

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJECIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

SÍNTESIS DEL CASO: Entre el departamento del Cauca y la sociedad Global Salud Integral IPS Ltda se celebró el contrato 607 de 4 de julio de 2011, cuyo objeto fue la “prestación de servicios de salud farmacéuticos a la población pobre en lo no cubierto con subsidio a la demanda del departamento del Cauca”. Las partes entraron en conflicto por el grado de cumplimiento del contrato y valor de los descuentos que la secretaria de salud del departamento del Cauca indicó en el proyecto de la cuenta final de liquidación del contrato, por concepto de actividades de prevención y promoción y de medicamentos no entregados.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto por tratarse de un proceso de doble instancia en virtud de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 157 del CPACA, dado que la pretensión mayor ascendió a la suma de \$2.388'947.542 - por causa del incumplimiento - que excede los 500 salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 157

TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

De conformidad con el literal j) del artículo 164 del CPACA, la oportunidad para presentar la demanda en ejercicio del medio de control contractual es de dos años, término que en el presente caso se deben calcular bajo el supuesto del punto v) del citado literal

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 164 LITERAL J

TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL / LEY APLICABLE AL CONTRATO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD / SELECCIÓN ABREVIADA DEL CONTRATISTA

Desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio, la Sala no tiene reparo con respecto a la legislación que se invocó como aplicable en el contrato 607 de 2011, toda vez que por razón de la entidad territorial contratante dicho contrato se rigió por la Ley 80 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, en virtud de la cual para la contratación de prestación de servicios en salud era viable el procedimiento de selección abreviada dispuesto en el artículo 2

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 2

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD - Objeto / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD - Alcance / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD - Incluyó las actividades de promoción y prevención a cargo de la IPS / PRECIO DEL PRODUCTO FARMACÉUTICO - Establecido en la oferta

La Sala advierte que el objeto del contrato sí incluyó las actividades de promoción y prevención a cargo de la IPS. No sobra observar que los precios de los medicamentos surgieron de la oferta de la IPS en el proceso de selección abreviada, de manera que no se acepta el argumento de que la IPS hubiera cobrado un precio mayor de haber conocido que estaba obligada a las actividades de promoción y prevención.

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Frente a la entrega de medicamentos / CARGA DE LA PRUEBA - Corresponde a la IPS respecto del grado de cumplimiento del contrato

[S]e reafirma que para efectos de la liquidación judicial resulta pertinente fundarse en los datos estimados con base en la inferencia estadística, en tanto que en la liquidación del contrato la IPS solo podía cobrar los medicamentos entregados efectivamente y sobre los cuales tampoco acreditó en este proceso su propio cumplimiento en el 100% de lo facturado (...) La carga de la prueba en ese aspecto se encontraba al alcance del Global Salud Integral IPS Ltda y no se satisface con el soporte documental de las órdenes de entrega, por cuanto quedó probado que, pese a la firma del beneficiario por la totalidad de la autorización, la dispensación se realizó en varias entregas y resultó incompleta en un porcentaje de casos que se estableció en el informe final, de acuerdo con la metodología acerca de la muestra definida en este asunto. (...) se tiene en cuenta que correspondía a la IPS probar su propio cumplimiento, de conformidad con el artículo 167 del CGP.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 167

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL - No procede reconocimiento de intereses a favor del contratista / IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA DE PRIMERA INSTANCIA / VARIACIÓN DEL IPC

Se reafirma lo considerado y decidido en la sentencia de primera instancia en el sentido de que en la cuenta final de liquidación no procedía reconocer intereses a favor de la contratista. Tampoco procede liquidar perjuicios por cobros ejecutivos y demandas, puesto que la sentencia de primera instancia observó la falta de prueba sobre la causalidad entre el crédito ejecutado en los procesos que invocó al demandante como prueba del perjuicio y la prestación del servicio de salud farmacéutico y, además, este aspecto de los cobros ejecutivos no fue materia de apelación. Como consecuencia, únicamente se actualizará el valor de la condena con fundamento en la variación del IPC.

PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO - A favor de la parte que actuó a nombre propio, a pesar de que no incurrió en el pago de honorarios de un apoderado que lo representara / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO - En los eventos en los cuales el apoderado es funcionario de la entidad vencedora en el proceso

Habida cuenta de que a este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, asiste razón a la IPS demandante, en cuanto a la procedencia de la condena en costas a cargo de la parte vencida, que en este caso lo fue el departamento del Cauca, aunque no

respecto de todas las pretensiones. Como consecuencia, procede la apelación, en el sentido de condenar en costas al departamento del Cauca y fijar las agencias en derecho correspondientes. (...) es importante destacar que la fijación de agencias en derecho resulta procedente a favor de la parte vencida, con independencia de si el apoderado era un abogado contratado para la representación judicial o se desempeñaba como funcionario de la entidad demandante y vencedora en el presente proceso. Se observa que la fijación de agencias no se ve afectado en el evento en el que la parte haya litigado, incluso, a nombre propio, sin apoderado, pues, aun en ese caso, se reconoce el derecho a que se fije el monto de agencias para retribuir su actuación, tal como se desprende de lo señalado en los numerales 3 y 4 del artículo 366 del CGP. Por lo anterior, si la parte actuó a nombre propio y aun así tiene derecho a que se le fijen agencias a su favor, a pesar de que no incurrió en el pago de honorarios de un apoderado que lo representara, igual razonamiento debe aplicarse cuando se trata de una entidad que actúa a través de un apoderado que hace parte de su planta de personal, pues el hecho de que no se hayan realizado pagos diferentes de los salariales no enerva la causación de las agencias en derecho como parte de la condena en costas.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 188 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 365 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 366 NUMERAL 3 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 366 NUMERAL 4

APLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS - Conforme a criterio objetivo

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 19001-23-33-002-2014-00562-01(61684)

Actor: GLOBAL SALUD INTEGRAL IPS LTDA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - LEY 1437 DE 2011 (CPACA)

Temas: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN SALUD FARMACÉUTICOS– INCUMPLIMIENTO - alcance del objeto y de las obligaciones – SELECCIÓN ABREVIADA - Ley 1150 de 2007 / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – contrato de prestación de servicios de salud farmacéutico / PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN en el servicio de salud farmacéutico – descuento por servicios no acreditados - Decreto 2200 de 2005 – Ley 1438 de 2011 / MEDICAMENTOS NO ENTREGADOS – descuentos en la liquidación del contrato – CARGA DE LA PRUEBA de la IPS en el grado de cumplimiento del contrato / INTERESES DE MORA – No se causan en el presente caso / AGENCIAS EN DERECHO – condena a cargo de la parte vencida.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 5 de abril de 2018, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: LIQUIDAR el contrato No. 607 de 2011, la cual quedará de la siguiente manera:

| | |
|---|--------------------|
| VALOR DEL CONTRATO | \$5.000'000.000,00 |
| PAGO ANTICIPO | \$2.500'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2648 | \$1.250'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2809 | \$750'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2848 | \$495'856.388,00 |
| TOTAL FACTURADO | \$2.495'856.388,00 |
| VALOR AVALADO PARA PAGO DE FACTURAS POR FIRMA CAMPO & ASOCIADOS | \$2.388'947.542,00 |
| DESCUENTO POR ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN | \$196'046.797,43 |
| DESCUENTO POR NO ENTREGA DE MEDICAMENTOS | \$36'973.180,00 |
| VALOR PENDIENTE DE PAGO AL CONTRATISTA SIN ACTUALIZAR | \$2.155'927.565,57 |
| VALOR ACTUALIZADO A LA FECHA DE LA SENTENCIA | \$2.567'588.385,54 |

“SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior liquidación, el departamento del Cauca pagará a GLOBAL SALUD INTEGRAL IPS LTDA, la suma resultante debidamente indexada correspondiente a

DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$2.567'588.385,54).

“**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

“**CUARTO: TOMAR** nota de la medida de embargo comunicada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán mediante Oficio 404 de 22 de abril de 2016, dentro del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía”

“**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

“**SEXTO:** Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“**SÉPTIMO:** NOTIFÍQUESE la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011”¹

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

Entre el departamento del Cauca y la sociedad Global Salud Integral IPS Ltda se celebró el contrato 607 de 4 de julio de 2011, cuyo objeto fue la “prestación de servicios de salud farmacéuticos a la población pobre en lo no cubierto con subsidio a la demanda del departamento del Cauca”.

Las partes entraron en conflicto por el grado de cumplimiento del contrato y valor de los descuentos que la secretaria de salud del departamento del Cauca indicó en el proyecto de la cuenta final de liquidación del contrato, por concepto de actividades de prevención y promoción y de medicamentos no entregados.

2. La demanda

Mediante demanda presentada el 9 de diciembre de 2014, reformada el 20 de abril de 2015², en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, Global

¹ Folios 541 y 542 del cuaderno principal de la segunda instancia.

²² Folio 265, cuaderno 2.

Salud Integral IPS Ltda³ solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el departamento del Cauca - Secretaría de Salud (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: Declarar que el Departamento del Cauca - Secretaría Departamental de Salud, incumplió parcialmente el contrato No. 607 del 14 de julio de 2011, suscrito con la Sociedad Global Salud Integral IPS, por el no pago oportuno de las conciliaciones de las glosas realizadas con la firma Auditora Campo & Asociados S.A.S., así:

“a. Por valor de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS ONCE PESOS (\$454'659.711) correspondientes a la cuenta de cobro No. 2848 del 19 de diciembre de 2012, conciliación realizada el 24 de junio de 2013.

“b. Por valor de SETESCIENTOS DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$717'904.463), correspondientes a la cuenta de cobro No.2809 del 8 de mayo de 2012, conciliación realizada el 24 de junio de 2013.

“c. Por valor de \$1.216'383.368 correspondientes a la cuenta de cobro No. 2648 del 4 de febrero de 2012, conciliación realizada el treinta y uno (31) de agosto de 2012.

“Finalmente se declare el incumplimiento del contrato referido, por la omisión del interventor y en consecuencia de la Entidad, al no liquidarlo en los términos establecidos en las normas vigentes al momento del contrato, y la cláusula vigésima primera del pacto contractual.

“SEGUNDO: Que se realice por vía judicial la liquidación del contrato 607 de julio de 2011 suscrito entre el Departamento del Cauca - Secretaria de Salud y la Sociedad Global Salud Integral IPS para lo cual deberá tenerse en cuenta las conciliaciones de las glosas arriba referidas, realizadas entre la firma Auditoría Campo & Asociados S.A.S.

“TERCERO: Que se condene al Departamento del Cauca – Secretaría de Salud a pagar a la sociedad Global Salud Integral IPS la suma de DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS (\$2.388'947.542)

“CUARTO: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se condene al Departamento del Cauca, Secretaría de Salud, al pago de los perjuicios materiales en su doble modalidad –

³ En adelante se podrá denominar: la IPS

daño emergente y lucro cesante- así como [a] los perjuicios inmateriales que se llegaren a demostrar, como consecuencia directa del incumplimiento ya descrito, toda vez que los mismos fueron ciertos, directos y actuales.

“QUINTO: Que se condene al Departamento del Cauca – Secretaría de salud – a pagar a la sociedad Glogal [sic] Salud Integral IPS, los intereses moratorios máximos legales vigentes permitidos por la Ley para este tipo de contratos, es decir los contemplados en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011.

“SEXTO: Que se condene al Departamento del Cauca- Secretaría de Salud a pagar las agencias y costas del proceso”⁴.

Igualmente, la IPS presentó las pretensiones primeras y segundas subsidiarias, de liquidación judicial del contrato para el caso en que no prosperara la principal basada en la declaración de incumplimiento⁵. En la segunda pretensión subsidiaria se pidió la liquidación judicial con el reconocimiento de la suma equivalente al 50% del valor total del contrato o el que se llegare a demostrar, así (se transcribe de forma literal):

“SEGUNDA: Que se condene al Departamento del Cauca- Secretaría de Salud pagar a la sociedad Global Salud Integral IPS, la suma de DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$2.500'000.000) correspondientes al 50% del valor total del contrato No. 607 del 14 de julio de 2011 o el que se llegare a demostrar, de conformidad con lo establecido en las cláusulas Segunda y Tercera del contrato ya referido”⁶.

3. Los hechos

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

3.1. Entre el departamento del Cauca y la sociedad Global Salud Integral IPS Ltda, previo el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía GDC-SSD-SA 02, se celebró el contrato 607 de 4 de julio de 2011, cuyo objeto fue la “prestación

⁴ Folios 231 a 233 del cuaderno 1.

⁵ No se transcriben todas las pretensiones subsidiarias por razones de espacio y, además, por cuanto en las primeras pretensiones subsidiarias se repite el texto de la primera y tercera de las principales.

⁶ Folio 233 del cuaderno1.

*de servicios de salud farmacéuticos a la población pobre en lo no cubierto con subsidio a la demanda del departamento del Cauca*⁷.

3.2. El contrato se modificó mediante el otrosí No. 1, para dar cumplimiento a la exigencia de constituir una fiducia mercantil y crear un patrimonio autónomo para el manejo del anticipo del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011⁸ y, según narró la demandante, a través de dicho patrimonio se pagó el primer 50% del contrato, previa autorización del interventor.

3.3. El 24 de febrero de 2012, teniendo en cuenta que el contrato alcanzó una ejecución del 82,11%, la IPS solicitó el pago por un valor equivalente al 25%, ante lo cual el interventor del contrato le informó que era preciso adelantar el proceso de auditoría para aprobar los pagos, de acuerdo con la cláusula tercera del contrato.

3.4. El 14 de abril de 2012, la IPS reportó una ejecución del 100% del contrato.

3.5. El 18 de abril de 2012, la Fundación Contadores Públicos por Colombia - S.C.P.⁹ informó a la IPS que esa fundación había sido designada para auditar la cuenta de cobro No. 2648; por su parte, la IPS presentó la respuesta a las glosas en las que se observó su extemporaneidad y la falta de fundamento legal; no obstante, S.C.P. no aceptó las explicaciones y solicitó continuar con el trámite de la conciliación de cuentas.

3.6. El 19 de julio de 2012, la IPS radicó los soportes de las órdenes de servicios de los medicamentos por el 10% final del valor del contrato, correspondientes al período 22 de marzo a 16 de abril de 2012 y una relación de los medicamentos que no se encontraron incluidos en la lista de precios aprobada por el departamento, esto último, teniendo en cuenta que el interventor le manifestó que no estaba autorizado para fijar dichos precios (hechos 22 y 23 de la demanda).

⁷ Folio 2 del cuaderno 1 de documentos del contrato 607-2011.

⁸ Ley 1474 de 2011. "Artículo 91. Anticipos. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.// El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.// Parágrafo. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal".

⁹ En adelante se podrá denominar: S.C.P.

3.7. El 31 de agosto de 2012 se levantó un acta con la intervención de la firma auditora Campos & Asociados, en la que se dejó constancia del inicio del proceso de conciliación de cuentas, se trataron los asuntos materia de las diferencias y se asumieron compromisos para levantar algunas de las glosas y presentar información sobre otras.

3.8. El 6 de noviembre de 2012, Campo & Asociados avaló la suma de \$1.216'383.368 – correspondiente a la cuenta de cobro No. 2648- documento de aval que fue presentado en la secretaría de salud, el 15 de noviembre de 2012.

3.9. El 7 de diciembre de 2012, la supervisora e interventora del contrato –Carmen Rocío Betancourt Hoyos, profesional del centro regulatorio de servicios ambulatorios de la secretaría de salud- solicitó a la IPS la entrega de información y soportes requeridos para la evaluación de cumplimiento del contrato en diversos aspectos, teniendo como fundamento una función de advertencia emitida por el contralor departamental.

3.10. El 28 de diciembre de 2012, la IPS dio respuesta a la interventora presentando un informe del estado de las actuaciones.

3.11. El 7 de junio de 2013 la secretaria de salud indicó a la IPS los documentos que faltaban para el trámite de las cuentas, entre ellos relacionó la presentación de la factura con el resultado del informe de auditoría, por cuanto, en criterio de esa entidad, se trataba de un título complejo. En esa comunicación se informó que las facturas no eran exigibles por cuanto no se habían acompañado de los documentos para verificar el estado de cumplimiento del contrato (hecho 36 de la demanda).

3.12. El 24 de junio de 2013 se conciliaron con la auditoria las glosas correspondientes a las facturas 2848 y 2809 de 2012 y se emitieron los avales de auditoría por parte de Campo & Asociados, por las sumas de \$717'904.463 y \$454'659.711, respectivamente (hecho 36 de la demanda).

3.13. Según narró la demandante, el proyecto de acta de liquidación que le presentó la secretaria de salud incluía descuentos por concepto de promoción y prevención y por medicamentos supuestamente no entregados, que resultaban inaceptables por cuanto se violaba el principio de liquidación bilateral y por ello,

decidió no acceder a la propuesta de liquidación, toda vez que, afirmó la demandante, se le solicitó renunciar a reclamación posterior (hecho 41 de la demanda).

3.14. La demandante agregó que, en el informe de supervisión del contrato suscrito el 4 de noviembre de 2014 por Carmen Rocío Betancourt en su calidad de supervisora del contrato y por los liquidadores designados por el departamento del Cauca, se concluyó que no existían incumplimientos y se avaló el pago por la suma de \$2.388'947.542 a favor de la IPS (hecho 42 de la demanda), el cual no se realizó.

3.15. La demandante narró que la DIAN le inició el cobro coactivo por el no pago de sus obligaciones y que también fue demandada por los proveedores de medicamentos, todo lo cual le generó perjuicios que no se habrían presentado en caso de haber percibido el pago oportuno del contrato 607 de 2011.

4. Concepto de violación

La parte actora invocó, como fundamento de sus pretensiones, la vulneración de los artículos 4, 5, 25, 26, 50 y 60 de la Ley 80 de 1993, contentivos de las obligaciones y responsabilidades de las entidades estatales en la contratación pública y en la liquidación de los contratos.

De igual forma, argumentó que se violaron los compromisos contractuales respecto del pago y las obligaciones pactadas en las cláusulas tercera, séptima y vigésima primera del contrato 607 de 2011.

5. Contestación de la demanda

En la contestación a la demanda, el departamento del Cauca se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que el pago estaba pactado por cuotas, de conformidad con la cláusula tercera, y que el 50% final se pagaba en tres cuotas equivalentes al 25%, 15% y 10%, sometidas a la certificación o visto bueno del interventor, pero advirtió que no se causó en esa forma, en virtud de aquellas cuentas que no recibieron la aprobación final, al no haber superado las glosas y hallazgos de la interventoría, por lo que, según afirmó, no existió incumplimiento en la obligación de pago.

Reseñó los procesos de auditoría y conciliaciones que se llevaron a cabo por la firma Campo & Asociados, contratada para la auditoría de cuentas médicas, y por la Fundación de Contadores Públicos de Colombia S.C.P., que auditó, de manera concurrente, las cuentas incluidas en la factura No. 2648; narró los hechos que dieron lugar al aval o aprobación parcial para su pago, previa conciliación de cuentas.

Detalló el alcance de los procedimientos de auditoría de cuentas y especificó que inicialmente no se encontraba establecida la auditoría de campo “*tendiente a verificar con el usuario, la cantidad, calidad y oportunidad en la entrega de medicamentos*”.

Narró que la Contraloría Departamental del Cauca, en ejercicio del control fiscal, realizó la advertencia 03 de 28 de agosto de 2012, la cual dio lugar al contrato de supervisión 472 de 2013, celebrado con María Inés Ceballos, quien adelantó la labor de verificación del grado de cumplimiento de obligaciones y presentó el informe final de ejecución.

Resaltó que el departamento sí adelantó gestiones para liquidar el contrato y que existió el citado informe final de ejecución y el respectivo proyecto de acta de liquidación, los cuales obran en el proceso; sin embargo, no se logró un acuerdo entre las partes.

Reconoció como obligación debidamente soportada, de acuerdo con el proyecto de acta de liquidación, la suma de \$1.768'522.542 – misma que había ofrecido en la conciliación extrajudicial - y no la suma de \$2.388'947.542 que se reclamó en la demanda¹⁰.

Relacionó las investigaciones penales y disciplinarias y la visita de auditoría fiscal de que fue objeto el contrato, advirtiendo que no hubo resultados en contra del departamento y que se cumplió con lo que se revisó y aprobó.

Reiteró que no se encuentra demostrada la ejecución del contrato 607 de 2011 por la suma total que se reclamó en la demanda y que no hay lugar al reconocimiento

¹⁰ Folios 304 y 305 del cuaderno 2.

de intereses de mora sobre los saldos auditados, por no haberse cumplido los requisitos de exigibilidad.

Finalmente, el demandado se opuso al juramento estimatorio de perjuicios¹¹ porque, en su criterio, la demandante no justificó la reclamación por perjuicios en la forma establecida por el artículo 206 del CGP.

6. Actuación procesal

6.1. El Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda, inicialmente mediante auto de 30 de enero de 2015¹² y, una vez reformada, admitió la respectiva reforma a la demanda en el auto de 5 de junio de 2015¹³.

6.2. El 20 de junio de 2016 se adelantó la audiencia inicial, la cual se suspendió para que las partes intentaran la conciliación, teniendo en cuenta que el magistrado conductor del proceso reseñó el consenso sobre el cumplimiento de la mayor parte del contrato; no obstante, a falta de acuerdo sobre las cuentas que eran materia de las diferencias entre las partes, la conciliación se declaró fracasada¹⁴.

6.3. En audiencia de 27 de septiembre de 2016 se decretaron las pruebas¹⁵.

6.4. La audiencia de pruebas se llevó a cabo en las sesiones de 23 de noviembre de 2016¹⁶ y 25 de enero de 2017¹⁷, en las cuales se practicaron los testimonios y se recibió el dictamen pericial.

6.5. Obra en el expediente el dictamen de 23 de noviembre de 2016 presentado por el perito designado en el proceso, sobre el cual se solicitaron aclaraciones o adiciones, según consta en acta de 25 de enero de 2017. De acuerdo con lo que se lee en el dictamen, este tuvo por objeto un *“informe pericial acerca de los valores y conceptos ejecutados del Contrato de Prestación de Servicios 607/2011*

¹¹ Folio 306 del cuaderno 2.

¹² Folio 242 a 256 del cuaderno 1.

¹³ Folio 265 y 266 del cuaderno 2.

¹⁴ Folios 454 y 455 del cuaderno 2.

¹⁵ Folio 461 a 465 del cuaderno 2.

¹⁶ Folios 1 a 6 del cuaderno 3.

¹⁷ Folios 93 a 96 del cuaderno 3.

restringido al monto sobre el cual existe controversia” y el pronunciamiento sobre las glosas presentadas y conciliadas.

6.6. Concluida la etapa de pruebas, las partes presentaron sus alegatos en la primera instancia.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Cauca profirió sentencia el 5 de abril de 2018, en la cual liquidó el contrato No. 607 de 2011, estableció un saldo a favor de la IPS demandante y condenó al departamento del Cauca a pagarle la suma de \$2.567'588.385,54.

En la cuenta final de liquidación, el Tribunal *a quo* relacionó: el anticipo pagado por valor de \$2.500'000.000, las facturas 2648, 2809 y 2848, pendientes de pago, por valor total avalado de \$2.388'947.542 -para un total ejecutado de \$4.888'947.542- y dedujo los descuentos por “*actividades de promoción y de prevención*” no acreditadas, valorados en la suma de \$196'046.796,43¹⁸ y por “*no entrega de medicamentos*” que estimó probada por la suma de \$36'973.180¹⁹, lo cual arrojó un valor pendiente de pago a favor de la IPS -sin actualizar- de \$2.155'926.5675,57.

Al aplicar la fórmula de actualización con el índice de variación del IPC hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, el saldo de la liquidación del contrato ascendió a la suma de \$2.567'588.385,54, que fue objeto de la condena a pagar impuesta al departamento del Cauca a favor de Global Salud Integral IPS Ltda, como se detalló en la parte inicial de esta providencia.

El Tribunal *a quo* observó que la controversia versaba sobre los siguientes asuntos (se transcribe de forma literal):

:

“Conforme al caudal probatorio, es comprensible, que los \$620'425.000 respecto de los cuales existe controversia, corresponden a las actividades de promoción y prevención, valor tasado por el

¹⁸ Cifra que se calculó en el 4,01% del anticipo y de las sumas avaladas por la firma de auditoría, tomando dicho porcentaje del Acuerdo 229 de 2002, expedido por el Consejo de Seguridad Social en Salud, que fijó la proporción de la UPC del sistema subsidiado, que debía ser destinada a actividades de promoción y prevención.

¹⁹ Correspondiente al valor verificado como no entregado a las personas encuestadas.

*departamento del Cauca en \$170'.425.000 a consecuencia del 85% de la población que refirió no haber recibido actividades de promoción y prevención, además de \$450'000.000 que equivale al 9% de la muestra que no recibió el medicamento trasladado al usuario*²⁰.

A juicio del Tribunal *a quo*, en la labor de *dispensación* de medicamentos por parte de Global Salud Integral IPS Ltda no quedaban comprendidas las actividades de promoción y prevención -*como pareciera entenderlo la interventoría*-, máxime cuando la propia demandante arguyó en este proceso que el contrato celebrado no correspondía a uno de suministro de medicamentos.

Como consecuencia, en la sentencia de primera instancia se advirtió que la sola constatación formal de los documentos relacionados con la entrega de medicamentos no implicaba el cumplimiento de las obligaciones de promoción y prevención inmersas en el contrato 607, dado que su objeto eran los servicios de salud farmacéuticos

El Tribunal agregó que los testimonios practicados en relación con ese aspecto correspondieron a personas que se desempeñaron como regentes de farmacia y solo se refirieron al suministro y uso adecuado de medicamentos, pero no lograron abarcar aquellas actividades de "*promoción y prevención contenidas en los objetivos específicos de acuerdo con el clausulado contractual*"²¹.

En ese punto, el Tribunal *a quo* destacó la importancia de la prueba de las labores cumplidas en desarrollo de la función de advertencia de la Contraloría Departamental, prueba sobre la cual advirtió que no puede ser desconocida en el presente proceso.

Por otra parte, agregó que en el informe final, contratado para medir el grado de cumplimiento del contrato 607 de 2011, se probó que el 9% de 81 beneficiarios consultados reportó entrega de medicamentos incompletos.

En cuanto a las actividades de promoción y prevención, el Tribunal *a quo* consideró "*loable*" utilizar como base del cálculo el porcentaje del 4,01% referido en el Acuerdo 229 de 2002, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social

²⁰ Folio 536 del cuaderno principal de la segunda instancia.

²¹ Página 44 de la sentencia, folio 538 del cuaderno principal de la segunda instancia.

en Salud²², “pues no se trata de aplicar los criterios de promoción y prevención fijados en el respectivo acuerdo, sino establecer el porcentaje al cual corresponden estas actividades”²³.

Se observa que, en el ítem de promoción y prevención, el Tribunal *a quo* modificó la cifra \$170'425.000 propuesta en el proyecto de acta de liquidación del demandado, al aplicar el porcentaje del 4.01% directamente sobre la suma de \$4.888'947.542 (constituida por el monto del anticipo de \$2.500'000.000 más el monto avalado para pago de facturas por valor de \$2.388'947.542) lo cual arrojó un descuento por actividades de promoción y prevención de \$196'046.706,43²⁴ ($\$4.888'947.542 \times 4,01 / 100$).

En cuanto a la pretensión por intereses de mora, de acuerdo con las cláusulas tercera y décimo sexta – que transcribió-, el Tribunal *a quo* concluyó que “como se dilucidó el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales”²⁵ que las cuentas avaladas no eran exigibles, por estimar lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“(...) el pago de las facturas no pendía exclusivamente del aval de la auditoría sino también de las verificaciones de la interventoría, a quien le correspondía diligenciar el respectivo recibido a satisfacción. // (...) la fecha de los aludidos avales, no constituían dentro del contrato, la obligación de proceder al pago”²⁶.

Como consecuencia, consideró el Tribunal *a quo* que se acreditó un cumplimiento parcial del contrato por parte de la IPS, por lo cual decidió no acceder a la pretensión de incumplimiento y procedió a realizar la liquidación del contrato 607 de 2011, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, lo cual se plasmó en el balance final de liquidación que se transcribió al inicio de esta providencia.

Respecto de las costas, en las consideraciones de la sentencia de primera instancia, el Tribunal *a quo* únicamente indicó: “6. Costas. *sin costas en esta*

²² “Por el cual se define la proporción de UPC - S que se destinará para la financiación de las acciones de promoción y prevención para el Régimen Subsidiado”.

²³ Página 48 de la sentencia, folio 540 vuelto del cuaderno principal de la segunda instancia.

²⁴ En el informe final de ejecución elaborado por el departamento, el porcentaje del 4.01 se aplicó a la suma de \$4.250'000.000 (85% del valor del contrato), lo cual arrojó \$170'425.000 por concepto de descuentos originados en la actividad de promoción y prevención.

²⁵ Página 49 de la sentencia, folios 541 del cuaderno principal de la segunda instancia.

²⁶ Página 41 de la sentencia, folio 537 del cuaderno principal de la segunda instancia

*instancia*²⁷, y dejó de incluir análisis o razonamiento alguno para explicar la decisión correspondiente, contenida en el punto quinto de la parte resolutive.

8. Los recursos de apelación

8.1. Recurso de apelación de la parte actora

La IPS demandante presentó recurso de apelación y solicitó la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, por varias razones:

i) Descuentos por prevención y promoción

Solicitó la no aplicación del descuento por la suma de \$196'046.797,43, equivalente al 4.01% consagrado el Acuerdo 229 de 2002, por concepto de actividades de prevención y promoción, por cuanto debió respetarse la voluntad de las partes, al no haberse pactado en el contrato un parámetro separado.

En su criterio, las actividades de promoción y prevención estaban incluidas en el suministro fijado dentro de los objetivos del servicio farmacéutico, de conformidad con el numeral 3 del artículo 6 del Decreto 2200 de 2005.

Observó que el servicio farmacéutico objeto del contrato se refirió a los medicamentos y dispositivos médicos y que si el contrato hubiera incluido otros servicios o actividades, como los relacionados en el Acuerdo 229 de 2002, el precio habría sido mucho mayor.

Agregó que el Acuerdo 229 de 2002 se refirió al régimen "*subsidiado*" en salud a cargo del departamento, en el cual el 4.01% se establece sobre el valor reconocido por la totalidad de los afiliados al SISBEN y, en este caso, según afirmó, el contrato se destinó a la población pobre en lo no cubierto con el subsidio de demanda, lo cual -indicó la IPS en su apelación- correspondió a un servicio que estaba por fuera del sistema, aunque también se destinaba a población perteneciente al citado SISBEN.

ii) Del cumplimiento por parte de la IPS

²⁷ Página 50 de la sentencia, folio 541 vuelto, cuaderno principal de la segunda instancia.

La apelante agregó que el descuento efectuado en la liquidación contenida en la sentencia de primera instancia resultó totalmente improcedente y que el Tribunal *a quo* se equivocó, por cuanto Global Salud Integral IPS Ltda “NO estaba obligada contractualmente” a realizar las actividades de promoción y prevención en el porcentaje previsto en el Acuerdo 229 de 2002, el cual se refirió al sistema regulado por la Ley 715 de 2001, que no era el aplicable al contrato *sub lite*.

iii) De la indebida interpretación y valoración de la prueba pericial

Observó la IPS que el Tribunal *a quo* no debió apartarse del dictamen practicado en el proceso, por cuanto de su lectura se puede observar que el perito estableció, no solo el incumplimiento del departamento del Cauca, sino que también, de manera puntual, indicó la improcedencia de los descuentos que los interventores realizaron por concepto de “P.I.P”, en cuanto “**NADA se tenía que realizar con las actividades dispuestas en el Acuerdo 229 del 2002 del CNSS**” (negrilla y subraya corresponden al texto del recurso)

iv) Del no reconocimiento de intereses de mora

La IPS insistió en que se condene al departamento a pagar los intereses, con base en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011²⁸, sobre las cuentas que la IPS le presentó, toda vez que los interventores -*de manera amañada*- desconocieron que las actividades de promoción y prevención correspondían a la entidad departamental.

²⁸ Ley 1438 de 2011. “Artículo 56. Pagos a los prestadores de servicios de salud. Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007.// El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). // Se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas por prestación de servicios o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción. // Las entidades a que se refiere este artículo, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de la Protección Social. // También se entienden por recibidas las facturas que hayan sido enviadas por los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud a través de correo certificado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, sin perjuicio del cobro ejecutivo que podrán realizar los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud en caso de no cancelación de los recursos”.

Agregó que el no pago de las cuentas llevó la IPS al punto de la quiebra, “*generándole perjuicios a sus accionistas*”.

v) De la no condena en agencias en derecho

La IPS apelante advirtió que, de acuerdo con el artículo 366 del CGP, imperativamente la parte vencida debe ser condenada en costas y agencias en derecho.

Observó que sus pretensiones triunfaron, en cuanto el departamento fue condenado al pago solicitado.

Consideró un error grave del Tribunal *a quo* no haberse pronunciado sobre las agencias en derecho.

Agregó que las agencias en derecho pueden compensar, así sea “*mínimamente*”, el gasto profesional ocasionado a la IPS, como consecuencia de haber tenido que acudir a una demanda cuyas pretensiones superaron fácilmente la suma de \$2.500'000.000.

Como consecuencia, solicitó fijar agencias en derecho entre el 3% y el 7.5% del pago reconocido, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

8.2. Recurso de apelación del demandado

El departamento del Cauca solicitó modificar la sentencia en orden a incrementar el descuento total por concepto de *medicamentos no entregados*, a la suma de \$450'000.000, con fundamento en el informe final elaborado por la doctora María Inés Ceballos.

Destacó que en dicho informe se reseñó la ampliación de la muestra consultada, lo cual redujo el “*error de tolerancia*”, de manera que el Tribunal *a quo* debió aplicar el porcentaje del 9% -que estableció dicho informe-, sobre el valor total del contrato, arrojando un descuento por la suma de \$450'000.000 y no solo aceptar la suma de \$36'973.180 correspondiente a los casos específicos de la muestra consultada.

Advirtió que el análisis estadístico era válido, por cuanto resultaba casi imposible entrevistar a todos los beneficiarios.

El departamento observó que de acuerdo con dicho informe *-elaborado por una persona experta-* la técnica estadística fue aplicada a una población que cumplió con características de representatividad, aleatoriedad y muestra adecuada, con el fin de que se realizaran inferencias o conclusiones con alto grado de certeza sobre la totalidad del servicio prestado.

Reseñó la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual quien solicita la declaratoria de incumplimiento del contrato debe acreditar plenamente el cumplimiento propio²⁹.

Recordó que los fines del servicio farmacéutico estaban regulados en el Decreto 2200 de 2005 y que uno de los objetivos allí fijados para este tipo de servicio era suministrar los medicamentos e *“informar a los pacientes sobre el uso adecuado”*, labor que debió acreditarse por el demandante, en orden a demostrar su propio cumplimiento.

Agregó que se debió tener en cuenta el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, es decir, que sólo procede reconocer a la contratista el valor de las prestaciones efectivamente ejecutadas en beneficio de la comunidad.

Por otra parte, el apelante afirmó que el contrato tuvo un *“objeto ilícito”*, por cuanto fijó pagos por porcentajes (anticipo y ejecución) y no se ajustó a ninguno de los mecanismos de pago establecidos en el Decreto 4747 de 2007 en concordancia con el literal d) del artículo 13 de la Ley 1222 de 2007 (pago por capitación, por evento o pago por servicio integral o paquete).

Igualmente, en el recurso de apelación, el departamento del Cauca mencionó que en la liquidación del contrato se debían descontar los rendimientos financieros del

²⁹ Citó la sentencia de 22 de junio de 2009, Consejera Ponente Ruth Stella Correa, radicación 230012331-000-1997-08763-01 (17552).

anticipo que, en su criterio, pertenecían a esa entidad, supuestamente de acuerdo con el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011³⁰.

Es importante observar desde ahora que los dos últimos párrafos –referidos al objeto ilícito y a los rendimientos de la fiducia- introducen hechos y argumentos nuevos que no fueron expuestos en la contestación de la demanda y tampoco aparecen referidos en la sentencia de primera instancia.

Por ello, en respeto del principio de la congruencia, los argumentos acerca de la nulidad por supuesta violación de las modalidades de pago previstas en de la Ley 1222 de 2007 y el descuento por rendimientos financieros de la fiducia no se admiten como materia del debate en sede de la presente apelación³¹.

9. Otras actuaciones en segunda instancia

9.1. El Tribunal *a quo* adelantó la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 del CPACA, la cual resultó fallida por falta de ánimo conciliatorio, de conformidad con el acta de 28 de mayo de 2018; en la misma audiencia se concedió el recurso de apelación³².

9.2. El 22 de agosto de 2018, la consejera conductora del proceso admitió el recurso de apelación; dicho auto fue notificado al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado el 14 de septiembre de 2018³³.

9.3. Mediante auto de 17 de octubre de 2018 se corrió traslado para alegar³⁴.

9.4. Alegatos en segunda instancia

³⁰ Ley 1474 de 2011. “*Artículo 91. Anticipos. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. // El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista*”.

³¹ Vale la pena observar que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 dispone la aplicación exclusiva de los recursos “*al contrato*” y no menciona, en forma concreta el tratamiento de los rendimientos ni la devolución de los mismos a la entidad contratante, Se agrega que el presente litigio se acotó a los conceptos debatidos en la demanda, sin que el departamento pueda incluir en su apelación otras partidas que supuestamente han debido incluirse en la liquidación, menos aun cuando en el proceso no se presentó cuestionamiento sobre la ejecución del contrato fiduciario y la destinación que la fiduciaria se dio a dichos rendimientos, supuestamente destinados a los pagos del contrato.

³² Folio 583 del cuaderno principal de la segunda instancia.

³³ Folio 589 del cuaderno principal de la segunda instancia.

³⁴ Folio 592 del cuaderno principal de la segunda instancia.

9.4.1. En la oportunidad para alegar, el departamento del Cauca insistió en que no se tuvo en cuenta que el incumplimiento del contratista debió ser calculado con fundamento en el informe final elaborado por María Inés Ceballos y explicó que, además, debe darse aplicación al artículo 1604 del Código Civil, en cuanto existe una culpa presunta de la contratista, que no cumplió con la carga de la prueba en cuanto a su propio cumplimiento.

Igualmente reiteró el argumento introducido en la apelación, acerca del supuesto derecho a descontar, en la liquidación, los rendimientos del anticipo manejado a través del patrimonio autónomo constituido mediante contrato fiduciario celebrado en cumplimiento del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

9.4.2. La parte demandante guardó silencio en su oportunidad.

10. Concepto del Ministerio Público

10.1. Al estudiar los argumentos de la IPS demandante, el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado consideró que el descuento realizado por concepto de prevención y promoción era improcedente, para lo cual distinguió el alcance del servicio a la población pobre, así (se transcribe de forma literal):

*“(...) aunque ambas poblaciones se encuentran en el estrato 1 y 2 del SISBEN las personas vinculadas al régimen subsidiado se encuentran vinculadas al sistema de seguridad social en cuanto que la población pobre no cubierta con subsidio a la demanda **se encuentra por fuera de dicho sistema**”³⁵.*

Afirmó que la población pobre referida en el contrato 607 de 2011 no estaba afiliada a ninguno de los dos regímenes de salud y no era beneficiaria de los programas de promoción y prevención regulados en el Acuerdo 229 de 2002.

Agregó que en la sentencia de primera instancia no se sustentó la causa para apartarse del dictamen pericial y concluyó que el Tribunal *a quo* fundó el incumplimiento relacionado con las actividades de promoción y prevención en el desconocimiento del clausulado contractual.

³⁵ Folio 620 del cuaderno principal de la segunda instancia.

Consideró que se debieron liquidar intereses sobre las cuentas adeudadas por el departamento, al menos de forma parcial.

Igualmente, indicó que en la sentencia de primera instancia se debieron fijar agencias en derecho.

10.2. Por otra parte, en relación con los argumentos del departamento del Cauca, el Ministerio Público estimó que le asistió la razón a la entidad demandada en la partida correspondiente a *medicamentos no entregados*, de acuerdo con lo probado en el proceso, y solicitó “*adicionar en \$450'000.000 correspondiente al 9% por la no entrega de medicamentos, de conformidad con lo probado en el contrato de apoyo a la supervisión No. 472-2013*”³⁶, para efecto de realizar la respectiva deducción en la cuenta final de liquidación.

De la misma forma, indicó que los rendimientos del anticipo -causados en la cuenta administrada por la fiduciaria-, correspondían al departamento y de allí dedujo que deben descontarse en la liquidación del contrato que ahora se examina, para reducir la suma que está debiendo el departamento del Cauca a la IPS contratista.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicitó modificar la sentencia, de acuerdo con lo probado en el proceso, teniendo en cuenta que, efectivamente se presentaron incumplimientos parciales bilaterales.

11. Embargo

Mediante auto de 2 de octubre de 2019, la consejera conductora del proceso ordenó tomar nota del embargo decretado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, en el proceso ejecutivo adelantado por Gloria Inés Vargas Castillo contra Global Salud Integral IPS, limitado a la suma de \$324'000.000³⁷.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** competencia en

³⁶ Folio 623 del cuaderno principal de la segunda instancia.

³⁷ Folio 637 del cuaderno principal de la segunda instancia-

razón de la cuantía; **3)** oportunidad en la presentación de la demanda; **4)** pruebas aportadas al proceso; **5)** régimen legal del contrato de prestación de servicios de salud farmacéuticos; **6)** el caso concreto: **6.1)** descuento por incumplimiento en las obligaciones de promoción y prevención; **6.2)** descuento por medicamentos no entregados; **6.3)** pretensión de intereses; **6.4)** actualización de la condena; **7)** costas y agencias en derecho.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado

Se verifica la competencia de esta jurisdicción para conocer de la controversia contractual en el presente caso, de conformidad con los artículos 104³⁸, 141³⁹ y 152-5⁴⁰ del CPACA, teniendo en cuenta que el departamento del Cauca es una entidad territorial de naturaleza pública, que obró como parte en el contrato 607 de 2011.

2. Competencia por el factor cuantía

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto por tratarse de un proceso de doble instancia en virtud de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 157 del CPACA⁴¹, dado que la pretensión mayor ascendió a la suma de

³⁸ CPACA, “Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, **de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas**, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.// Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, **en los que sea parte una entidad pública** o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado” (la negrilla no es del texto).

³⁹ CPACA “Artículo 141 CPACA. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. **Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley**”. (la negrilla no es del texto).

⁴⁰ CPACA “Artículo 152 Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. (...). 5. De los relativos a los contratos, **cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes** o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.(la negrilla no es del texto).

⁴¹ CPACA Artículo 157 CPACA. Competencia por razón de la cuantía. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda (...). // “Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor”.

\$2.388'947.542 - *por causa del incumplimiento*⁴²- que excede los 500 salarios mínimos mensuales vigentes⁴³ a la fecha de la presentación de la demanda⁴⁴.

3. Oportunidad de la acción contractual

De conformidad con el literal j) del artículo 164 del CPACA, la oportunidad para presentar la demanda en ejercicio del medio de control contractual es de dos años, término que en el presente caso se deben calcular bajo el supuesto del punto v) del citado literal, que dispone:

“v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”

El contrato 607 de 2011 terminó por vencimiento del término pactado, el 19 de mayo de 2012⁴⁵, el plazo de cuatro meses⁴⁶ fijado para la liquidación bilateral corrió entre el 20 de mayo y el 20 de septiembre de 2012, el de dos meses, para la liquidación unilateral, corrió entre el 21 de septiembre de 2012 y el 21 de noviembre de 2012, es decir que la oportunidad para presentar la demanda expiraba, transcurrido el término de dos años, el 22 de noviembre de 2014.

No obstante, faltando setenta y tres días para que se configurara la caducidad, el 9 de septiembre de 2014 la IPS presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial en asuntos administrativos, diligencia que se llevó a cabo el 3 de diciembre de 2014 y resultó fallida, según consta en acta de esa fecha⁴⁷.

⁴² Aunque se presentaron tres facturas, su valor se engloba en una pretensión de incumplimiento.

⁴³ La demanda se presentó el 9 de diciembre de 2014. A la fecha de presentación de la demanda 500 SMMLV equivalían a \$308'000.000 (\$616.000 x 500).

⁴⁴ De conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, la competencia se determina según la norma vigente al momento de la presentación de la demanda.

⁴⁵ De acuerdo con la cláusula tercera, la duración del contrato era de 10 meses contados a partir del acta de inicio, suscrita el 19 de julio de 2011, folio 19 del cuaderno 1 de documentos del contrato 607-2011.

⁴⁶ Cláusula vigésima primera del contrato 607 de 2011, folio 8 del cuaderno 1 de documentos del contrato 607-2011.

⁴⁷ Folios 152 a 158 del cuaderno 1.

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el término estuvo suspendido entre las fechas citadas y, por tanto, volvió a correr el 4 de diciembre de 2014, setenta y tres días, es decir, hasta el 14 de febrero de 2015.

Como consecuencia, la demanda en este proceso se presentó el 9 de diciembre de 2014, en forma oportuna y, por ello, no operó la caducidad de la acción.

Es útil agregar que la demanda fue reformada únicamente para entregar nuevos cuadros o relaciones de la facturación y allegar los soportes correspondientes, de manera que esa circunstancia no se modifica el cómputo anterior⁴⁸.

4. Las pruebas aportadas al proceso

A continuación, se reseñan las pruebas más relevantes para la presente providencia:

4.1. Antecedentes de la contratación, consistentes en el pliego de condiciones del procedimiento de selección abreviada GDC –SSD-SA-02 (copia parcial) y Resolución 05923-07-2011 de 6 de julio de 2011 contentiva de la adjudicación en favor de Global Salud Integral IPS Ltda⁴⁹.

De acuerdo con el contenido del pliego de condiciones, la IPS proponente debía presentar, en el sobre No 2, la propuesta económica con los precios de los medicamentos ofrecidos por ella, sin exceder los precios establecidos por el departamento del Cauca, en su caso.

Se agrega que Global Salud Integral IPS Ltda fue la única proponente que se presentó al referido procedimiento de contratación, de conformidad con lo que reseñó la resolución de adjudicación.

4.2. Contrato de “PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD FARMACÉUTICOS

⁴⁸ Se detalla el texto de la reforma a la demanda, así: “**1.- En cuanto a los medios de prueba documental se adicionan a los ya existentes en el proceso, once (11) cajas contentivas de los documentos que conformaron la facturación en cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 3 FORMA DE PAGO, y el numeral 4 de la cláusula 6 OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA del contrato N° 607 de 2011, los cuales fueron entregados a la entidad demandada.// La anterior prueba documental que conforma la facturación ha sido relacionada atendiendo la ejecución del 50% final del contrato así (...)”:(la negrilla y subraya son del texto).Folios 262 a 266 del cuaderno 2.**

⁴⁹ Hoja 93 a 103 CD, Folio 151 del cuaderno 1.

No. 607/2011”, suscrito el 14 de julio de 2011, entre el departamento del Cauca y Global Salud Integral IPS Ltda.

4.3. Acta de inicio del contrato No. 607 de 2011, de fecha 19 de julio de 2011, en el cual se reitera la cláusula quinta del contrato, al indicar que el plazo de ejecución era de 10 meses o hasta agotar presupuesto⁵⁰.

4.4. Contrato de fiducia de administración y pagos con destinación específica – “Fideicomiso FA-1175 Global Salud Integral IPS”, celebrado entre esa sociedad y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el 2 de agosto de 2011⁵¹ y rendición semestral de cuentas del citado contrato con corte a 31 de diciembre de 2011⁵². Puede anotarse que aunque la fiduciaria reportó ingresos por \$12'122.196 correspondientes a rendimientos, el saldo final del período, una vez deducidos los egresos, fue negativo en la suma de \$-880-821.15⁵³.

4.5. Facturación y cuadros consolidados, presentados en el CD anexo a la reforma a la demanda⁵⁴, archivo- “CONTRATO 607 PORCENTAJES”.

A título de ejemplo se transcribe un extracto de los cuadros presentados por la demandante, correspondiente al primer 50% del valor del contrato (se transcribe de forma literal):

**“CUENTAS OFICIALES
“GLOBAL SALUD INTEGRAL IPS - SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE
SALUD DEL CAUCA
“CONTRATO No 0607 DEL 19 DE JULIO DE 2011
“PERÍODO: DEL 21 DE JULIO AL 10 DE NOVIEMBRE DE 2011**

[Archivo con 7.496 filas – a continuación de muestra la parte final]

| | | | | Valor unitario | Valor exento de IVA | Valor por paciente |
|-------------------------|-----------------------|-----|-----|----------------|---------------------|--------------------|
| “ (...) 10-nov-11 | ZELTA 10MG | 90 | TAB | 17.294 | 1.556.460 | 1.556.460 |
| 10-nov-11 | ACIDO VALPROICO 250MG | 430 | CAP | 497 | 213.710 | 312.910 |

⁵⁰ Folios 19 y 20 del cuaderno de documentos contrato 607 de 2011.

⁵¹ Folios 31 a 44 del cuaderno 1.

⁵² Folios 50 a 61 del cuaderno 1.

⁵³ Folio 58 del cuaderno 1.

⁵⁴ Cd anexo al folio 265 del cuaderno 2.

| | | | | | | |
|--|------------------------|-----|-----|-----|--------|--|
| | CARBAMAZEPINA 200MG | 200 | TAB | 496 | 99.200 | |
|--|------------------------|-----|-----|-----|--------|--|

2.482.786.277 2.500.000.000 “

“CONTRATO 607/2011 VALOR FACTURADO 50%

| | |
|-----------------------------------|-------------------|
| DEL 21 AL 29 DE JULIO DE 2011 | \$ 273.683.986 |
| DEL 1 AL 31 DE AGOSTO DE 2011 | \$ 947.986.159 |
| DEL 1 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011 | \$ 568.948.291 |
| DEL 3 AL 31 DE OCTUBRE DE 2011 | \$ 518.522.303 |
| DEL 1 AL 10 DE NOVIEMBRE DE 2011 | \$ 190.859.261 |
| TOTAL | \$ 2.500.000.000” |

4.6. Comunicaciones de 24 de febrero de 2012⁵⁵ y 1o de marzo de 2012, dirigidas a la secretaria de salud, en las cuales Global Salud Integral IPS reportó una ejecución del 82.11% y anunció que radicó la factura No. 2345 del 16 de noviembre de 2011⁵⁶ para el trámite de la primera cuota del 25% por valor de \$1.250'.000.000⁵⁷.

4.7. Comunicación ACS-032 de 13 de marzo de 2012, mediante la cual el interventor del contrato, señor Hugo Iván Muñoz Torres, advirtió a la IPS que el departamento no había incumplido el contrato, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la cláusula tercera, el pago requería del informe técnico y administrativo de la interventoría y que, previo a dicho pago, debía cumplir los procesos de auditoría de cuentas y el trámite de glosas, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011⁵⁸.

4.8. Comunicaciones de 13 y 14 de abril de 2012, mediante las cuales la IPS informó una ejecución del 92.85% y del 100% del valor del contrato, respectivamente⁵⁹.

⁵⁵ Folio 63 del cuaderno 1.

⁵⁶ Según el dictamen, la factura No. 2345 correspondió al anticipo.

⁵⁷ Folio 64 del cuaderno 1.

⁵⁸ Folio 56 del cuaderno 12.

⁵⁹ Folios 57 y 68 del cuaderno 12.

4.9. Comunicaciones cruzadas entre S.C.P. - auditores de la factura 2648- y la IPS, entre el 18 de abril de 2012 y 26 de julio de 2012, con referencia a las glosas de la auditoría⁶⁰.

4.10. Rendición de cuentas del contrato fiduciario FA-1175, presentada por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., correspondiente al período enero - junio de 2012⁶¹. Puede anotarse que de conformidad con el resumen del “*encargo matriz*” los rendimientos al final del período ascendían a \$2.022 pesos moneda corriente, suma que a su vez fue reportada como “*superávit*” final del respectivo ejercicio⁶².

4.11. Documento contentivo de la “*Función de Advertencia*” No. 3 de 28 de agosto de 2012, sobre riesgos en la contratación No. 607 de 2011, mediante el cual el contralor departamental del Cauca comunicó a la secretaría departamental observaciones que “*vician el proceso contractual*” y deficiencias del proceso de interventoría y le solicitó tenerlas en cuenta, “*de forma inmediata en el seguimiento y liquidación del presente contrato*”. Se destaca el siguiente aspecto (se transcribe de forma literal):

*“En la verificación y trabajo de campo se encontró las siguientes situaciones: De los 28 beneficiarios encontrados: 4 beneficiarios no se encuentra la persona beneficiaria (...); 19 beneficiarios registran dirección con nomenclatura no existente o indeterminada (...); 1 beneficiario de le entregó medicamento genérico, 1 beneficiario manifiesta que le entregaron los medicamentos, aunque en algunas oportunidades le entregaron el medicamento que no era pero que al presentar reclamó y se lo cambiaron (...) a 1 beneficiario le entregaron la medicamentos; (...) **mostrando alto riesgo de incumplimiento de los procesos de interventoría**”⁶³.*

4.12. Acta No. 1 de agosto 31 de 2012, correspondiente al inicio del proceso de conciliación de glosas suscrito entre los representantes de la firma auditora Campo & Asociados y el auditor médico de la IPS⁶⁴.

⁶⁰ Folios 69 a 82 del cuaderno 1.

⁶¹ Folios 87 a 94 del cuaderno 1.

⁶² Folios 91 y 93 del cuaderno 1.

⁶³ La negrilla es del texto de la Contraloría Departamental – Función de advertencia, folio 44. cuaderno 1 de documentos del contrato 607 de 2011.

⁶⁴ Folio 95 a 99 del cuaderno 1.

4.13. Aval de auditoría por la suma de \$1.216'393.386, expedido el 6 de noviembre de 2012 por la firma Campo & Asociados, con constancia de radicado en la secretaría de salud del departamento el 15 de noviembre de 2012⁶⁵.

4.14. Comunicaciones cruzadas entre el 11 de septiembre de 2012 y 18 de septiembre de 2013, sobre las glosas de auditoría y los pagos pendientes de la certificación de la interventoría⁶⁶.

4.15. Informe final del contrato de prestación de servicios de salud farmacéuticos No. 607 de 2011, elaborado por María Inés Ceballos Ordóñez para el departamento del Cauca, en desarrollo del contrato No. 472-2013, con fecha 4 de octubre de 2013.

De acuerdo con lo que se lee en la justificación del contrato 472-2013⁶⁷, la secretaría de salud adelantó la contratación de apoyo teniendo en cuenta que la Contraloría General de la República revisó la contratación 607 de 2011 y *“ordenó un estudio sobre una muestra aleatoria practicada a la población beneficiada”* de los servicios prestados por Global Salud Integral IPS.

Se indica en estos documentos que la secretaría de salud celebró esa contratación con un profesional independiente –*“en ciencias económicas, contables y/o administrativas y experiencia debidamente certificada en desarrollo de actividades de auditoría interna o externa en organizaciones de salud”*⁶⁸, para definir una muestra representativa y aplicar las encuestas personalizadas en orden a obtener un informe final del grado de cumplimiento de cada una de las obligaciones, con el fin de que esa entidad estatal contratante pudiera tomar las decisiones correspondientes.

4.16. Informe final remitido por Carmen Rocío Betancourt Hoyos – *“supervisor técnico del contrato”*- al secretario de salud del departamento del Cauca, el 21 de enero de 2014, en el cual refirió la *“evidencia de la prestación del servicio farmacéutico”* con base en los documentos revisados *“en su totalidad por las*

⁶⁵ Folio 100 del cuaderno 1.

⁶⁶ Folios 103 a 148 del cuaderno 1.

⁶⁷ Folios 858 a 853 del cuaderno 3 de los documentos del contrato 607-2011.

⁶⁸ Requisitos cuyo cumplimiento se afirmó en el contrato 472 de 2013, folios 588 a 599 del cuaderno 3 de documentos del contrato 607-2011.

*firmas de auditoría concurrente y de cuentas médicas contratadas por la Secretaría de Salud Departamental*⁶⁹.

4.17. Auto de 22 de enero de 2014, emitido por la Procuraduría Regional del Cauca, correspondiente a la terminación de la actuación disciplinaria adelantada por posibles irregularidades contra el señor Hugo Iván Muñoz, supuesto responsable en su calidad de secretario de Salud encargado, en el cual se advirtió que *“sí se trataba de un contrato de prestación de servicios de salud farmacéutico”*, que la contratación se adelantó de acuerdo con el Decreto 2025 de 2009, que modificó el Decreto 2474 de 2008, a través de la selección abreviada de mínima cuantía⁷⁰.

4.18. Informe final de supervisión del contrato 607 de 2011, suscrito el 4 de noviembre de 2014 por los señores Gerardo Espinosa Navia y Mauricio Montilla Cardona y proyecto de acta de liquidación (sin fecha), igualmente firmado por los citados, en calidad de liquidadores designados por el departamento. En dichos documentos se determinó un saldo a favor de la contratista por valor de \$1.768'522.542, previo los descuentos, por: **i)** \$450'000.000, correspondientes a medicamentos no recibidos, y **ii)** \$170'425.000 por concepto del *“85% del promedio de población que refirió no haber recibido actividades de promoción y prevención”*⁷¹.

4.19. Obran en el expediente las copias del proceso ejecutivo adelantado por Javier Mejía Vélez contra Global Salud IPS ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Popayán, con fundamento en una letra de cambio suscrita el 21 de enero de 2013, documentos decretados como pruebas a solicitud de la parte demandante⁷².

5. Régimen legal del contrato de prestación de servicios de salud farmacéuticos

Desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio, la Sala no tiene reparo con respecto a la legislación que se invocó como aplicable en el contrato 607 de 2011, toda vez que por razón de la entidad territorial contratante dicho contrato se rigió por la Ley 80 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, en

⁶⁹ Folios 182 a 188 del cuaderno 1 de documentos del contrato 607 de 2011.

⁷⁰ Folios 200 a 205 del cuaderno 1.

⁷¹ Folios 160 a 177 del cuaderno 1.

⁷² Folios 142 a 196 del cuaderno 3.

virtud de la cual para la contratación de prestación de servicios en salud era viable el procedimiento de selección abreviada dispuesto en el artículo 2, así:

“Ley 1150 de 2007 (...) Artículo 2o. de las modalidades de selección.

“(...)”

“2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

“(...)”

“Serán causales de selección abreviada las siguientes:

“(...)”

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios”.

De la misma forma, se encuentra ajustada a derecho la aplicación del procedimiento de contratación previsto en el artículo 47 del Decreto 2474 de 2008 con las modificaciones introducidas por el artículo 4 de Decreto 2025 de 2009, a cuyo tenor:

“Artículo 4. Modifíquese el artículo 47 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

“Artículo 47. De los contratos de prestación de servicios de salud.

“Las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, seleccionarán a su contratista haciendo uso del procedimiento previsto para la selección abreviada de menor cuantía. En todo caso las personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios deben estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, de conformidad con la Ley 10 de 1990”.

En ese aspecto, se comparte la conclusión de la Procuraduría General de la Nación, contenida en auto de 22 de enero de 2014, que declaró terminada la

actuación disciplinaria adelantada contra el secretario de salud departamental, considerando lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Es así, como queda demostrado que, el Dr. HUGO IVÁN MUÑOZ, en calidad de Secretario de Salud del Cauca (E), al firmar el contrato de prestación de servicios de salud farmacéuticos No. 607 de 2011, actuó conforme la normatividad vigente para la época de los hechos”⁷³.

Por otra parte, se tiene en cuenta que para la época en que se celebró el contrato 607 de 19 de julio de 2011 se había expedido la Ley 1438 de 19 de enero de 2011, por medio de la cual se reformó el sistema general de seguridad social en salud y algunas de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 1122 de 2007, referidas al sistema de aseguramiento en salud.

En relación con la Ley 1438 de 2011, conviene destacar que definió la orientación del sistema hacia la unificación del “*Plan de Beneficios*” para todos los residentes, la garantía de la universalidad del aseguramiento, la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, a la vez que buscó preservar la sostenibilidad financiera del sistema⁷⁴.

Se agrega que la Ley 1438 de 2011 afianzó la universalidad del sistema de seguridad social en salud y la definición de las fuentes de recursos del régimen subsidiado, provenientes del sistema general de participaciones, así:

“Artículo 32. Universalización del aseguramiento. Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos para garantizar la afiliación.

“Cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado, se procederá de la siguiente forma: (...) 32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. (...) . En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud”.

⁷³ Folio 5 del cuaderno 3.

⁷⁴ Artículo 20 de la Ley 1438 de 2011.

“Artículo 44. Recursos para aseguramiento. El artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 y por el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010, quedará así:

“(…)

“Artículo 214. “La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

“1. De las entidades territoriales

“Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, se destinarán al Régimen Subsidiado partiendo como mínimo del sesenta y cinco por ciento (65%) de acuerdo con el plan de transformación concertado entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales hasta llegar al ochenta por ciento (80%) a más tardar en el año 2015. En todo caso el 10% del Sistema General de Participaciones para Salud se destinará a financiar las acciones en salud pública. El porcentaje restante se destinará a financiar prioritariamente la prestación de servicios en aquellos lugares donde solo el Estado está en capacidad de prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia y/o subsidios a la demanda, de acuerdo con los planes financieros y de transformación de recursos que presenten las entidades territoriales, los cuales deberán ser avalados de manera conjunta por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público”.

En el contexto legal descrito, la Sala advierte que resultan contrarias al principio del aseguramiento universal de toda la población algunas de las distinciones realizadas por la IPS demandante, acogidas parcialmente en el concepto presentado por el Ministerio Público en la segunda instancia, en relación con el alcance del contrato 607 de 2011, destinado a la población más pobre y supuestamente no subsidiada.

Basta con advertir que, con independencia de las fuentes de financiamiento que podía percibir el departamento del Cauca -a través del reconocimiento de la unidad per cápita y mediante los programas de atención a población pobre- el sistema de “subsidio a la demanda”, implementado desde la Ley 100 de 1993⁷⁵,

⁷⁵ “Siguiendo a Londoño (1996), la transición de este nuevo sistema tiene tres componentes: el primero es **el cambio en la manera en que se financia la salud**; el segundo es el cambio en la forma como el Estado interviene en el sector, sustituyendo la financiación de niveles de atención por la de planes de beneficios intervenciones; el tercero es la creación gradual de aseguradoras de salud que asuman la administración de los recursos servicios contenidos en los planes de beneficios. // Aunque estos componentes tienen elementos comunes entre sí, aquí nos ocuparemos de algunos aspectos del primero de ellos, **proponiendo un enfoque para emprender**

aplicaba para las distintas fuentes de recursos, en tanto estaba orientado a la atención igualitaria e integral a todos los beneficiarios que conformaban la demanda de los servicios, sin distingo o categorización entre ellos.

Como consecuencia del anterior análisis, no se comparten las afirmaciones que pretendieron acotar el alcance del contrato 607 de 2011, frente a la población afiliada y no afiliada al Sisben, como si esta última – supuestamente la más pobre y desamparada- no tuviera derecho a acceder a la afiliación al sistema y a la integralidad del servicio de salud farmacéutico, en condiciones de igualdad.

Por otra parte, puede advertirse que el contrato de servicios de salud farmacéutico estaba reglamentado en el Decreto 2200 de 2005, y que la actividad había tomado rango legal por las menciones de la Ley 1122 de 2007, en relación con las definiciones introducidas para efectos de la supervisión de distribuidores y productores, así:

“Artículo 34. Supervisión en algunas áreas de Salud Pública. Corresponde al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, como autoridad sanitaria nacional, además de las dispuestas en otras disposiciones legales, las siguientes:

“(…).

“d) La garantía mediante una tecnología de señalización de medicamentos, su identificación en cualquier parte de la cadena de distribución, desde la producción hasta el consumidor final con el objetivo de evitar la falsificación, adulteración, vencimiento y contrabando. Las entidades territoriales exigirán tanto a distribuidores como a productores que todos los medicamentos que se comercialicen en su jurisdicción cumplan con estos requisitos.

*“Los **establecimientos farmacéuticos** minoristas se ajustarán a las siguientes definiciones: Farmacia-Droguería: Es el establecimiento farmacéutico dedicado a la elaboración de preparaciones magistrales y*

la transformación de subsidios de salud de oferta, que financian actualmente la operación de los hospitales públicos, a subsidios de demanda, esto es, el aseguramiento de la población pobre”. (la negrilla es del texto). Texto tomado de: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/RevistaPD/1997/pd_vXXVIII_n1_1997_art.5.pdf. - “La autofinanciación de los hospitales públicos Los subsidios de salud: de oferta demanda. Francisco Pérez Calle* Misión Social DNP, fecha de consulta 4 de diciembre de 2019. Se trae a colación para ilustrar la comprensión del subsidio a la demanda –en contraposición al subsidio a la oferta- y reafirmar que ese enfoque no significó, en manera alguna, un menor alcance de los servicios entre las distintas poblaciones subsidiadas.

a la venta al detal de medicamentos alopáticos, homeopáticos, fitoterapéuticos, dispositivos médicos, suplementos dietarios, cosméticos, productos de tocador, higiénicos y productos que no produzcan contaminación o pongan en riesgo la salud de los usuarios. Estos productos deben estar ubicados en estantería independiente y separada. En cuanto a la recepción y almacenamiento, dispensación, transporte y comercialización de medicamentos y dispositivos médicos, se someterán a la normatividad vigente, en la materia.

“Droguería: Es el establecimiento farmacéutico dedicado a la venta al detal de productos enunciados y con los mismos requisitos contemplados para Farmacia- Droguería, a excepción de la elaboración de preparaciones magistrales.

“Parágrafo. El Invima, podrá delegar algunas de estas funciones de común acuerdo con las entidades territoriales” (la negrilla no es del texto).

Adicionalmente, puede anotarse que al expedirse la Ley 1438 de 2011 se introdujo el concepto de la “política farmacéutica” a cargo del Ministerio de Protección Social, en la siguiente forma:

“Artículo 86. Política farmacéutica, de insumos y dispositivos médicos. El Ministerio de la Protección Social definirá la política farmacéutica, de insumos y dispositivos médicos a nivel nacional y en su implementación, establecerá y desarrollará mecanismos y estrategias dirigidas a optimizar la utilización de medicamentos, insumos y dispositivos, a evitar las inequidades en el acceso y asegurar la calidad de los mismos, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Con lo anterior se deja expuesto el marco normativo en el que se celebró el contrato 607 de 2011, cuyo alcance, respecto del servicio de salud farmacéutico, a diferencia de lo que afirmaron la demandante y el Ministerio Público-, sí contaba con apoyo en el clausulado contractual y en las disposiciones que se han mencionado, como se indicará en el análisis del caso concreto.

6. El caso concreto

El debate en la presente apelación se presentó, básicamente⁷⁶, en torno de dos

⁷⁶ El Tribunal a quo asumió que el asunto litigioso se refirió únicamente a la suma de \$620'425.000 que representaba las diferencias en dos cuentas, la de prevención y promoción y la de medicamentos no entregados, folio 529 vuelto. Sin embargo, esa apreciación no es exacta, puesto que desde las pretensiones de la demanda se reclamaron intereses de mora sobre las cuentas

ítems de la cuenta final de liquidación del contrato 607 de 2011, referidos a los descuentos que reducen el saldo adeudado a la IPS, a saber:

| Concepto | Valor (según la sentencia de primera instancia) |
|---|---|
| DESCUENTO POR ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN | \$196'046.797,43 |
| DESCUENTO POR NO ENTREGA DE MEDICAMENTOS | \$36'973.180,00 |

6.1. La IPS demandante sostiene que el descuento de \$196'046.797,43, por *actividades de promoción y prevención* no realizadas, carece de asidero en el contrato, por lo que debe excluirse del balance final de la liquidación; por su parte, el demandado no presentó apelación en relación con la mencionada cuenta.

6.2. En relación con los *medicamentos no entregados*, el demandado apeló en el sentido de que debe ajustarse el valor del descuento a \$450'000.000, que corresponde al 9% del valor total del contrato ($\$5.000'000.000 \times 9 / 100$), al paso que la IPS demandante no presentó reparo con el valor de dicho descuento. incluido en la sentencia de primera instancia, por la suma de \$36'973.180.

6.1. Descuento por incumplimiento en las obligaciones de promoción y prevención

6.1.1. Contenido contractual

En el contrato 607 de 2011 se destacan las siguientes cláusulas (se transcribe de forma literal):

*“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete con el DEPARTAMENTO SECRETARIA DE SALUD a prestar servicios de salud farmacéuticos a la población pobre en lo no cubierto con subsidio a la demanda del departamento del Cauca. PARÁGRAFO PRIMERO: OBJETIVOS: **En desarrollo del artículo 6º del Decreto 2200 de 2005**, el servicio farmacéutico tendrá como objetivos primordiales los siguientes: 1. **Promoción. Promover y propiciar estilos de vida saludables. y el uso adecuado de medicamentos y dispositivos médicos y promover su uso adecuado.** 2. **Prevención: Prevenir factores de riesgo derivados del uso inadecuado de***

conciliadas que se denegaron en la sentencia, y fueron objeto del recurso de apelación presentado por la IPS demandante.

medicamentos y dispositivos médicos, así como los problemas relacionados con su uso.3. **Suministrar los medicamentos y dispositivos médicos e informar a los pacientes sobre su uso adecuado.** 4. *Atención farmacéutica: Ofrecer atención farmacéutica a los pacientes y realizar con el equipo de salud, todas las intervenciones relacionadas con los medicamentos y dispositivos médicos necesarias para el cumplimiento de la farmacoterapia prescrita por el facultativo. (...).* // **CLÁUSULA SEXTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA** *En ejecución del contrato el contratista tendrá las siguientes obligaciones: (...)* 1.10. **Promoción del uso adecuado. El servicio farmacéutico promocionará en sus actividades el uso adecuado y prevendrá el uso inadecuado y los problemas relacionados con la utilización de los medicamentos y dispositivos médicos.** 1.11. **Seguridad: El servicio farmacéutico contará con proceso y procedimientos que permitan minimizar el riesgo de los pacientes de sufrir problemas relacionados con la utilización de medicamentos en el proceso de atención en salud.** 2. **Realizar los siguientes procesos:** a. **Selección de medicamentos (...).** b) **Adquisición de medicamentos (...).** c) **Recepción y almacenamiento (...).**11 d) **Distribución (...)** e) **Dispensación (...),** f) **participación en grupos interdisciplinarios.** g) **Información y educación al paciente y la comunidad sobre el uso adecuado de medicamentos y dispositivos médicos.** h) **Destrucción o desnaturalización de medicamentos.** 3. **Verificar los derechos del usuario para prestar los servicios del usuario (...)**⁷⁷ (la negrilla no es del texto).

Teniendo en cuenta que en este proceso se debate si las actividades de promoción y prevención estaban o no incluidas en el contrato 607 de 2011, a cargo de la IPS, es importante resaltar que estas fueron mencionadas en la cláusula contentiva del objeto, párrafo primero, y, en el mismo sentido, aparecen dentro de las obligaciones referidas a la interacción con el paciente, en la cláusula sexta, según se acaba de reseñar.

Se puntualiza que en el objeto del contrato 607 de 2011 se invocó de manera expresa el Decreto 2200 de 2005⁷⁸, en el cual se definió y reglamentó el servicio farmacéutico y su alcance, lo que significa –para el presente caso- la pertinencia de las siguientes disposiciones, que se deben relacionar con el análisis del grado de cumplimiento que se midió en el informe final de la contratación que realizó la secretaría de salud del departamento del Cauca, en atención al contenido de la función de advertencia de la Contraloría Departamental, en la cual esa entidad

⁷⁷ Folio 2 del cuaderno de documentos del contrato 607-2011.

⁷⁸ Decreto reglamentario expedido en desarrollo de las facultades de regulación del sistema general de seguridad social en salud, contenidas en el numeral 42.3 del artículo 42 de la Ley 715 de 2001 y el literal c) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

llamó la atención sobre la debida comprobación del cumplimiento de los servicios de salud farmacéuticos, para efectos de adelantar la liquidación del contrato.

Debido a la invocación expresa del Decreto 2200 de 2005, para la interpretación del alcance del contrato resulta imperativo tener en cuenta las siguientes disposiciones:

“Artículo 5º. Formas de prestación del servicio farmacéutico. El servicio farmacéutico podrá ser prestado de manera dependiente o independiente, en los términos siguientes: (...) **Servicio farmacéutico dependiente. Es aquel servicio asistencial a cargo de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, el que además de las disposiciones del presente decreto debe cumplir con los estándares del Sistema Único de Habilitación del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud.** Parágrafo. Una Institución Prestadora de Servicios de Salud, además de distribuir intrahospitalariamente los medicamentos y dispositivos médicos a sus pacientes hospitalizados, en las mismas instalaciones puede dispensar los medicamentos y dispositivos médicos a sus pacientes ambulatorios, en las condiciones establecidas en el modelo de gestión del servicio farmacéutico. // **Artículo 6º. Objetivos del servicio farmacéutico.** El servicio farmacéutico tendrá como objetivos primordiales los siguientes: 1. Promover y propiciar estilos de vida saludables. 2. Prevenir factores de riesgo derivados del uso inadecuado de medicamentos y dispositivos médicos y promover su uso adecuado. 3. Suministrar los medicamentos y dispositivos médicos e informar a los pacientes sobre su uso adecuado. 4. Ofrecer atención farmacéutica a los pacientes y realizar con el equipo de salud, todas las intervenciones relacionadas con los medicamentos y dispositivos médicos necesarias para el cumplimiento de su finalidad. **Parágrafo. Cuando se preste atención farmacéutica el Químico Farmacéutico debe establecer contacto directo con el paciente, mediante la entrevista; elaboración del perfil farmacoterapéutico; la prevención, detección y resolución de Problemas Relacionados con Medicamentos y Problemas Relacionados con el Uso de Medicamentos; realizar las intervenciones que fueren necesarias; y, hacer el seguimiento permanente, en unión con otros profesionales de la salud, desarrollando estrategias para atender necesidades particulares proyectadas fundamentalmente al usuario de los servicios de salud y a la comunidad.** Artículo 7º. **Funciones del servicio farmacéutico.** El servicio farmacéutico tendrá las siguientes funciones: 1. Planificar, organizar, (...) 2. Promover estilos de vida saludables y **el uso adecuado de los medicamentos y dispositivos médicos.** (...)8. Obtener y difundir información sobre medicamentos y dispositivos médicos, **especialmente, informar y educar a los miembros del grupo de salud, el paciente y la**

comunidad sobre el uso adecuado de los mismos. (...). Artículo 8º. Requisitos del servicio farmacéutico. El servicio farmacéutico deberá cumplir, como mínimo, con los siguientes requisitos: 1. Disponer de una infraestructura física de acuerdo con su grado de complejidad, número de actividades y/o procesos que se realicen y personas que laboren. 2. Contar con una dotación, constituida por equipos, instrumentos, bibliografía y materiales necesarios para el cumplimiento de los objetivos de las actividades y/o procesos que se realizan en cada una de sus áreas. 3. Disponer de un recurso humano idóneo para el cumplimiento de las actividades y/o procesos que realice **Parágrafo. El servicio farmacéutico es un servicio asistencial y no podrá, en ningún caso, depender de la división administrativa de la institución dedicada al suministro de bienes. // Artículo 19. Obligaciones del dispensador. Son obligaciones del dispensador: (...) 6. Informar al usuario sobre los aspectos indispensables que garanticen el efecto terapéutico y promuevan el uso adecuado de los medicamentos, tales como: condiciones de almacenamiento, cómo reconstituirlos, cómo medir la dosis, qué cuidados debe tener en la administración, interacciones con alimentos y otros medicamentos, advertencias sobre efectos adversos, contraindicaciones y la importancia de la adherencia a la terapia. Cuando la dirección técnica de la droguería, esté a cargo de persona que no ostente título de Químico Farmacéutico o Tecnólogo en Regencia de Farmacia la información que debe ofrecer al paciente está señalada en el artículo 3º del presente decreto. 7. Brindar a los usuarios pautas sobre el uso adecuado de los medicamentos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre. (...)**". (la negrilla es del texto).

Como consecuencia, la Sala advierte que el objeto del contrato sí incluyó las actividades de promoción y prevención a cargo de la IPS. No sobra observar que los precios de los medicamentos surgieron de la oferta de la IPS en el proceso de selección abreviada, de manera que no se acepta el argumento de que la IPS hubiera cobrado un precio mayor de haber conocido que estaba obligada a las actividades de promoción y prevención.

6.1.2. Análisis del dictamen

El perito presentó un resumen de los pagos y las glosas del contrato 607 de 2011, indicando una ejecución parcial de las cuentas en disputa, así: factura: 2648: 97,31%; factura 2809: 95,72%, factura 2848: 90,94%⁷⁹. Según el perito, el valor

⁷⁹ Folio 28, cuaderno 3.

total autorizado ascendió a \$2.388'947.542,00, el cual se acogió en este proceso, para efectos de la liquidación del contrato.

En la audiencia de 25 de enero de 2017⁸⁰, en cuanto a los descuentos, el apoderado de la IPS preguntó al perito si dentro de su trabajo advirtió que la IPS hubiera tenido participación en el informe final, a lo cual el perito contestó *–sin responder la pregunta concreta–* que no podía ninguna persona ajena al Ministerio de Salud crear documentos o nuevas formas para realizar descuentos o glosas, de manera que, en su concepto, era improcedente el informe final, dado que en este se crearon nuevas formas para glosar las cuentas.

En respuesta a la pregunta acerca de si el contrato permitía establecer la obligación de las actividades “P y P”, el perito advirtió que no había ningún descuento establecido en el contrato y expuso que, en su concepto, el Acuerdo 229 de 2002 no era aplicable a los entes departamentales, además de que dicho acuerdo se refirió a determinados dispositivos médicos, como los que enumeró, los cuales no estaban identificados en el objeto del contrato 607 de 2011.

Finalmente, el perito agregó que no había en parte alguna referencia a actividades de detención temprana y protección específica que eran las que correspondían al código de glosa que utilizó el departamento.

La apoderada del departamento no presentó objeciones al dictamen, ni solicitud alguna de aclaración o adición.

La Sala observa que, como advirtió el Ministerio Público, el Tribunal *a quo* no se detuvo a analizar el dictamen.

Sin embargo, al observar el fundamento del perito, la Sala advierte que el dictamen se refirió al alcance de las glosas y desestimó los descuentos; pero no tuvo en cuenta que estos últimos se deben analizar en el presente proceso como una partida procedente en el balance final de liquidación del contrato, con base en el grado de cumplimiento del servicio farmacéutico, asunto que no se restringe a los códigos de glosas de las cuentas médicas a que refirió el perito.

⁸⁰ CD anexo al acta de 25 de enero de 2017, folios 93 a 96 del cuaderno 3.

Se precisa que las partidas de descuentos en la liquidación deben ser analizadas con fundamento en el contenido contractual ya expuesto en esta providencia y en el invocado Decreto 2200 de 2005.

Por otra parte, se acompaña la determinación del Tribunal *a quo*, en orden a aceptar como regla de cálculo del servicio de promoción y prevención el porcentaje que se fijó en el Acuerdo 229 de 2002⁸¹, en el entendido de que constituye un referente del gasto exigido para el sistema de seguridad social en salud subsidiado per cápita (o por número de afiliados), en los conceptos de promoción y prevención, aunque ese Acuerdo se refiera a las entidades territoriales y no a sus contratistas. Se agrega que el contrato 607 de 2011 se refirió al servicio farmacéutico y en este no se escindió el precio del suministro o dispensación de otras actividades propias del referido servicio y comprendidas de manera expresa en el contenido obligacional ya reseñado.

Se reitera que la población beneficiaria del contrato 607 de 2011 también tenía derecho a acceder al servicio integral en salud, incluyendo las actividades de promoción y prevención relacionadas con el servicio farmacéutico objeto del contrato, por la expresa invocación del Decreto 2200 de 2005, con independencia de la fuente o rubro presupuestal con el que el departamento del Cauca pagara el referido contrato. Sostener lo contrario significaría reducir el servicio a la actividad de dispensación y generar una distinción improcedente entre los beneficiarios, según la fuente del recurso que financiaba el respectivo contrato.

6.1.3. Análisis de la prueba correspondiente al informe final del grado de cumplimiento elaborado por María Inés Ceballos Ordóñez

La Sala considera que el informe final elaborado por María Inés Ceballos Ordóñez constituyó una base idónea para definir el valor de las partidas en el proyecto de acta de liquidación del contrato, que en principio se pretendió adelantar de manera

⁸¹ Acuerdo 229 de 2002 [Considerando] “*Que la promoción y fomento de la salud son componentes inherentes a cualquier acción integral en salud, además de ser una obligación ineludible de todos los actores del sistema, no pudiendo escindirse en todos los casos el proceso de atención en salud de la población; (...) [Acuerda] Artículo 1o. Objeto. El presente Acuerdo tiene por objeto definir la proporción de UPC-S que se destinará para la financiación de las acciones de promoción y prevención que se trasladan a las entidades territoriales en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 715 de 2001. (...) Artículo 6o. Proporción de la UPC-S destinada a la financiación de las acciones de promoción y prevención en distritos y municipios. La prestación de las actividades, procedimientos e intervenciones definidas en el presente acuerdo a cargo de las entidades territoriales del orden distrital y municipal y su administración será financiada con el 4.01% de la UPC-S correspondiente al total de la población afiliada por la cual se reconoce la UPC-S en el área de su jurisdicción, exceptuando lo correspondiente a la población afiliada a las EPS y ARS indígenas*”.

bilateral, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁸² y que, ahora en presente proceso, en la medida en que hizo parte de las pruebas sometidas a contradicción y analizadas en la presente providencia, puede ser tomado en cuenta para la liquidación judicial, en tanto la demandante no desvirtuó las conclusiones del referido informe, por ejemplo, demostrando su propio cumplimiento en los ítems que fueron objeto de descuentos.

Vale la pena observar que el informe final elaborado por María Inés Ceballos Ordóñez se refiere en detalle a los “*conceptos del proceso de muestreo*”, la determinación de la “*población universo*”, que fue de 3.833 usuarios, extraída de las facturas presentadas por la IPS⁸³, y también define las características de la “*muestra*” idónea para obtener conclusiones válidas aplicables al “*conjunto poblacional*” de los beneficiarios del contrato 607 de 2011.

Como consecuencia, en orden a definir el valor del servicio de promoción y prevención al que no accedieron los beneficiarios del contrato 607 de 2011, la Sala considera procedente el cálculo establecido con base en el valor ejecutado del contrato⁸⁴, al que se aplica el porcentaje del 4.01% utilizado como referente para el presente asunto.

Así las cosas, no proceden los argumentos de la apelación presentada por la IPS demandante para excluir el valor del descuento por promoción y prevención fijado en la sentencia en la suma de \$196'046.797,43.

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de primera instancia pasó por alto que el descuento debía aplicarse sobre el 85% de la población beneficiaria que en promedio ponderado manifestó “*no haber recibido información o capacitación sobre medidas para prevenir los riesgos por el uso inadecuado de medicamentos*”, y “*no haber recibido capacitación o información sobre estilos de vida saludables por parte de la empresa Global Salud IPS*”, como lo reseñó el informe final elaborado por María Inés Ceballos⁸⁵.

⁸² Ley 80 de 1993. “*Artículo 60 (...) También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar*”.

⁸³ Documento de 6 de agosto de 2013, suscrito por Rubira Camilo Ortega, con CC. No. 34.672.455, anexa junto con la fórmula y la orden del medicamento de 22 de agosto de 2011, folio 706 del cuaderno 3 de los documentos del contrato 607-2011.

⁸⁴ Tal como se ha indicado en esta providencia, el descuento por actividades de promoción y prevención no entregadas efectivamente se estableció en la sentencia así: \$4.888'947.542 x 4,01 / 100)

⁸⁵ Folios 695 a 687 del cuaderno 3 de documentos del contrato 607 de 2011.

Como consecuencia, se corrige el cálculo de los descuentos por prevención y prevención, así:

Valor total ejecutado = \$4.888'947.542,00
85% del valor ejecutado= \$4.155'605.410,70
4.01% del 85% = \$ 166'639.776,96

Por tanto, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de reducir el valor del descuento por promoción y prevención de la suma de \$196'046.797,43 a \$166'639.776,96, por las razones antes expuestas.

6.2. Descuento por medicamentos no entregados

Reitera la Sala que para la liquidación judicial se considera el informe final elaborado por María Inés Ceballos como prueba idónea para establecer el valor de las cuentas en disputa, dado que esta profesional fue contratada por el departamento del Cauca ante el mensaje de advertencia que hiciera la Contraloría Departamental, en esa oportunidad, sobre algunos medicamentos no entregados a los beneficiarios del contrato 607 de 2011.

Para mayor claridad en el análisis, se observa que en el informe final se adjuntaron las encuestas firmadas por los distintos beneficiarios que manifestaron que no se les entregaron todos los medicamentos relacionados en las autorizaciones y actas de entrega, por ejemplo (se transcribe de forma literal):

“La secretaria de salud me autorizó el medicamento CLEXANE (HEPARINA BAJO PESO MOLECULAR), con dos autorizaciones cada una de 180 ampollas, de las cuales me quedaron pendientes de entregar por GLOBAL SALUD, 120 unidades de la primera orden del mes de agosto de 2011, ya que perdí un papel donde me apuntaron a mano quedaban pendientes, las cuales fui a reclamar y no me fueron entregadas”⁸⁶.

Como consecuencia, se advierte que, aunque las actas de entrega acreditaran una cantidad definida con base en la orden de la IPS y la prescripción médica, el

⁸⁶ Folio 741 del cuaderno 3 de los documentos del contrato 607 de 2011.

informe de campo evidenció que la “*dispensación de medicamentos*”⁸⁷ se realizaba en varias entregas y no siempre el beneficiario reclamaba la totalidad de los medicamentos autorizados.

Esa misma situación se observó en las glosas levantadas por la auditoría, mediante la comparación formal de documentos, según los cuadros anexos al proyecto de acta de liquidación, en el que se indica “*se glosa el valor parcial, se reconocen medicamentos para un mes ya que así se define en la autorización (...) se levanta ya que la dispensación se realiza de acuerdo con la orden de suministro de la SDSDC. La cantidad de la prescripción no se puede fraccionar por parte del dispensador. Contractualmente no se define el procedimiento para el fraccionamiento de las prescripciones mes a mes*”⁸⁸.

La Sala entiende que, en el proceso de conciliación de cuentas fundado en la comparación formal de documentos, se aceptaron las órdenes de conformidad con la totalidad de la prescripción, lo cual no se opone a que, a la hora de liquidar el contrato, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, se descuenten los valores correspondientes a medicamentos facturados pero no entregados, que se deben calcular siguiendo el contenido del el informe final elaborado por María Inés Ceballos Ordóñez.

En el mismo sentido, se reafirma que para efectos de la liquidación judicial resulta pertinente fundarse en los datos estimados con base en la inferencia estadística, en tanto que en la liquidación del contrato la IPS solo podía cobrar los medicamentos entregados efectivamente y sobre los cuales tampoco acreditó en este proceso su propio cumplimiento en el 100% de lo facturado, por ejemplo con base en su control de inventarios y/o de adquisiciones, con lo cual eventualmente hubiera podido probar en contra del cálculo realizado en el informe final.

La carga de la prueba en ese aspecto se encontraba al alcance del Global Salud Integral IPS Ltda y no se satisface con el soporte documental de las órdenes de entrega, por cuanto quedó probado que, pese a la firma del beneficiario por la totalidad de la autorización, la dispensación se realizó en varias entregas y resultó

⁸⁷ Folio 69 del cuaderno 3 de documentos del contrato 607 de 2011.

⁸⁸ Folio 1165, documentos de liquidación tomos II, cuaderno 5 de los documentos del contrato 607 de 2011.

incompleta en un porcentaje de casos que se estableció en el informe final, de acuerdo con la metodología acerca de la muestra definida en este asunto.

Se observa que en la sentencia de primera instancia el valor del descuento por no entrega de medicamentos ascendió solo a \$36'973.180, que se extrajo del monto no entregado a los beneficiarios encuestados; no obstante, se tiene en cuenta que correspondía a la IPS probar su propio cumplimiento, de conformidad con el artículo 167 del CGP⁸⁹ y que, por otra parte, en el proceso se encuentra una prueba razonada del cálculo de medicamentos no entregados, la cual se fundó en los hechos concretos evidenciados por la Contraloría Departamental en su función de advertencia y corroborados por las encuestas y el procesamiento estadístico realizado por María Inés Ceballos.

Sin embargo, en cuanto se refiere a la base del cálculo del descuento que se incorpora en la liquidación judicial, debe tenerse en cuenta que el valor total ascendió a la suma de \$4.888'947.542 y no al valor total del contrato que era \$5.000'000.000.

Así las cosas, al aplicar el 9% -que corresponde al valor del descuento por medicamentos de acuerdo con el porcentaje indicado en el informe final elaborado por María Inés Ceballos-, el valor de medicamentos no entregados asciende a \$440'005.278,78 y no a \$450'000.000 como pretendió el apelante.

Como consecuencia, se modificará la liquidación contenida en la sentencia de primera instancia, ajustando el descuento por medicamentos no entregados de la suma de \$36'973.180 a la suma de \$440'005.278.78.

6.3. Pretensión de intereses

En la demanda, la IPS solicitó el reconocimiento de intereses y en la apelación insistió en que la condena debe incluir intereses de mora sobre las facturas, al menos desde la fecha en que obtuvo el aval de la firma de auditoría.

No obstante, se advierte que los intereses de mora proceden bajo el supuesto de que se hubieran presentado las facturas con la certificación de cumplimiento del

⁸⁹ CGP, "Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)".

interventor del contrato, según lo pactado en el contrato 607, lo cual no sucedió en el presente caso.

Se agrega que en el informe suscrito por los liquidadores designados por el departamento se emitió un concepto de cumplimiento de la IPS con base en las cuentas avaladas y sobre el supuesto de que el aval implicaba cumplimiento del contrato, desconociendo lo que ahora se define en este proceso acerca del incumplimiento parcial de la IPS, en cuanto a la prevención y promoción y la no entrega efectiva del 100% de los medicamentos facturados.

Por otra parte, de acuerdo con las pruebas, se aceptan los argumentos del departamento, en cuanto a que la ejecución del contrato no alcanzó el 100%, las facturas no se radicaron ante la Secretaría de Salud en las oportunidades fijadas en el contrato, las demoras iniciales se debieron a las glosas de las facturas y a la presentación de listados de medicamentos suministrados que no tenían precio ofrecido en la etapa precontractual y, finalmente, no resultó viable aprobar el valor como exigible por razón de las diferencias encontradas en el trabajo de campo - *hallazgos* -.

Por lo expuesto, se reafirma lo considerado y decidido en la sentencia de primera instancia en el sentido de que en la cuenta final de liquidación no procedía reconocer intereses a favor de la contratista.

Tampoco procede liquidar perjuicios por cobros ejecutivos y demandas, puesto que la sentencia de primera instancia observó la falta de prueba sobre la causalidad entre el crédito ejecutado en los procesos que invocó al demandante como prueba del perjuicio y la prestación del servicio de salud farmacéutico y, además, este aspecto de los cobros ejecutivos no fue materia de apelación.

Como consecuencia, únicamente se actualizará el valor de la condena con fundamento en la variación del IPC.

6.4. Balance final de liquidación del contrato 607 de 2011 y actualización de la condena

De conformidad con lo expuesto, se establece el balance final de liquidación del contrato 607 de 2011, en la siguiente forma:

1º. LIQUIDAR el contrato DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD FARMACÉUTICOS No. 607 de 2011, de la siguiente manera:

| | |
|---|-------------------------|
| VALOR DEL CONTRATO | \$5.000'000.000,00 |
| PAGO ANTICIPO | \$2.500'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2648 | \$1.250'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2809 | \$750'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2848 | \$495'856.388,00 |
| TOTAL FACTURADO | \$2.495'856.388,00 |
| VALOR AVALADO PARA PAGO DE FACTURAS POR FIRMA CAMPO & ASOCIADOS | \$2.388'947.542,00 |
| DESCUENTO POR ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN | \$166'639.776,96 |
| DESCUENTO POR NO ENTREGA DE MEDICAMENTOS | \$440'005.278,78 |
| TOTAL DE DESCUENTOS | \$606'645.055,74 |
| VALOR PENDIENTE DE PAGO AL CONTRATISTA SIN ACTUALIZAR ⁹⁰ | \$1.782'302.486,21 |
| VALOR ACTUALIZADO A LA FECHA DE LA SENTENCIA | \$2.243'276.319,00 |

Para el cálculo del valor actualizado se tuvo en cuenta la siguiente fórmula:

Valor actualizado = Valor histórico x IPC final⁹¹ / IPC inicial⁹²

Valor actualizado = \$1.782'302.486,21 x 104,24 / 82,47

Valor actualizado = \$2.252'785.390

Como consecuencia, se modificará el valor de la condena, de conformidad con el saldo resultante de la liquidación debidamente actualizado.

7. Costas y agencias en derecho

⁹⁰ Valor avalado menos descuentos.

⁹¹ Último índice publicado a la fecha de la sentencia (enero de 2020).

⁹² Diciembre de 2014, mes siguiente a la fecha en que se produjo el informe de los liquidadores y en el que ese presentó la demanda.

Es evidente que el Tribunal a quo dejó de razonar sobre la decisión de no condenar en costas y que tampoco incluyó una consideración acerca de las agencias en derecho, que deben hacer parte de la liquidación de costas, en caso de condena.

Habida cuenta de que a este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, asiste razón a la IPS demandante, en cuanto a la procedencia de la condena en costas a cargo de la parte vencida, que en este caso lo fue el departamento del Cauca, aunque no respecto de todas las pretensiones⁹³.

Como consecuencia, procede la apelación, en el sentido de condenar en costas al departamento del Cauca y fijar las agencias en derecho correspondientes.

En cuanto a las agencias en derecho, en el presente caso se encuentra acreditada la gestión de la demandante desplegada por su apoderado al presentar la demanda, al representar a la IPS en las audiencias, al colaborar activamente en que se aportaran las pruebas que el Tribunal *a quo* le requirió y al presentar los alegatos de primera instancia. De la misma forma, se encuentra acreditada su actuación en la segunda instancia, al presentar el recurso de apelación reseñado en esta providencia.

Dicha gestión la estima la Sala como suficiente para acceder a la fijación de agencias en derecho solicitadas en la apelación, que habrán de tenerse en cuenta en la liquidación de las costas que se adelantará de manera concentrada en el Tribunal⁹⁴, de acuerdo con lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP.

A manera de precisión y para justificar con mayor razón lo antes expuesto, es importante destacar que la fijación de agencias en derecho resulta procedente a favor de la parte vencida, con independencia de si el apoderado era un abogado contratado para la representación judicial o se desempeñaba como funcionario de la entidad demandante y vencedora en el presente proceso.

⁹³ Este aspecto se tendrá en cuenta en la tasación de las agencias, dado que en la segunda instancia, el departamento del Cauca triunfó respecto de algunas de las partidas discutidas en su recurso de apelación.

⁹⁴ Criterio similar se ha expuesto y reiterado en Sala Especial de Decisión No. 25, frente al recurso de revisión, en las sentencias de 6 de marzo de 2018, expediente 11001031500020150154200 y 11001031500020160218700 y sentencia de 2 de julio de 2019, expediente: 11001031500020160292900.

Se observa que la fijación de agencias no se ve afectado en el evento en el que la parte haya litigado, incluso, a nombre propio, sin apoderado, pues, aun en ese caso, se reconoce el derecho a que se fije el monto de agencias para retribuir su actuación, tal como se desprende de lo señalado en los numerales 3 y 4 del artículo 366 del CGP⁹⁵:

Por lo anterior, si la parte actuó a nombre propio y aun así tiene derecho a que se le fijen agencias a su favor, a pesar de que no incurrió en el pago de honorarios de un apoderado que lo representara, igual razonamiento debe aplicarse cuando se trata de una entidad que actúa a través de un apoderado que hace parte de su planta de personal, pues el hecho de que no se hayan realizado pagos diferentes de los salariales no enerva la causación de las agencias en derecho como parte de la condena en costas.

Adicionalmente, debe señalarse que, bajo las reglas del CGP, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*⁹⁶.

Ahora, las agencias correspondientes, tienen que fijarse de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, dado que la demanda se presentó el 9 de diciembre de 2014 y el Acuerdo PSAA 16-10554 de 5 de agosto de 2016, citado por la demandante- *que fijó las nuevas tarifas de*

⁹⁵ “3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y **las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.** //“(…).// “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado **o la parte que litigó personalmente**, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas” (se destaca).

⁹⁶ De acuerdo con la Corte Constitucional “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”. Sentencia C-157/13. MP. Mauricio González Cuervo.

agencias en derecho- dispuso que continuaba aplicándose el anterior Acuerdo para los procesos ya iniciados⁹⁷.

El Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura estableció:

“Artículo 3º—Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.

“Parágrafo. En la aplicación anterior, además, se tendrán en cuenta las normas legales que en particular regulen la materia.

“Artículo 6º—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

“(…)

“III. Contencioso administrativo.

“3.1. Asuntos.

“(…)

“3.1.2. Primera instancia.

“(…)

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

“(…).

3.1.3. Segunda instancia.

“(…).

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

⁹⁷ “Artículo 7º. Vigencia. El presente acuerdo rige a partir de su publicación y se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003, 2222 de 2003 y 9943 de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

Como consecuencia, se impondrá la condena en costas a cargo del departamento del Cauca y para la fijación de las agencias en derecho se dispondrá que el expediente regrese al Despacho, una vez en firme la sentencia.

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

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 5 de abril de 2018, la cual quedará así:

1º. LIQUIDAR el contrato DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD FARMACÉUTICOS No. 607 de 2011, de la siguiente manera:

| | |
|---|--------------------|
| VALOR DEL CONTRATO | \$5.000'000.000,00 |
| PAGO ANTICIPO | \$2.500'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2648 | \$1.250'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2809 | \$750'000.000,00 |
| VALOR FACTURA 2848 | \$495'856.388,00 |
| TOTAL FACTURADO | \$2.495'856.388,00 |
| VALOR AVALADO PARA PAGO DE FACTURAS POR FIRMA CAMPO & ASOCIADOS | \$2.388'947.542,00 |
| DESCUENTO POR ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN | \$166'639.776,96 |
| DESCUENTO POR NO ENTREGA DE MEDICAMENTOS | \$440'005.278,78 |
| TOTAL DE DESCUENTOS | \$606'645.055,74 |
| VALOR PENDIENTE DE PAGO AL CONTRATISTA SIN ACTUALIZAR ⁹⁸ | \$1.782'302.486,21 |
| VALOR ACTUALIZADO A LA FECHA DE LA SENTENCIA | \$2.252'785.390,00 |

2o: Como consecuencia de la anterior liquidación, **CONDENAR** al departamento del Cauca a pagar a GLOBAL SALUD INTEGRAL IPS

⁹⁸ Valor avalado menos descuentos.

LTDA, la suma resultante de la liquidación del contrato 607 de 2011, debidamente indexada correspondiente a DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES SETESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.252'785.390).

4º: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

5º: **TENER en cuenta las medidas de embargo.** Para el pago de la condena, el departamento del Cauca- Secretaría de Educación tendrá en cuenta las siguientes medidas de embargo, de las que se ordenó tomar nota en el presente proceso, para constituir, en su caso, los depósitos judiciales, previa verificación de la vigencia de las correspondientes medidas cautelares: 1) la medida de embargo comunicada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán mediante Oficio 404 de 22 de abril de 2016⁹⁹, dentro del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía¹⁰⁰ adelantado por Marilyn Bravo contra Global Salud Integral IPS Ltda y 2) embargo decretado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, comunicado por oficio No. 2316 de 16 de septiembre de 2019, en el proceso ejecutivo adelantado por Gloria Inés Vargas Castillo contra Global Salud Integral IPS, radicado No. 2019-00132-00¹⁰¹.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al departamento del Cauca a favor de Global Salud Integral IPS Ltda, en las dos instancias.

Para la fijación de las agencias de derecho, una vez en firme la sentencia, se ordena a la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación regresar el expediente al despacho.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: En firme esta providencia, por secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado se expedirán copias de esta providencia con constancia de ejecutoria, para ambas partes, sin necesidad de solicitud o trámite adicional.

CUARTO: En firme el auto que resuelva sobre las agencias en derecho,

⁹⁹ Folio 452 del cuaderno 2.

¹⁰⁰ Folio 542 del cuaderno 1.

¹⁰¹ Folio 637 del cuaderno principal de la segunda instancia-

devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO