitación y por ello no procede el pago de intereses de mora. De esta forma no se accederá a la prosperidad de la pretensión cuarta, ni de sus subsidiarias.

En todo caso debe observar el Tribunal que a partir de la fecha en que la demandante hubiera debido recibir los recursos, la misma no puede sufrir la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, por lo que el valor que se reconoce debe ser ajustado teniendo en cuenta la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. En efecto, como lo ha expuesto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia un pago en moneda desvalorizada no puede considerarse un pago completo de la obligación. En tal sentido en reciente sentencia del 19 de diciembre de 2001 expuso dicha Corporación (Expediente No 6094):

"Como se sabe, para que el pago, concebido como arquetípico modo de extinguir las obligaciones produzca efectos liberatorios, suficientes para diluir el débito preexistente, debe ser completo, lo que implica que corresponde al deudor hacerlo 'bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación' (C.C., art. 1627), comprendiendo no sólo el capital, sino también 'los intereses e indemnizaciones que se deban' (art. 1649, inc 2o, ib.)

"Este principio, el de la integridad del pago, por regla, presupone que, tratándose de obligaciones dinerarias insolutas, debe existir una equivalencia cualitativa - y no simplemente cuantitativa - entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solventar su prestación, si se tiene en cuenta que, como efecto del inexorable, amén de implacable transcurso del tiempo, la moneda se ve afectada -las más de las veces y particularmente en países con economías deficitarias o inestables - por procesos inflacionarios que erosionan y, por contera, desdibujan su poder adquisitivo".

El ajuste por la pérdida de poder adquisitivo será reconocido hasta la fecha de este laudo.

Como quiera que en el valor determinado por el perito no se discrimina cuál es el valor correspondiente a los servicios por el bimestre junio-julio y cual por el bimestre agosto-septiembre, el Tribunal tomará como base este último bimestre. Así las cosas,

en la medida en que la unidad de pago por capitación debía cancelarse por la Secretaría bimestre anticipado, la misma debió ser cancelada en el mes de agosto de 2006.

De esta manera la cifra de \$5.514.073.466,87 debe ser actualizada a noviembre de 2009.

Ahora bien, como quiera que la Secretaría realizó dos pagos, dichos pagos deberán tenerse en cuenta, en cada momento en que se realizaron, por lo que el valor de capital debido debe actualizarse a dichas fechas.

El primer pago fue realizado el 17 de diciembre de 2008 por 1.064.169.138, fecha en la cual el índice de la serie de empalme era de 100. Como el índice de la serie de empalme del DANE en agosto de 2006 era de 87,34, el valor actualizado del capital es de \$6.313.311.215. Por consiguiente el saldo a cargo de la secretaria descontado el pago realizado es de \$5.249.142.077

El segundo pago fue realizado el 2 de julio de 2009 por un valor de \$1.383.810.811. fecha en la cual el índice de la serie de empalme era de 102,18. Como el índice de la serie de empalme del DANE en diciembre de 2008 era de 100, el valor actualizado del capital es de \$5.363.682.128, por lo cual descontado el segundo pago queda un saldo de \$3.979.871.317.

Este será el valor por el cual se impondrá la condena

5.4.4. LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, objetó las respuestas a las preguntas 1 y 2 del peritazgo de la parte convocante, con el argumento de que el experticio no tuvo en cuenta la base de datos fuente de la información para determinar los valores causas y motivos del no reconocimiento de UPC's por parte de la Secretaría Distrital de Salud, que debía tenerse en cuenta, que era la entregada a la EPS en mayo 29 de 2007, la cual "...contenía la realidad de la ejecución de los contratos, los registros reconocidos, los valores de UPC's aplicados para cada registro, las glosas o motivos por los cuales la Secretaría Distrital de Salud no reconoció UPC's ". Señaló así mismo la Secretaria que las bases de datos de julio y agosto de 2006 no eran fuente real de información que permitiera determinar los valores no reconocidos por la SDS para cada uno de los contratos, por cuanto en los meses de julio y agosto de 2006 se realizó la evaluación de los registros inconsistentes con la Registraduría, los cuales se habían detectado desde octubre de 2006, y aun no se habían corregido por la EPS, determinando la SDS suspenderlos desde el inicio de la vigencia contractual. Agregó la Secretaría que en los

meses posteriores a julio y agosto de 2006, la EPSs presentó novedades de actualización las cuales fueron aprobadas por la firma interventora lo que permitió reconocer la UPCs por dichos afiliados, que se encuentra reflejadas en la liquidación entregada por la SDS en mayo 29 de 2007. Expresó la Secretaría que los giros que se realizan en los contratos no son pagos que puedan arbitrarse al cien por ciento, porque en la medida en que transcurre el bimestre y se presentan novedades de la población son objeto de modificación. Por ello estos giros son abono a buena cuenta del contrato, por lo que solo en el último giro y con la última liquidación se pueden obtener los saldos en contra o a favor de las EPSS.

Expresó la Secretaría que lo que se reclama son unos recursos dejados de pagar por unos afiliados a los que se les brindó aseguramiento y que para ello el perito debió determinar los afiliados suspendidos, la causa de suspensión y los valores reconocidos en la base de datos de mayo de 2007. Señala entonces la Secretaría que el dictamen solo toma en cuenta la posición de la EPSS, sin tomar en cuenta la verdad de la liquidación de todo el contrato, conllevando a que pueda incurrirse por parte de los Abitros en pagos dobles de la UPCS para el mismo periodo y el mismo usuario. Así mismo pueden ordenarse pagos de UPCs a usuarios sin derecho a ello.

Para probar lo anterior la Secretaría presentó un comparativo de los registros determinados por el perito y los descuentos efectuados por la SSDS determinando los registros reconocidos en el mes de mayo de 2007 y que corresponden a la liquidación definitiva de los contratos. Como consecuencia de los cuadros que presenta señala que el perito determinó un valor de descuento de \$459.327.127,6, en tanto que el Fondo Financiero Distrital de Salud liquidó en las bases de mayo de 2007 un monto de \$453.037.143,5. Así mismo afirma que el perito señala que no se reconocieron UPCS de \$2.998.991.934,68, en tanto que teniendo en cuenta la base de datos de mayo de 2007, el FFDS-SDS reconoció UPS por una valor de \$453.037.143.5.

Por lo anterior considera que el peritaje presenta un error grave al determinar sumas como no pagadas, valorizando dichos registros y determinado para ellos intereses moratorios, situación contraria a la realidad del contrato.

Señala además que el perito no tuvo en cuenta el estado en el que cada uno de los usuarios se envió en cada periodo. Expresa a tal efecto que el perito registra UPCS descontadas por la SDS a registros que se enviaron en estado suspendido y retirado para los cuales la EPSS no ejerció ninguna actividad de aseguramiento.

Expresa que para 3.002 afiliados los nombres que certifica la Registraduría son diferentes a los que posee la base de datos de la SDS y la EPS, por lo que si no se presentó el respectivo documento de identidad y el mismo avalado por la interventoría no es posible reconocer valores por este concepto.

Señala igualmente que el perito determina valores para los registros identificados con la glosas 11, 12, 30 y 40, sin tener en cuenta que para dichos registros se aplican las normas del Acuerdo 391 de 2008 que determinan que las entidades territoriales debe reconocer el gasto en salud previa presentación de los soportes respectivos. Agrega que el perito estableció un valor de \$562.257.397 sin tener en cuenta que en la liquidación de mayo la FFDD-SDS reconoció un valor de \$61.572.387.

Así mismo indica la Secretaría que el peritaje determina 1.100 registros que aparecen con glosa 14, esto es posible fallecimiento, que no reconoce la SDS porque corresponden a personas fallecidas.

Afirma la Convocada en relación con la pregunta 4 que en la medida en que la respuesta a esta pregunta se basa en los usuarios identificados en el numeral 1 del cuestionario y que la respuesta dada a esta pregunta es errada, igualmente lo es la dada a la pregunta 4.

Así mismo señala que la voluntad de la Secretaría es reconocer lo legalmente adeudado por lo cual solicitó a la EPSS presentar los soportes de los gastos en salud, lo que fue objeto de análisis por la Universidad Nacional lo que arroja las diferencias en valor a reconocer que señala la Secretaria en su memorial.

En lo que se refiere a las preguntas 7 y 8 señala la Secretaría que las respuestas a estas preguntas se basan en los usuarios identificados en la pregunta No 1 y valorados en la pregunta No 2, por lo que al haberse determinado erradamente unos registros los intereses moratorios están erradamente calculados. Agrega además que una serie de registros fueron reconocidos en la liquidación de mayo de 2007, por lo que se incurre en error grave al determinar intereses moratorios por tales valores.

Adicionalmente expresa la Secretaría que en cuanto a la pregunta 4 de las aclaraciones la respuesta del perito presenta error grave al determinar como población multifiliada 71.215 afiliados por cuanto la liquidación realizada en mayo de 2007 cambia sustancialmente la respuesta.

Para resolver el Tribunal considera:

El C. P. C. en su artículo 238, numeral cuarto, parte final, aplicable a los procesos arbitrales, por mandato del artículo 151 del Decreto 1818 de 1998, establece que durante el traslado de la aclaración o complementación a las partes, se podrá objetar el dictamen por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieran llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

Con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 238 Ibídem, corresponde a este Tribunal el estudio, análisis y decisión de la objeción al dictamen pericial.

Para resolver lo que en derecho corresponda, el Tribunal de Arbitramento advierte que dentro del trámite adelantado, se ha dado estricto cumplimiento a lo normado en el C. P. C., en cuanto a la oportunidad para presentar la respectiva objeción al dictamen pericial, así como también al momento oportuno para decidirla, todo de conformidad con lo establecido en el numeral sexto (6º) del artículo 238 del citado estatuto procedimental. Visto lo anterior, corresponde a este Tribunal de Arbitramento resolver en la presente instancia la precitada invocación de error grave, definición la cual debía corresponder precisamente al momento de la expedición del Laudo. Adicionalmente a lo anterior, debe tenerse en cuenta, en los términos del C. P. C., que es evidente que se debe decidir la objeción en la sentencia o decisión, pues el dictamen objetado no se practicó en trámite incidental. En primera instancia, es del caso mencionar que la citada objeción habrá de entenderse como una objeción parcial al dictamen pericial, en la medida que con ella no se pretende desvirtuar la calidad total de la prueba practicada, sino tan solo algunos elementos de la misma.

Sobre el particular, se observa que establece el C. P. C. que las partes pueden objetar el dictamen por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

En la Jurisprudencia el error grave en el dictamen pericial se ha determinado como una equivocación de elevada magnitud. Así las cosas, para que el juez pueda darle curso a la objeción, es necesario que la razón de la misma sea necesariamente una falla de entidad en el trabajo de los expertos y no cualquier error; es decir, debe ser un "error grave", trascendental.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia que:

"(...), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...' (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, '...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...', de donde resulta a todas luces evidente que las tachas

por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil '... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...' (G. J. tomo LXXXV, pág. 604).

"En efecto, si en una situación igual a la que en este expediente se configura, la contribución técnica pedida a los expertos fue la de efectuar directamente y de acuerdo con bases tentativas señaladas de oficio por el órgano judicial, la muestra de la eventual liquidación del importe de un daño patrimonial apoyada en la valoración razonada de circunstancias fácticas emergentes de la instrucción probatoria a las que, más que percibir en su objetividad, corresponde apreciar según procedimientos experimentales de tasación respecto de cuya operación se supone los peritos son profundos conocedores, resulta en verdad disonante con el concepto normativo de la objeción por error grave el pretender, ante el trabajo realizado, descalificarlo porque en opinión del litigante interesado, aquellas bases señaladas por el juez para ser tenidas en cuenta, carecen por completo de legitimidad jurídica y por consiguiente le abren paso a la que dice es '... una objeción de puro derecho.'" (Subrayas y negrillas ajenas al texto) - Corte Suprema de Justicia, Auto sep. 8/93, Exp. 3446. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

La anterior providencia fue reiterada en el proceso No 16519, Sentencia del 29 de agosto de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote; igualmente, en la Sentencia de reemplazo dictada en el Expediente No. C-4533 el 12 de agosto de 1997, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez (S-043/97).

Habrà entonces que colegir que cuando el dictamen pericial con su aclaración y adición no presenta bases equivocadas de tal entidad o magnitud, no existe en aquel cambio del objeto fin de examen, o de sus atributos, ni estudio distinto del encomendado, y por tanto ha de concluirse que no se evidencian conceptos errados que lleven a falsas conclusiones configurativas del error grave.

De contera, y tal y como lo determinó la Corte Constitucional:

"...para que prospere la objeción contra un peritazgo es indispensable, en términos del artículo 238, numeral 4, que exista un error grave o de gran magnitud.

"Todo peritaje debe ceñirse al objeto de lo pedido. El objeto de lo pedido, en términos del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil es determinado por el juez". Según el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia realizado, si bien la divergencia entre los términos del peritaje y lo solicitado puede llegar a constituir error grave, se hace indispensable que se haya tomado "como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto".

No es ajeno al Tribunal que a la luz de las Jurisprudencias transcritas, la objeción por error grave implica que el dictamen rendido se fundamenta en información de tal grado incorrecta, que sea evidente y manifiesta y necesariamente tenga tal trascendencia que derive en conclusiones erróneas sobre la materia objeto estudio por parte de los peritos.

Las anteriores consideraciones sirven de fundamento para el análisis de la objeción parcial planteada.

Sobre estos aspectos considera el Tribunal lo siguiente:

En la pregunta 1ª del dictamen se le solicitó al perito lo siguiente:

"Deberá identificar cada uno de los usuarios que fueron suspendidos por la Secretaría Distrital de Salud en los meses de junio y agosto de 2006 correspondientes a la ejecución de los contratos Nos. 027 de 2004, 0427 de 2005, 0435 de 2005 y 0436 de 2005, así como de sus Otrosís. Una vez identificados estos usuarios, deberá determinar la causa por la cual fueron suspendidos según los archivos de la Secretaría de Salud y la fecha desde la cual estos usuarios estaban efectivamente afiliados a SALUD TOTAL S.A. EPS"

Como se puede apreciar, la pregunta formulada le exigía al perito determinar cuales fueron los usuarios suspendidos en los meses de junio y agosto y la causa de dicha suspensión. Para el Tribunal es claro que ello implicaba examinar la situación que realmente se presentó en dichos meses, independientemente si con posterioridad y a

propósito de la liquidación del contrato la Secretaría efectuó algún reconocimiento sobre dichos afiliados.

El hecho de que respecto de unos afiliados se hayan descontado UPCs en los meses de junio y agosto, así posteriormente la Secretaria haya efectuado reconocimientos respecto de dichos afiliados a propósito de la liquidación de los contratos, no desvirtúa el hecho que inicialmente dichos afiliados fueron suspendidos.

En la pregunta No 2 se le solicitó al perito:

"Deberá establecer el valor real de las UPC'S que la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, de manera retroactiva descontó relacionados con los usuarios anteriormente indicados, y las fechas en las cuales estos descuentos se realizaron. Igualmente en este punto el perito deberá establecer y discriminar el monto de las UPC-S descontadas retroactivamente que pertenecen a usuarios multifiliados en la misma ARS SALUD TOTAL".

Al igual que en el caso anterior la pregunta formulada al perito se refiere a los descuentos realizados por la Secretaría durante la ejecución del contrato. Por consiguiente, encuentra el Tribunal que para poder dar respuesta a la pregunta que le había sido formulada, era pertinente que el perito examinara la realidad de los descuentos presentados con base en la información histórica. El hecho de que con posterioridad y a propósito de la liquidación del contrato, la Secretaria hubiera realizado reconocimientos no demuestra ningún error en el razonamiento efectuado por el perito.

El mismo razonamiento procede en cuanto se refiere a las respuestas a las preguntas 7 y 8, en la medida en que las críticas frente a las mismas obedecen a que ellas se elaboraron con base en las respuestas dadas a las preguntas 1 y 2.

Por otra parte, en cuanto se refiere al hecho de que el perito haya obtenido distintos resultados a los que obtuvo la Universidad Nacional no acredita tampoco el error grave del perito, pues lo que demuestra es que existen dos opiniones técnicas, sin que pueda tenerse certeza de que la expresada por el perito en el presente proceso es errada, pues precisamente ni siquiera está establecido que el dictamen pericial y el trabajo realizado por la Universidad Nacional fueron realizados con base en los mismos elementos y criterios.

Finalmente, no encuentra el Tribunal que en el expediente obre prueba que demuestre que las bases, cálculos y conclusiones del perito son contrarios a la realidad.

No se presentan, entonces, frente al peritaje objeto de tacha, las condiciones objetivas que la jurisprudencia ha señalado para que se configure el "error grave" que se le imputa al dictamen. Porque el error grave utilizando los términos de la Jurisprudencia H. Corte Suprema de Justicia, citada: "(...) no puede hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. (...)”

Analizados los términos en que se fundamenta la objeción parcial por error grave planteada por las apoderadas de la Convocada encuentra el Tribunal que no se dan los presupuestos o las condiciones para declarar que dicha objeción debe prosperar.

Es preciso reiterar que, la Convocada le cuestiona al dictamen el corte que tuvo en cuenta para efectuar los cálculos solicitados, es decir, la base que sirvió para calcular los valores que son materia de las preguntas, lo que como ya se vio no constituye error, pero también, que no se ha demostrado desde otra perspectiva un error del perito, sino una discrepancia con su criterio y análisis, lo cual como ya se dijo no acredita un error.. Por lo tanto, la objeción planteada no es de recibo para el Tribunal por las razones expuestas.

Todo lo anteriormente expuesto, conlleva que las objeciones formuladas debas ser rechazadas, por cuanto para el Tribunal, las mismas, no reúnen los requisitos legales exigidos por el artículo 238 del C. de P. C, que permita deducir que efectivamente el perito incurrió en su dictamen en el tipo de error que se le imputa. Por estas razones, las objeciones planteadas no están llamadas a prosperar.

VII. COSTAS

El Tribunal, con fundamento en los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993, 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 , su entendimiento y aplicación por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, al encontrar que la conducta procesal de ambas partes ha sido ética, diligente y transparente, se abstendrá de imponer condena en costas, porque su pertinencia en controversias contractuales está condicionada a una actuación temeraria o abusiva.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias surgidas entre SALUD TOTAL S.A. EPS, de una parte, y el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ, de la otra, administrando justicia por delegación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Negar la objeción por error grave propuesta por la parte demandada respecto del dictamen pericial.

Segundo: Declarar que entre la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS y el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DE SALUD se suscribieron los contratos Nos. 0027-2004, 0427-2005, 0435-2005 y 0436 de 2005, cuyos objetos eran la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, identificados mediante listado anexo a los contratos suministrados por el contratante y que libremente hubiesen elegido a Salud Total como prestadora del servicio de salud, con el fin de garantizar a dichos afiliados la prestación de los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POSS-.

Tercero: Declarar que el contratante DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DE SALUD, incumplió los contratos indicados en el numeral anterior al haber descontado de manera retroactiva las UPCS correspondientes a los usuarios y afiliados al régimen subsidiado a través de SALUD TOTAL S.A. EPS.

Cuarto: Negar las pretensiones tercera y cuarta principales así como las subsidiarias de esta última.

Quinto: Declarar que la sociedad SALUD TOTAL S.A. EPS, prestó los servicios de salud a los afiliados cubiertos por los contratos a que se refiere el numeral 2º y por lo tanto condenar al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DE SALUD a cancelar la suma de TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$3.979.871.317), la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo, y corresponde a la prestación de servicios suministrada a los afiliados sobre los cuales el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DE SALUD procedió a descontar de forma retroactiva las UPCS de dichos usuarios; la prima por los seguros para la atención de enfermedades de alto costo de estos afiliados y al gasto administrativo sobre estos usuarios.

Sexto: Disponer que el pago de la suma de dinero de que trata el numeral anterior, lo debe efectuar el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DE SALUD a SALUD TOTAL S.A. EPS el día hábil siguiente a aquel de ejecutoria de este laudo.

Séptimo: Ordenar la devolución a la partes de las sumas no utilizadas de la partida "protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Octavo: Ordenar la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá.

Noveno: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

Esta providencia queda notificada en estrados.

HERNANDO HERRERA MERCADO

Presidente

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

Arbitro

LUIS FERNANDO ALVARADO O.

Arbitro

ANTONIO PABÓN SANTANDER

Secretario