

## **JURISDICCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO – Ley 1437 de 2011 – Artículo 104 – Cláusula general de competencia – Criterio orgánico – Criterio material**

El CPACA redefinió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que anteriormente era eminentemente orgánico, estableciendo en su artículo 104 una cláusula general de competencia, en virtud de la cual le corresponde el conocimiento 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, de ahí que no basta con que en el litigio se encuentre involucrada una entidad pública -criterio orgánico-, sino que los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones generadores de responsabilidad también deben estar sometidos al derecho administrativo -criterio material-.

## **COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Artículo 104 numeral 2 – Criterio orgánico**

El artículo 104 del CPACA también consignó un listado de asuntos específicos que se encuentran asignados a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dentro de los que, para los efectos que aquí interesa, se destaca el numeral 2, en virtud del cual le corresponde conocer de los procesos relativos a la responsabilidad contractual en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas, cualquiera que sea su régimen, privilegiándose así el criterio orgánico.

## **COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Excepciones – Ley 1437 de 2011 – Artículo 105**

[...] el numeral 1º, al amparo del cual se encuentran excluidas de su conocimiento las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y las contractuales en las que haga parte una entidad pública de carácter asegurador, cuandoquiera que correspondan al giro ordinario de sus negocios.

Como se observa, para que se configure la excepción consagrada en el numeral 1 del artículo 105 del CPACA: i) la entidad pública debe tener el carácter de institución aseguradora -elemento orgánico- y ii) la controversia ha de versar sobre asuntos que correspondan a su giro ordinario de los negocios -elemento material-.

## **GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS – Entidades aseguradoras - Dificultad interpretativa – Código Civil**

[...] la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 105 CPACA crea algunas dificultades interpretativas en cuanto a lo que debe entenderse por giro ordinario de los negocios de las instituciones aseguradoras, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance ha dado origen a opiniones disímiles, máxime teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico alude a dicha noción en diferentes ámbitos y para diversos efectos, lo que implica que en la labor de hermenéutica que corresponde efectuar no puede dejarse de lado el contexto al que se refiere la norma que, en cada caso, remite a esta noción -artículo 30 del Código Civil-, su finalidad, recurriendo "a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento" - artículo 27 del Código Civil- y, en general, las diversas reglas de interpretación de la ley.

Para los efectos que aquí concierne, no puede desconocerse que el numeral 1 del artículo 105 del CPACA establece una excepción, que, por ser tal, debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, y no de manera analógica ni extensiva. Además, también es menester acudir al "sentido natural y obvio" de las palabras, según su uso general -artículo 28 del Código Civil-, lo que lleva a destacar que la palabra "ordinario", según el Diccionario de la Real Academia de la lengua, significa "común, regular y que sucede habitualmente", por oposición a aquello que es extraordinario o excepcional.

## **OBJETO SOCIAL – Alcance – Objeto principal – Objeto secundario**

[...] la jurisprudencia ha señalado que el objeto de cualquier persona jurídica está conformado por el denominado "objeto principal" y el llamado "objeto secundario, complementario o subsidiario". El primero está compuesto por los actos y contratos

expresamente previstos en los estatutos o en el acto de creación de la entidad, al paso que el segundo comprende: i) los actos y contratos que, sin estar mencionados expresamente, guardan una relación o conexidad directa con el objeto principal, y ii) todos aquellos que resultan necesarios para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que implican la existencia y el funcionamiento de la persona jurídica, tales como el pago de impuestos, la contratación de personal y la adquisición de insumos, entre otros.

### **GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS – No abarca todo el objeto social – JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA – Excepción – Ley 1437 de 2011 – Artículo 105**

[...] la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que el giro ordinario de los negocios no abarca todo el objeto social de una entidad [...] sino solo aquellas actividades que se realizan de forma permanente y que, además de que son inescindibles con su propósito primario, corresponden a actos de comercio o mercantiles habituales.

[...] si bien todos los actos y contratos que una persona jurídica celebra "dentro del giro ordinario de sus negocios" deben estar comprendidos en su objeto -principal o secundario-, existen algunos actos que las personas jurídicas pueden celebrar válidamente, por estar incluidos dentro de su objeto, que no corresponden, sin embargo, al "giro ordinario de sus negocios", por realizarse de forma extraordinaria, inusual o esporádica.

A partir de lo anterior, puede concluir que forman parte del giro ordinario de los negocios de las entidades aseguradoras: a) Todos los actos que celebre para realizar las actividades y cumplir las funciones que la ley le asigna expresamente, ya sea que correspondan a actividades aseguradoras o no -objeto principal-; b) Todos los que celebre en conexión o en relación directa con dichos negocios -actos conexos y objeto secundario-; y/o que resulten necesarios para su existencia y funcionamiento normal, siempre que sean habituales u ordinarios, tales como, por ejemplo, la contratación de personal, la asesoría jurídica, contable o técnica ordinaria, la compra de papelería y la contratación de servicios de aseo o vigilancia, entre otros. Como los mencionados actos y contratos -literales a y b- forman parte del denominado "giro ordinario de los negocios", todos y cada uno se subsumen en la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 105 del CPACA, es decir, se encuentran por fuera de la órbita de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS - Derecho privado – Exclusión del EGCAP**

[...] Positiva S.A. es una sociedad anónima aseguradora y de economía mixta con un capital mayoritariamente público, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, su gestión contractual está sometida al derecho privado, en exclusión del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP-, dada su naturaleza de empresa de seguros con participación mayoritaria del Estado, lo cual es predicable no solo frente al ámbito de celebración o ejecución del contrato, sino también frente a los actos de las partes.

### **ACTOS DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS – Actos contractuales – Autonomía de la voluntad**

[...] como la entidad pública no actúa en posición de supremacía de la Administración, sino como un particular, no emite actos administrativos con carácter ejecutivo y ejecutorio, ni está habilitada para ejercer potestades del EGCAP como la liquidación del contrato -salvo que las partes prevean dicha posibilidad en forma convencional. Por tanto, aquellos corresponderán a actos de gestión contractual como expresión de la autonomía privada, con excepción de los casos en los que las disposiciones legales y reglamentarias prescriban lo contrario.

### **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Suministro y dispensación de medicamentos – No es una excepción – Ley 1437 de 2011 – Artículo 105**

[...] es claro que el objeto del contrato [...] no corresponde al giro ordinario de los negocios de Positiva S.A., toda vez que se encaminó a la contratación del proveedor para el suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos a sus afiliados cuando hacen parte de la cobertura de riesgos laborales, actividad que resulta ser incidental a su labor principal de ofrecer aseguramiento a personas naturales y jurídicas, por lo que se concluye, entonces, que al no encontrarse dentro del supuesto del numeral 1 del artículo 105 del CPACA, la controversia corresponde al juez de lo contencioso administrativo.

## **CADUCIDAD – Mecanismo de certidumbre – Seguridad jurídica**

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción *ipso iure* que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

Cabe precisar que la caducidad no admite suspensión, salvo que se presente una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.



Radicado: 250002336000202200315-01 (70843)  
Demandante: Droservicio Ltda.

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

**CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES**

**Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veinticinco (2025)**

**Referencia:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN  
**Radicación:** 25000-23-36-000-2022-00315-01 (70843)  
**Demandante:** DROSERVICIO LTDA.  
**Demandado:** POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

**TEMAS:** JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – conoce de las controversias relativas a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones aseguradoras, cuando no correspondan a su giro ordinario de los negocios. GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS – no lo conforman las actividades incidentales que se lleven a cabo, aunque hagan parte del objeto social. EMPRESAS ASEGURADORAS - están sometidas al derecho privado, en virtud de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007. CADUCIDAD DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - opera cuando la demanda se presenta después de los 2 años desde que se configuraron los motivos de hecho y de derecho que sirven de fundamento a las pretensiones, en virtud del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

### **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Droservicio LTDA. contra la sentencia anticipada del 16 de noviembre de 2023, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad.

#### **I. SÍNTESIS DEL CASO**

El 25 de agosto de 2013, Droservicio Ltda. y Positiva S.A. suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 689, que tuvo por objeto obtener el operador logístico para suministrar y dispensar medicamentos e insumos médicos a cargo de la aseguradora.

En criterio de Droservicio, el acuerdo de voluntades se ejecutó según lo convenido, por lo que la contratista llevó a cabo la provisión de distintas medicinas dentro del plazo pactado; empero, el 22 de agosto de 2018 cedió el contrato a la sociedad Audifarma, quien prosiguió con la concreción del objeto negocial hasta su



culminación, tras lo cual la entidad contratante y el nuevo contratista liquidaron el contrato el 26 de noviembre de 2021.

En criterio de la parte demandante, Positiva S.A. no le pagó la totalidad de las sumas por concepto de retribución por sus servicios prestados, aunado a lo cual el incremento del IPC hizo más onerosa la ejecución negocial, de ahí que presentara demanda de controversias contractuales contra la aseguradora, con el fin de que se declarara que se configuraron circunstancias de incumplimiento y desequilibrio económico en su favor y, como consecuencia, se le reconocieran varios emolumentos.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

1.1. El 21 de junio de 2022<sup>1</sup>, la sociedad Droservicio Ltda. *-en adelante Droservicio-* presentó demanda de controversias contractuales contra la sociedad Positiva Compañía de Seguros S.A. *-en lo sucesivo Positiva S.A.-*, con el fin de que se declarara el incumplimiento parcial del contrato No. 689 del 28 de agosto de 2013, que tuvo por objeto la adquisición del operador logístico para el suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos a los afiliados de la aseguradora. Como consecuencia, pidió que se condenara a la demandada a pagar la suma de \$4.057'405.766 por cuenta de la desatención obligacional descrita.

1.2. En particular, las pretensiones formuladas fueron las siguientes (*se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores*):

*“PRIMERA: Que, se declare el incumplimiento parcial en el pago del contrato 689, de fecha 28 de agosto de 2013, celebrado entre la firma DROSERVICIO LTDA., y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., cuyo objeto fue la contratación del operador logístico para el suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos a los afiliados de Positiva Compañía de Seguros S.A. en el territorio nacional.*

*SEGUNDA: Que, se declare la grave afectación sufrida por la contratista por el incumplimiento parcial de Positiva Compañía de Seguros S.A., al*

<sup>1</sup> Archivos 1 a 3 de la carpeta denominada “cuaderno principal” del índice 9 del expediente digital del Consejo de Estado en SAMAI e índice 8 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.



*no haber pagado el valor de NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL CIENTO OCHO PESOS (\$9.173.220.108), ello, por concepto de administración logística de medicamentos regulados dispensados a los usuarios de POSITIVA, durante la ejecución del contrato 689 de 2013, con fundamento en la prueba pericial aportada a la presente solicitud.*

*TERCERA: Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a cancelar la suma de CUATRO MIL CINCUENTA Y SIETE MILLONES CUATROSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$4.057.405.766), por concepto de cobro por el incremento del precio de los medicamentos dispensados por el IPC, sector salud durante la vigencia del contrato No. 689 de 2013, con fundamento en la prueba pericial aportada a la presente solicitud.*

*CUARTA: Que, a la condena que se profiera en el presente proceso se le dé cumplimiento en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.*

*QUINTA: Que, se condene en costas y en agencias en derecho a la entidad demandada”.*

**1.3. Como fundamentos fácticos** de sus pretensiones, la demandante formuló los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

**1.3.1.** Afirmó que, el 25 de agosto de 2013, Droservicio y Positiva S.A. suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 689 de 2013, cuyo objeto fue el de adquirir el operador logístico para el suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos a los afiliados de la aseguradora en el territorio nacional.

**1.3.2.** Aseveró que, una vez suscrito el acuerdo de voluntades descrito anteriormente, comenzó a ejecutarse por Droservicio hasta el 15 de septiembre de 2018 y, en su criterio, el valor a cobrar como porcentaje de intermediación por la operación de dispensación de medicamentos, insumos y cosméticos se debía fijar según la “*respuesta a la observación No. 19*” dada por Positiva S.A. en la fase precontractual, así como con base en el parágrafo tercero de la cláusula sexta del acuerdo de voluntades, que previó para el efecto un porcentaje del 20%.

**1.3.3.** Argumentó que la instrucción mencionada anteriormente se mantuvo en vigor hasta el 27 de agosto de 2016, fecha en la cual se modificó el acuerdo de voluntades mediante el otrosí No. 4, donde se indicó que se le pagaría al contratista un



porcentaje de operación logística del 13% sobre el total de medicamentos e insumos médicos como *“tasa de intermediación”*.

**1.3.4.** Anotó que, el 13 de junio de 2015, Positiva S.A. pactó con el laboratorio Grünenthal precios especiales para varios productos regulados, los que a juicio del actor habrían de comenzar a regir desde el 1º de septiembre de la misma anualidad.

**1.3.5.** Señaló que, como consecuencia del panorama expuesto, Droservicio Ltda. solicitó el pago de la administración logística de los medicamentos regulados suministrados y dispensados a los usuarios de Positiva S.A., junto con los intereses causados, por un total de \$9.173'220.108, sin que su requerimiento hubiera sido atendido favorablemente en su totalidad.

**1.3.6.** Arguyó que, el 22 de agosto de 2018, Droservicio cedió el contrato a la sociedad Audifarma S.A., tras lo cual esta última continuó ejecutándolo en calidad de contratista. Con todo, se puso de presente que existían situaciones financieras en trámite de revisión que se resolverían posteriormente.

**1.3.7.** Adujo que, el 13 de febrero de 2019, Droservicio remitió a Positiva una propuesta de liquidación del contrato; sin embargo, aquella no fue evaluada, por lo que *“los asuntos en discusión indefectiblemente se defirieron a la liquidación final del contrato que debía realizarse entre Positiva y Audifarma”*.

**1.3.8.** Indicó que, tras una prórroga en el plazo del contrato, Positiva S.A. lo liquidó con Audifarma el 26 de noviembre de 2021, estableciendo el cruce final de cuentas producto de la relación negocial, sin que, a criterio de la sociedad demandante, aquella le hubiera sido notificada.

**1.4.** Como **fundamento jurídico** de la demanda, la parte actora expuso que Positiva S.A. incumplió el contrato No. 689 de 2013 en cuanto a la obligación de pago, por no haber satisfecho en su totalidad el pago por los medicamentos dispensados por Droservicio a los afiliados de dicha aseguradora, infringiendo así los artículos 2 y 90 de la Constitución, 1602 del Código Civil, las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y *“demás normas concordantes”*.



En efecto, consideró que, al no reconocérsele el pago de la administración logística de los medicamentos regulados dispensados por Droservicio en forma integral se desconoció tanto la buena fe, como la confianza legítima y los principios de legalidad y transparencia, aplicables a los contratos suscritos por el Estado, ya que dichas erogaciones eran la retribución que habría que obtener por la concreción del objeto negocial y, pese a que este se materializó, no se le pagó lo prometido, en desatención de la *“regla ética de mutua confianza”*.

Por otro lado, señaló que, con ocasión de la ejecución negocial, el objeto contractual se hizo más oneroso para Droservicio debido al *“incremento de precios por el IPC”*, lo que, en el marco del equilibrio o ecuación financiera del contrato debía llevar a el reconocimiento de saldos en su favor, con el fin de restaurar el sinalagma del acuerdo de voluntades.

Entretanto, advirtió que en la liquidación del contrato debió considerarse que este se suscribió desde un principio entre Positiva y Audifarma S.A., así como aseveró que se debió efectuar una liquidación parcial con Droservicio al momento de la cesión o incluirse el análisis del impago de los saldos a su favor en el balance de activos y pasivos que se efectuó, sin que nada de ello se hubiera llevado a cabo.

Finalmente, manifestó haber presentado la demanda en tiempo, habida cuenta de que la discusión sobre los pagos por su participación en la ejecución del contrato se dejó en vilo desde que fue cedido, de ahí que debiera computarse la oportunidad para ejercer el derecho de acción desde que el acuerdo de voluntades se liquidó entre Audifarma y Positiva S.A. y, como la demanda se presentó dentro de los dos años siguientes, en su opinión fue allegada en tiempo.

## **2. Admisión de la demanda y su contestación**

**2.1.** El 10 de noviembre de 2022<sup>2</sup>, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, por encontrar reunidos los requisitos de ley, decisión que fue notificada debidamente.

---

<sup>2</sup> Índice 9 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.



2.2. El 23 de enero de 2023<sup>3</sup>, Positiva S.A. contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones, por considerar que cumplió sus obligaciones a cabalidad, en la medida en que consignó todos los pagos en favor de Droservicio. Como consecuencia, formuló las excepciones de caducidad de la acción, indebida formulación de pretensiones para solicitar el desequilibrio económico, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, compensación y *“las demás que resultaren probadas en el transcurso del proceso”*.

Para el efecto, comenzó por señalar que la demanda fue extemporánea, dado que, como el acuerdo de voluntades se cedió por Droservicio el 22 de agosto de 2018, tenía dos años a partir de ese momento para ejercer el derecho de acción, sin que dicho cómputo debiera establecerse a partir de la liquidación efectuada con Audifarma, pues aquella no tuvo ninguna relación con la aquí demandante, de ahí que, como el escrito inicial se radicó el 21 de junio de 2022, fue allegado extemporáneamente.

A su vez, advirtió que, en consideración a que Positiva S.A. es una sociedad de economía mixta, está sujeta al derecho privado por disposición expresa de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

Precisado lo anterior, pasó a afirmar que la relación contractual con Droservicio estuvo vigente solo hasta el 22 de agosto de 2018, ya que, después de esa fecha, el contratista cedió el contrato a Audifarma, por lo que quedó excluida de la relación comercial. También advirtió que, durante el tiempo en que la demandante fungió como cocontratante, se efectuaron incrementos y ajustes a los precios de los medicamentos de mutuo acuerdo, frente a lo cual la aseguradora se atuvo a pagar todas las sumas convenidas, de ahí que satisfizo la obligación de pago.

Bajo la misma línea argumentativa, adujo que mucho menos se configuró un desequilibrio económico del contrato bajo las dinámicas del derecho privado, en tanto régimen aplicable a las relaciones comerciales de Positiva S.A., pues no se configuró ningún supuesto constitutivo de mayor onerosidad que afectara el alea

---

<sup>3</sup> Índice 14 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.



del contrato, dado que el objeto negocial se materializó sin desavenencias o circunstancias imprevistas, satisfaciéndose la obligación de pago integralmente.

Por todo lo expuesto, considero que reconocer los saldos pretendidos por la parte demandante implicaría constituir un enriquecimiento sin justa causa.

### **3. Auto de sentencia anticipada y alegatos de conclusión**

**3.1.** El 2 de octubre de 2023<sup>4</sup>, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió auto mediante el cual dispuso dictar sentencia anticipada, en virtud del artículo 182A del CPACA, con apoyo en que la Sala se pronunciaría en la sentencia sobre la excepción de caducidad, por lo que corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si a bien lo tenía, rindiera concepto.

**3.2.** Droservicio presentó alegatos de conclusión, en los que reafirmó que su demanda fue formulada en tiempo, considerando que, si bien el 22 de agosto de 2018 dejó de ser parte del contrato No. 689 de 2013, en el acta de cesión quedó en vilo la negociación sobre varios aspectos pendientes, lo cual, en su criterio, supo que no se efectuaría directamente hasta que se llevó a cabo la liquidación final del acuerdo de voluntades, el 26 de noviembre de 2021, de ahí que los dos años para demandar debieran computarse a partir de tal momento<sup>5</sup>.

A su vez, ratificó que se configuró un incumplimiento y desequilibrio económico del contrato No. 689 de 2013, por el impago de parte de la obligación de pago y debido al incremento del IPC.

**3.3.** Positiva S.A. formuló alegaciones conclusivas, en las cuales reiteró que la demanda se presentó después de los 2 años de ley, en consideración a que a partir del 22 de agosto de 2018 la parte actora dejó de ser contratista del acuerdo de voluntades, por lo que debía radicar su libelo introductorio a más tardar el 23 de

<sup>4</sup> Índice 18 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.

<sup>5</sup> Índice 23 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.



agosto de 2020 y, como lo allegó hasta el 21 de junio de 2022, su escrito inicial fue extemporáneo<sup>6</sup>.

**3.4.** El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

#### **4. sentencia anticipada de primera instancia**

El 16 de noviembre de 2023<sup>7</sup>, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de caducidad, propuesta por Positiva, por encontrar que la demanda fue presentada por fuera del plazo de ley para ejercer el derecho de acción en las controversias contractuales.

En efecto, el *a quo* manifestó que el artículo 164 del CPACA previó distintos criterios para contabilizar los 2 años para ejercer la demanda en el medio de control de controversias contractuales, dentro de los cuales se encuentra el de los motivos de hecho y de derecho que sirvan de fundamento, el cual, a su juicio, resultaba ser el procedente en el asunto de estudio, ya que el 22 de agosto de 2018 Droservicio cedió el contrato No. 689 de 2013 a Audifarma, por lo que a partir de tal fecha *“podía establecer cuáles eran los pagos adeudados por la administración logística de los medicamentos regulados que había dispensado a los usuarios de Positiva”* y, por lo tanto, desde ese momento se debía contabilizar el *interregno* para demandar.

Al punto, se descartó que la liquidación efectuada entre Audifarma y Positiva S.A. pudiera tenerse en cuenta como fecha para contabilizar la demanda en tiempo, ya que allí no se llevó a cabo ningún cruce de cuentas de la relación comercial que hubo entre Droservicio y la aseguradora en cuestión.

En tal virtud, aseveró que, como el término para ejercer el derecho de acción corrió entre el 23 de agosto de 2018 y el 24 de agosto de 2020, a lo cual había lugar a adicionarle 3 meses y 14 días por la suspensión de términos durante el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica prevista en el Decreto 564 de 2020, la

<sup>6</sup> Índice 22 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.

<sup>7</sup> Índice 24 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.



demanda debió presentarse hasta el 15 de diciembre de 2020 y, no obstante, se radicó hasta el 21 de junio de 2022, es decir, extemporáneamente.

A su vez, adujo que, si en gracia de discusión la revisión del estado financiero del contrato pactado entre Positiva S.A. y Droservicio se hubiera tramitado como una liquidación, esta debió realizarse bilateralmente hasta el 23 de diciembre de 2018, por lo que el término para demandar habría fenecido el 11 de enero de 2021 y, por tanto, en todo caso la demanda habría sido formulada extemporáneamente.

En ese orden de ideas, el *a quo* declaró probada la excepción de caducidad y dio por terminado el proceso mediante sentencia anticipada.

## 5. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

5.1. El 11 de diciembre de 2023<sup>8</sup>, Droservicio interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 12 de diciembre de 2023<sup>9</sup> y admitido el 15 de marzo de 2024<sup>10</sup>.

En su escrito, el recurrente solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, con sustento en que, contrario a lo concluido por el *a quo*, la demanda fue formulada en tiempo.

Así pues, aseveró que el Tribunal de primera instancia *“incurrió en una defectuosa valoración probatoria”* y en un *“defecto fáctico”*, al pasar por alto que la cesión del contrato No. 689 de 2013 fue solamente *“parcial”*, dado que en dicho acto jurídico se dejaron en suspenso varias situaciones respecto a Droservicio y Positiva S.A. para que posteriormente fueran revisadas, de tal suerte que, hasta tanto no se resolviera dicha situación, se mantuvo la relación comercial entre las partes.

A lo anterior sumó que, el 13 de febrero de 2019, Droservicio remitió a Positiva S.A. una propuesta de liquidación del contrato No. 689 de 2013; sin embargo, esta no fue evaluada, *“por lo que los asuntos en discusión indefectiblemente se defirieron a la liquidación final del contrato que debía realizarse entre Positiva y Audifarma”*, de

<sup>8</sup> índice 27 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.

<sup>9</sup> índice 28 del expediente digital de primera instancia en SAMAI.

<sup>10</sup> índice 11 del expediente digital de segunda instancia en SAMAI.



ahí que los aspectos pendientes entre la aquí apelante y la aseguradora tuvieron como límite último la liquidación final del acuerdo de voluntades, efectuada el 26 de noviembre de 2021, tras lo cual conoció que la contratante no habría de pagarle algún otro saldo dinerario a su favor, aunque inicialmente no se le notificó de dicha situación en desmedro del debido proceso, y, así, los dos años para demandar comenzaron a correr a partir de tal momento.

En virtud de lo expuesto, señaló que el término para ejercer el derecho de acción transcurrió entre el 27 de noviembre de 2021 y el 27 de noviembre de 2023 y, como la demanda se radicó el 21 de junio de 2022, fue presentada en tiempo, de ahí que el *a quo* erró en declarar probada la caducidad y, en su lugar, debió estudiar los cargos de la demanda, encaminados a que: *i*) se declare el incumplimiento del contrato No. 689 de 2013 en cuanto a la obligación de pago y *ii*) se reconozca la configuración de un desajuste de precios irresistible e imprevisible que hizo más onerosa la ejecución negocial, todo lo cual fue acreditado, entre otros, con el dictamen pericial aportado junto con el escrito inicial, que fue descrito por el recurrente en su contenido para reafirmar las anteriores pretensiones.

**5.2.** Una vez concedido y admitido el recurso de apelación, el expediente ingresó para fallo, pues no se solicitaron ni se decretaron pruebas en segunda instancia.

### III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por Droservicio, la Sala analizará los siguientes aspectos: **(1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto, **(2)** procedencia del medio de control, **(3)** problema jurídico, **(4)** solución al problema jurídico y **(5)** costas.

#### 1. Jurisdicción y competencia

**1.1.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 104 del CPACA<sup>11</sup>, pues el contrato No.

<sup>11</sup> Al *sub judice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación de la demanda -21 de junio de 2022- es decir, la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, incluyendo las modificaciones de la Ley 2080 de 2021 y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en los aspectos



689 de 2013 fue suscrito por Positiva S.A., -en tanto sociedad aseguradora de economía mixta de naturaleza anónima con capital mayoritariamente público<sup>12</sup>- en el marco de su actividad contractual.

En efecto, si bien el numeral 1 del artículo 105 del CPACA dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conoce de las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos de entidades públicas que ostenten el carácter de instituciones aseguradoras, como lo es Positiva S.A., ello se supeditó a que tales asuntos versen sobre el giro ordinario de sus negocios, lo que no sucede en el *sub lite*, tal como se pasa a explicar.

**1.2.** El CPACA redefinió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que anteriormente era eminentemente orgánico<sup>13</sup>, estableciendo en su artículo 104<sup>14</sup> una cláusula general de competencia, en virtud de la cual le corresponde el conocimiento de las controversias y litigios originados en actos,

---

no contemplados en el primero, por virtud de la remisión efectuada en el artículo 306 del primer estatuto procesal. // "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 [...]".

<sup>12</sup> Estatutos Sociales de Positiva Compañía de Seguros S.A. "Artículo 2. Naturaleza jurídica y nacionalidad. La Sociedad, constituida por Escritura Pública número 375 del 11 de febrero de 1956 otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, es una sociedad anónima de economía mixta de la rama ejecutiva del orden nacional, organizada como entidad aseguradora, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia". // Corte Constitucional. Auto A-1421 del 12 de julio de 2023. "Positiva S.A. «es una entidad aseguradora organizada como Sociedad Anónima, tiene carácter de entidad descentralizada indirecta del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, capital independiente, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998»".

<sup>13</sup> decreto 1 de 1984. "Artículo 82. [Modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006]. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. // Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno // La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

<sup>14</sup> "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 [...]".



contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, de ahí que no basta con que en el litigio se encuentre involucrada una entidad pública *-criterio orgánico-*, sino que los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones generadores de responsabilidad también deben estar sometidos al derecho administrativo *-criterio material-*.

El artículo 104 del CPACA también consignó un listado de asuntos específicos que se encuentran asignados a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dentro de los que, para los efectos que aquí interesa, se destaca el numeral 2, en virtud del cual le corresponde conocer de los procesos relativos a la responsabilidad contractual en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas, cualquiera que sea su régimen, privilegiándose así el criterio orgánico<sup>15</sup>.

En este panorama, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha resaltado que el artículo 104 del CPACA privilegia la especialidad como criterio determinante de la competencia, a la par de que se vale del criterio orgánico para definir los asuntos a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo que se está ante un *“régimen mixto de criterios de determinación de competencia -material y orgánico-”*, de ahí que, en cada caso debe evaluarse cuál de los dos prevalece<sup>16</sup>.

**1.3.** A su turno, el artículo 105 del CPACA<sup>17</sup> prevé un conjunto de excepciones a la competencia atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el artículo 104 *ejusdem*, entre las que se resalta la dispuesta en el numeral 1º, al amparo del cual se encuentran excluidas de su conocimiento las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y las contractuales en las que haga parte una

<sup>15</sup> “Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...] 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 [...]”.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Auto del 17 de junio de 2015, Radicado 27001233300020130021001 (50526).

<sup>17</sup> “Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos. [...]”.



entidad pública de carácter asegurador, cuandoquiera que correspondan al giro ordinario de sus negocios.

Como se observa, para que se configure la excepción consagrada en el numeral 1 del artículo 105 del CPACA: *i)* la entidad pública debe tener el carácter de institución aseguradora *-elemento orgánico-* y *ii)* la controversia ha de versar sobre asuntos que correspondan a su giro ordinario de los negocios *-elemento material-*<sup>18</sup>.

**1.4.** Ahora bien, la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 105 CPACA crea algunas dificultades interpretativas en cuanto a lo que debe entenderse por giro ordinario de los negocios de las instituciones aseguradoras, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance ha dado origen a opiniones disímiles, *máxime* teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico alude a dicha noción en diferentes ámbitos y para diversos efectos, lo que implica que en la labor de hermenéutica que corresponde efectuar no puede dejarse de lado el contexto al que se refiere la norma que, en cada caso, remite a esta noción *-artículo 30 del Código Civil-*, su finalidad, recurriendo *“a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento” -artículo 27 del Código Civil-* y, en general, las diversas reglas de interpretación de la ley.

Para los efectos que aquí concierne, no puede desconocerse que el numeral 1 del artículo 105 del CPACA establece una excepción, que, por ser tal, debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, y no de manera analógica ni extensiva. Además, también es menester acudir al *“sentido natural y obvio”* de las palabras, según su uso general *-artículo 28 del Código Civil-*, lo que lleva a destacar que la palabra *“ordinario”*, según el Diccionario de la Real Academia de la lengua, significa *“común, regular y que sucede habitualmente”*, por oposición a aquello que es extraordinario o excepcional.

De igual modo, en lo que concierne a la finalidad de la norma, la excepción del numeral 1 del artículo 105 CPACA que se analiza, responde a la intención del

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Providencias del 31 de enero de 2022. Radicado 25001-23-31-000-2013-02028-01 (60.388), del 29 de julio de 2022. Radicado 88001-23-33-000-2018-00026-01 (62.851), y del 8 de octubre de 2021. Radicado 25000-23-26-000-2006-00779-01 (36320).



legislador de privilegiar, para este tipo de controversias, la especialidad de la materia objeto del litigio como criterio fundamental para la determinación de la competencia, toda vez que la temática propia de los negocios y actividades habituales u ordinarias que adelantan las entidades públicas aseguradoras versa en torno a materias de contenido económico y financiero, que se ubican en la especialidad de la Jurisdicción Ordinaria<sup>19/20</sup>.

**1.5.** A la vista de las precisiones que anteceden es menester precisar si el concepto de “*giro ordinario de los negocios*” equivale o no al objeto social y, dentro de ello, si se limita solo a las actividades principales o comprende las conexas y complementarias. Asimismo, debe dilucidarse si la noción alude a actos y negocios que en cualquier caso se realicen como parte de la gestión ordinaria o de modo habitual, o, por el contrario, si también incluye actos, actividades y negocios que se adelanten de modo incidental, todo ello, desde luego, siempre que se encuentren dentro del marco de su capacidad legal, pues los actos que no están comprendidos dentro del objeto exceden las atribuciones de la persona jurídica y, por lo mismo, estarán viciados de nulidad.

Bajo este contexto, la jurisprudencia ha señalado que el objeto de cualquier persona jurídica está conformado por el denominado “*objeto principal*” y el llamado “*objeto secundario, complementario o subsidiario*”. El primero está compuesto por los actos y contratos expresamente previstos en los estatutos o en el acto de creación de la

<sup>19</sup> Así fue expresado por algunos integrantes de esta Corporación que hicieron parte de la Comisión Redactora de la Ley 1437 de 2011. Por ejemplo, en Sesión de Sala Plena del 20 de enero de 2010, la consejera Ruth Stella Correa Palacio señaló en su intervención que “*La intención de la comisión fue que la responsabilidad contractual y extracontractual de esas entidades financieras y aseguradoras fuera conocida por la justicia ordinaria, por tratarse de una actividad eminentemente económica [...]*”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Memorias de la Ley 1437 de 2011. Bogotá: sin fecha. Volumen III, Parte A, Imprenta Nacional. P. 443.

<sup>20</sup> Sobre el particular, refiriéndose al enfoque que se dio al objeto de la jurisdicción contenciosa en la Ley 1437 de 2011 y, puntualmente, a la razón de ser de la excepción dispuesta en el numeral 1º del artículo 105 *ibidem*, esta Corporación ha resaltado que “[...] el motivo por el cual se resolvió incluir esta excepción fue porque se consideró que la jurisdicción ordinaria tenía mayor experiencia en el tema económico financiero y, por ende, era más acorde con su especialidad que conociera este tipo de controversias contractuales y extracontractuales. Esto también fue puesto de presente por algunos de los integrantes de esta Corporación que en su momento hicieron parte de la Comisión Redactora del nuevo código, de las que se destacan las siguientes intervenciones [...]. De igual forma, la Comisión Primera del Senado dejó ver en sus debates que era con ocasión de la connotación privada de las temáticas que desarrollaban las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores, que se le asignaba el conocimiento de sus controversias a la jurisdicción ordinaria”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 17 de junio de 2015, Rad. 50526.



entidad, al paso que el segundo comprende: *i)* los actos y contratos que, sin estar mencionados expresamente, guardan una relación o conexidad directa con el objeto principal, y *ii)* todos aquellos que resultan necesarios para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que implican la existencia y el funcionamiento de la persona jurídica, tales como el pago de impuestos, la contratación de personal y la adquisición de insumos, entre otros<sup>21</sup>.

Refiriéndose al concepto de objeto social y su diferencia con el giro ordinario de los negocios, la Superintendencia de Sociedades ha señalado que, en virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio, en los estatutos sociales deben enunciarse en forma clara y completa las actividades que comprenden el objeto social, teniendo en cuenta que la capacidad del ente societario estará circunscrita a los actos y negocios allí consignados<sup>22</sup>.

Además, ha resaltado que el objeto social comprende el “*objeto principal*”, que “*se refiere a los negocios o actividades principales que la sociedad se propone desarrollar, los cuales pueden tener o no conexión entre sí, siempre que se encuentren debidamente enunciados en la escritura social*” y, también, el “*objeto secundario*”, en el que “*se entienden incluidos todos aquellos actos o contratos tendientes al desarrollo del objeto social principal*”. De igual modo, la misma Superintendencia ha expuesto que el giro ordinario consiste en aquellas labores que se llevan a cabo en forma habitual u ordinaria y que, de todos modos, están enmarcadas en el objeto social<sup>23</sup>.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>24</sup> ha indicado que el giro ordinario de los negocios no abarca todo el objeto social de una entidad, descrito con anterioridad, sino solo aquellas actividades que se realizan de forma permanente y que, además de que son inescindibles con su propósito primario, corresponden a actos de comercio o mercantiles habituales<sup>25</sup>, premisa en

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de abril de 2013, Radicado 11001-03-06-000-2013-00002-00 (2135).

<sup>22</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-53338 del 25 de agosto de 2000.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de octubre de 2013, Radicado 25000232600020020128201 (30763).

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2018. Radicado 250002337000-2013-00615-01 (21776).



virtud de la cual es claro que no todas las labores de un ente asegurador están incluidas en tal concepto, pues, de ser así, bastaría que el legislador exceptuara del conocimiento de esta jurisdicción todas las controversias de esos órganos sin más<sup>26</sup>.

Bajo este contexto, tal como lo tiene definido la Superintendencia de Sociedades<sup>27</sup> y ha sido reiterado por esta Corporación, si bien todos los actos y contratos que una persona jurídica celebra “dentro del giro ordinario de sus negocios” deben estar comprendidos en su objeto *-principal o secundario-*, existen algunos actos que las personas jurídicas pueden celebrar válidamente, por estar incluidos dentro de su objeto, que no corresponden, sin embargo, al “giro ordinario de sus negocios”, por realizarse de forma extraordinaria, inusual o esporádica.

**1.6.** A partir de lo anterior, puede concluir que forman parte del giro ordinario de los negocios de las entidades aseguradoras:

- a)** Todos los actos que celebre para realizar las actividades y cumplir las funciones que la ley le asigna expresamente, ya sea que correspondan a actividades aseguradoras o no *-objeto principal-*;
- b)** Todos los que celebre en conexión o en relación directa con dichos negocios *-actos conexos y objeto secundario-*; y/o que resulten necesarios para su existencia y funcionamiento normal, siempre que sean habituales u ordinarios, tales como, por ejemplo, la contratación de personal, la asesoría jurídica, contable o técnica ordinaria, la compra de papelería y la contratación de servicios de aseo o vigilancia, entre otros<sup>28</sup>.

Como los mencionados actos y contratos *-literales a y b-* forman parte del denominado “giro ordinario de los negocios”, todos y cada uno se subsumen en la

<sup>26</sup> Sobre ese punto, la jurisprudencia también ha señalado que corresponde en cada caso establecer si una controversia de una entidad de carácter asegurador versa sobre el giro ordinario de sus negocios, pues, de lo contrario, tal exigencia del numeral 1 del artículo 105 del CPACA quedaría vaciada de contenido. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Radicado 44001234000020140008301 (68781).

<sup>27</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficios Nos. 220-53338 del 25 de agosto de 2.000, 220-055759 del 11 de octubre de 2006 y 220-016468 del 15 de marzo de 2012, entre otros.

<sup>28</sup> Así lo sostuvo esta Subsección en la sentencia del 19 de febrero de 2024, en el proceso con radicado 25000-23-36-000-2013-01807-02 (60126).



excepción prevista en el numeral 1 del artículo 105 del CPACA, es decir, se encuentran por fuera de la órbita de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

*A contrario sensu*, no estarán incluidos dentro del giro ordinario de los negocios y, por ende, son del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aquellos actos y contratos que las entidades celebren dentro del marco de su objeto, pero no de manera ordinaria o habitual, sino en forma extraordinaria o esporádica, como sería el caso de *“la adquisición de una nueva sede principal, el cambio integral de su plataforma tecnológica, una consultoría especial (por ejemplo, para una eventual reestructuración interna o «reingeniería»)*, *el cambio general de sus marcas y demás signos distintivos, entre otros*”<sup>29</sup>.

**1.7.** En el caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que, como fue reseñado inicialmente, Positiva S.A. es una sociedad anónima aseguradora y de economía mixta con un capital mayoritariamente público<sup>30</sup>, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007<sup>31</sup>, su gestión contractual está sometida al derecho privado, en exclusión del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP-, dada su naturaleza de empresa de seguros con participación mayoritaria del Estado, lo cual es predicable no solo frente al ámbito de celebración o ejecución del contrato, sino también frente a los actos de las partes,

<sup>29</sup> Superintendencia de Sociedades. *Op. Cit.*

<sup>30</sup> Estatutos Sociales de Positiva Compañía de Seguros S.A. del 16 de mayo de 2024. *“Artículo 2. Naturaleza jurídica y nacionalidad. La Sociedad, constituida por Escritura Pública número 375 del 11 de febrero de 1956 otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, es una sociedad anónima de economía mixta de la rama ejecutiva del orden nacional, organizada como entidad aseguradora, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia”.* // Corte Constitucional. Auto A-1421 del 12 de julio de 2023. *“Positiva S.A. «es una entidad aseguradora organizada como Sociedad Anónima, tiene carácter de entidad descentralizada indirecta del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, capital independiente, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998»”.*

<sup>31</sup> Aplicable al *sub lite* no solo porque la entidad demandada es una aseguradora, sino porque dicha norma se encontraba vigente para el momento en que se suscribió el contrato objeto de la controversia. *“Artículo 15. Del régimen contractual de las entidades financieras estatales. El parágrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así: “Artículo 32 [...] «Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. // En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley»”.*



encaminados a su formación, por lo que abarca todo el *iter* contractual, de tal suerte que en cada etapa la regla será la autonomía privada y las normas supletivas<sup>32</sup>.

En estos casos, como la entidad pública no actúa en posición de supremacía de la Administración, sino como un particular, no emite actos administrativos con carácter ejecutivo y ejecutorio, ni está habilitada para ejercer potestades del EGGAP como la liquidación del contrato -*salvo que las partes prevean dicha posibilidad en forma convencional*. Por tanto, aquellos corresponderán a actos de gestión contractual como expresión de la autonomía privada, con excepción de los casos en los que las disposiciones legales y reglamentarias prescriban lo contrario<sup>33</sup>.

**1.8.** Descendiendo al caso concreto, la Sala resalta que la controversia sometida a juicio gira en torno a la responsabilidad de Positiva S.A., empresa de seguros con capital mayoritario estatal, con ocasión de la ejecución del contrato No. 689 de 2013, por el supuesto impago de la totalidad de la obligación dineraria a su cargo y debido a una mayor onerosidad, de ahí que la Sala encuentra cumplido el primero de los presupuestos contemplados en la excepción de que trata el numeral 1 del artículo 105 del CPACA, esto es, **el elemento orgánico**, dado que la demandada tiene el carácter de institución aseguradora.

Pasando ahora a estudiar el **elemento material**, ha de verificarse si la controversia sometida a juicio se ocasionó en el giro ordinario de los negocios de Positiva S.A., a partir de las consideraciones y criterios que han quedado vistos precedentemente.

Para el efecto, cabe resaltar que el contrato frente al cual versa la controversia tuvo por objeto adquirir el operador logístico para el suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos a los afiliados de la aseguradora en el territorio nacional, y se justificó en que Positiva *“debe garantizar las prestaciones de atención de la salud de los trabajadores y reconocer y pagar a los afiliados y beneficiarios de las prestaciones económicas a que haya lugar frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad laboral y garantizar la calidad de estos servicios*

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Radicado 05001233100019960056701 (31628).

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2018. Radicado 05001233100019970268601 (59530).



[...], para lo anterior, es preciso entender el concepto de suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos como el proceso integrador de las necesidades y expectativas del afiliado siniestrado y su empresa, con las instituciones prestadoras de servicios de salud que conforman la red de servicios de salud de la compañía, y permitiéndole a esta última controlar, seguir e intervenir favorablemente en el ciclo de vida del siniestro<sup>34</sup>.

En contraposición, el artículo 5 de los estatutos sociales de Positiva S.A.<sup>35</sup>, prevé que su objeto societario consiste en la realización de operaciones de seguros de vida individual y afines, coaseguros y reaseguros, así como el desarrollo de las demás actividades que le sean permitidas a ese tipo de personas jurídicas. Además, también tiene a cargo las siguientes funciones (se transcriben en forma literal, incluso con eventuales errores):

*“1. Adquirir, enajenar, arrendar, hipotecar y pignorar en cualquier forma toda clase de bienes muebles e inmuebles, siempre que no se afecte la libre disposición de los activos, excepto para aquellos casos autorizados por la Ley.*

*2. Girar, endosar, aceptar, ceder, descontar, adquirir, garantizar, protestar, dar en prenda o garantía, o recibir en pago toda clase de títulos valores, o valores que se negocien en el mercado público.*

*3. Recibir dineros en mutuo, con o sin intereses; garantizar por medio de fianzas, prendas, hipotecas y depósitos sus propias obligaciones, siempre que no se afecte la libre disposición de los activos, excepto para aquellos casos autorizados por la Ley.*

*4. Constituir o hacerse parte de otra u otras sociedades, entidades sin ánimo de lucro, empresas públicas, mixtas o privadas.*

*5. Celebrar y ejecutar todos aquellos actos, contratos y operaciones que tengan relación de medio a fin, anexos o conexos con el objeto social, y todos los autorizados por las normas legales que reglamentan la inversión del capital y reservas de la Compañía en los diferentes ramos, incluyendo la realización de operaciones de libranza o descuento directo para el pago de obligaciones a su favor.*

<sup>34</sup> Archivo 3 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>35</sup> “Artículo 5. Objeto social. La Sociedad tendrá como objeto social principal la realización de operaciones de seguros de vida individual y afines, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente; de coaseguros y reaseguros en los mismos ramos facultados; y en aplicación de la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás normas que los modifiquen o adicionen, el desarrollo de todas aquellas actividades que por ley sean permitidas a este tipo de sociedades o relacionadas y complementarias. Los contratos de reaseguro podrán celebrarse con personas, sociedades o entidades domiciliadas en el país y/o en el exterior; y en virtud de tales contratos la Sociedad podrá ceder y aceptar riesgos de otras aseguradoras [...]”.



6. Con base en las facultades que otorga el artículo 80 del Decreto 1295 de 1994 y el artículo 11 de la Ley 1562 del 2012, ofrecer servicios de seguridad y salud en el trabajo, y de prevención, asesoría y evaluación de los riesgos laborales, incluyendo la prestación de los servicios correspondientes a los laboratorios de higiene y toxicología. Así como ofrecer servicios del sistema integrado de gestión en los ámbitos de salud, seguridad, ambiente y calidad (HSEQ), y servicios y actividades similares orientados a prevenir y mitigar los riesgos de la población colombiana en el Sistema General de Riesgos Laborales, Sistemas de Seguridad Social Integral, o en sistemas excepcionados o especiales”.

1.9. Como puede verse, la razón de ser de Positiva es el ofrecimiento de seguros de vida, coaseguros y reaseguros, por lo que su objeto social se constituye por la realización de tal actividad, mientras que la provisión de medicamentos corresponde a labores incidentales de su función principal, en la medida en que ello, en general, solo se da cuando se concretan los riesgos objeto de la cobertura de los contratos de seguros de riesgos laborales, de ahí que el suministro en cuestión podría no efectuarse en todos los casos -como en el evento en el que la póliza no se hace efectiva- y, por tanto, no torna en nugatorio el objetivo de ofrecer aseguramiento<sup>36</sup>.

A lo anterior se suma que, visto el clausulado del contrato, como la dispensación de medicamentos es una labor que Positiva realiza solo en algunos casos, atados a la efectividad de pólizas de riesgos laborales, y que convino tercerizar con Droservicio, para que esta la prestara por su cuenta a cambio de una remuneración, es una labor intermediada, aspecto que reafirma su carácter de incidental y ocasional, tanto así que puede ser materializada por personas distintas a la aseguradora<sup>37</sup>.

Así, se advierte que el contrato suscrito entre Droservicio Ltda. y Positiva S.A. -y posteriormente cedido a Audifarma- versó sobre un aspecto comprendido dentro del objeto secundario o complementario de la entidad y, dentro de este, correspondió a una labor incidental cuya ausencia no mermaría la efectividad del objeto general de dicha persona jurídica, por lo que no se trató de un negocio que hiciera parte del giro ordinario de los negocios de la aseguradora en cuestión, en el sentido de que,

<sup>36</sup> Sobre este particular, cabe señalar que el Manual para la Gestión de Abastecimiento de Positiva S.A. -versión 5-, indica que forman parte del giro ordinario de los negocios únicamente los contratos de “seguros, coaseguro, reaseguro e intermediación de seguros, incluyendo corredores, agentes y agencias, los cuales se regirán por las normas civiles, comerciales y reglamentarias aplicables a dichas actividades y serán gestionados por cada uno de los procesos misionales dentro del ámbito de su respectiva competencia”.

<sup>37</sup> Archivo 3 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.



si bien contribuyó al desarrollo de sus actividades y a su funcionamiento, tuvo lugar de manera provisional e inusual.

De este modo, es claro que el objeto del contrato No. 689 de 2013 no corresponde al giro ordinario de los negocios de Positiva S.A., toda vez que se encaminó a la contratación del proveedor para el suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos a sus afiliados cuando hacen parte de la cobertura de riesgos laborales, actividad que resulta ser incidental a su labor principal de ofrecer aseguramiento a personas naturales y jurídicas, por lo que se concluye, entonces, que al no encontrarse dentro del supuesto del numeral 1 del artículo 105 del CPACA, la controversia corresponde al juez de lo contencioso administrativo.

**1.10.** Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con el artículo 150<sup>38</sup> y el numeral 4 del artículo 152<sup>39</sup> del CPACA, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la pretensión mayor para la fecha de presentación del escrito inicial, el 21 de junio de 2022, supera los 500 SMLMV<sup>40</sup>.

## 2. Procedencia del medio de control

En virtud de lo previsto en el artículo 141<sup>41</sup> del CPACA, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su

<sup>38</sup> “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [Modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012]. [Inciso modificado por el artículo 26 de la Ley 2080 de 2021]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación. También conocerá del recurso de queja que se formule contra decisiones de los tribunales, según lo regulado en el artículo 245 de este código [...]”.

<sup>39</sup> Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. [Modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021]. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 4. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

<sup>40</sup> En el sub-lite se formularon pretensiones de controversias contractuales y la pretensión mayor fue de \$9.173'220.108, monto que excedió 500 veces la suma de \$1'000.000 (500'000.000), que correspondía al salario mínimo vigente para la fecha de presentación de la demanda.

<sup>41</sup> “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo,



nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

Comoquiera que la contienda formulada en el asunto *sub judice* se refiere a la responsabilidad contractual de Positiva S.A. por la desatención de la obligación de pago, así como por una mayor onerosidad, el medio de control procedente es el de controversias contractuales.

### 3. Problema jurídico

En virtud de lo formulado en el recurso de apelación, corresponde determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en una defectuosa valoración probatoria y en un defecto fáctico al declarar probada la caducidad por contabilizar el plazo para que Droservicio ejerciera el derecho de acción a partir de la cesión del contrato No. 689 de 2013, realizada el 22 de agosto de 2018, y no desde la liquidación de dicho acuerdo de voluntades tras haber sido cedido a Audifarma, la cual se realizó el 26 de noviembre de 2021, considerando que la demanda se radicó el 21 de junio de 2022.

### 4. Solución al problema jurídico

A efectos de determinar si el *a quo* erró o no al declarar probada la caducidad, corresponde verificar los sucesos alrededor de la ejecución del contrato No. 689 de 2013, para lo cual se analizarán las pruebas incorporadas en primera instancia, incluidos los documentos aportados al proceso, de conformidad con lo previsto en

---

*el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.*



el artículo 246<sup>42</sup> del CGP. Luego, se retomarán los cargos de apelación, a efectos de determinar si operó o no la caducidad en el asunto de estudio.

#### **4.1. La suscripción, modificación, cesión y liquidación del contrato No. 689 del 28 de agosto de 2013**

##### **4.1.1. El contrato No. 689 del 28 de agosto de 2013 y sus otrosíes**

**4.1.1.1.** El 28 de agosto de 2013<sup>43</sup>, Positiva S.A. suscribió con Droservicio el contrato de *“operación logística”* No. 689, que tuvo por objeto el *“suministro y dispensación de medicamentos e insumos médicos a los afiliados de Positiva Compañía de Seguros S.A. en el territorio nacional”*.

En las cláusulas segunda y tercera, el contratista se obligó a cumplir el objeto comercial de dispensar medicamentos, guardar confidencialidad del *know how -saber hacer-* de la contratante, obrar con lealtad y buena fe, mantener vigentes las garantías y las demás que correspondan. Correlativamente, en la cláusula cuarta Positiva se obligó a pagar las facturas que presentara el cocontratante, suministrarle la información que requiera, resolver las peticiones que le haga su contraparte comercial y hacer cumplir las condiciones del contrato.

En la cláusula sexta se estableció que el valor del contrato sería de \$34.400'000.000 y que el contratista cobraría a Positiva como porcentaje de intermediación el 20%, de conformidad con lo establecido en la oferta. Al punto, la cláusula séptima prescribió que, si durante la ejecución del contrato el gobierno regula los precios de determinados medicamentos, el contratista habría de asumir dichos costos como valores a cobrar a Positiva por el suministro y la dispensación.

Por otro lado, la cláusula vigésima novena fijó que el contrato sería liquidado de común acuerdo por las partes dentro de los 6 meses siguientes a su terminación y

<sup>42</sup> “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

<sup>43</sup> Archivo 3 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.



que, de no presentarse el contratista a la liquidación, o no llegarse a un acuerdo sobre su contenido, se podría liquidar unilateralmente dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo pactado o los 6 meses establecidos.

**4.1.1.2.** El 12 de febrero de 2015<sup>44</sup>, Positiva S.A. y Droservicio suscribieron el *“otrosí No. 1 al contrato”*, en el que ampliaron el plazo del acuerdo de voluntades.

**4.1.1.3.** El 12 de febrero de 2015<sup>45</sup>, Positiva S.A. y Droservicio suscribieron el *“otrosí No. 2 al contrato”*, en el que modificaron la cláusula sexta, en el sentido de señalar que el *“valor del presente contrato es indeterminado y corresponderá al valor ejecutado durante la vigencia del contrato”*.

**4.1.1.4.** El 1 de abril de 2016<sup>46</sup>, Positiva S.A. y Droservicio suscribieron el *“otrosí No. 3 al contrato”*, en el que se fijaron precios frente a 161 medicamentos e insumos.

**4.1.1.5.** El 26 de agosto de 2016<sup>47</sup> Positiva S.A. y Droservicio suscribieron el *“otrosí No. 4 al contrato”* No. 689 de 2013, en el cual prorrogaron su vigencia *“hasta el día 27 de febrero del 2019”*, así como se fijaron los precios de varios medicamentos.

#### **4.1.2. La cesión del contrato No. 689 de 2013 y sus modificaciones posteriores**

**4.1.2.1.** El 22 de agosto de 2018<sup>48</sup>, Droservicio cedió el contrato No. 689 de 2013 a Audifarma S.A., actuación aceptada por Positiva S.A. y dentro de la cual se señaló que *“hay situaciones del estado financiero del contrato 689 de 2013 que se encuentran en trámite de revisión entre Positiva y el contratista cedente, lo cual se realizará entre dichas partes en fecha posterior a la fecha de firma del presente documento de cesión, sin que lo anterior cause o se genere perjuicio alguno por parte de Positiva al contratista cedente”*.

<sup>44</sup> Páginas 51 a 52 del archivo 22 del índice 14 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>45</sup> Archivo 4 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>46</sup> Archivo 5 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>47</sup> Archivo 6 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>48</sup> Archivo 12 del índice 8 del expediente de primera instancia en SAMAI.



**4.1.2.2.** El 26 de febrero de 2019<sup>49</sup>, Positiva S.A. y Audifarma S.A suscribieron el “*otrosí número 5 al contrato No. 689 de 2013*”, mediante el cual se convino prorrogar su vigencia hasta el 31 de agosto de 2019, entre otras determinaciones.

**4.1.2.3.** El 29 de agosto de 2019<sup>50</sup>, Positiva S.A. y Audifarma S.A. suscribieron el “*otrosí No. 6 al contrato No. 689 de 2013*”, en el cual se dispuso que Positiva le reconocería al contratista el valor de los medicamentos efectivamente suministrados, con base en el anexo tarifario negociado con aquel. A su vez, el plazo del contrato se prorrogó hasta el 29 de febrero de 2020 y se tomaron otras determinaciones atinentes a la facturación y a las obligaciones del contratista.

**4.1.3. El cruce de comunicaciones entre Droservicio y Positiva S.A. para la realización de la liquidación del contrato No. 689 de 2013**

**4.1.3.1.** El 13 de febrero de 2019<sup>51</sup>, Droservicio presentó una propuesta de liquidación del contrato No. 689 de 2013 a Positiva S.A. en el que concluyó que la entidad contratante le adeuda la suma de \$12.027'194.154.

**4.1.3.2.** El 18 de febrero de 2019<sup>52</sup> Positiva efectuó una citación para liquidar el contrato No. 689 de 2013 con Droservicio, donde se solicitaron varios datos por aspectos como los “*regulados para red externa, incluyendo la operación logística, para definir el valor total sobre el cual se llevará la liquidación del contrato*” y sin que dicho trámite se hubiera efectuado.

**4.1.3.3.** El 24 de abril de 2019<sup>53</sup>, Droservicio requirió a Positiva S.A. a efectos de que “*emita respuesta positiva o negativa a la propuesta que presentó Droservicio Ltda., de fecha 13 de febrero de 2019, para la liquidación del contrato 689 del 2013*”, en el sentido de emitir respuesta de fondo, oportuna y congruente.

**4.1.3.4.** El 10 de junio de 2019<sup>54</sup>, Positiva S.A. le manifestó a Droservicio que, en reunión del 18 de febrero de 2019 ya había respondido la solicitud por aquella

<sup>49</sup> Páginas 75 a 80 del archivo 22 del índice 14 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>50</sup> Archivo 10 del índice 8 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>51</sup> Archivo 7 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>52</sup> Páginas 107 a 113 del archivo 22 del índice 14 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>53</sup> Archivo 8 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>54</sup> Archivo 9 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.



efectuado, en el sentido de que: *i)* frente a la variación del IPC se efectuaron de mutuo acuerdo los incrementos de precios en los términos pactados; *ii)* respecto a las glosas, con corte al 30 de mayo de 2019 existe una pendiente por sustentar de Droservicio de \$612'614.665 y otra pendiente de pago por \$296'569.803; y *iii)* el porcentaje de administración por operación logística para medicamentos regulados no procede, pues el contrato se ha pagado adecuadamente.

**4.1.3.5.** El 4 de septiembre de 2019<sup>55</sup> Positiva S.A. se rehusó al pago de lo pedido por Droservicio, como ya lo había advertido, en su criterio no procede ningún pago por lo allí consignado. Lo anterior fue reiterado el 11 de octubre de 2019<sup>56</sup>.

**4.1.3.6.** El 24 de septiembre de 2019<sup>57</sup>, Droservicio presentó a Positiva S.A. la factura de venta No. 2254 por el valor de \$5.059'368.219,50 por concepto de “servicio de operación logística de medicamentos regulados dispensados durante la vigencia del contrato 679 de 2013”, que en términos de la solicitud ya había sido rechazada, entre otros, porque la “fecha de presentación del servicio supera los 3 años con relación a la fecha de la presentación de la factura”, la solicitud fue reiterada el 30 de octubre de 2019<sup>58</sup>.

**4.1.3.7.** El 19 de noviembre de 2019<sup>59</sup>, Positiva le reafirmó a Droservicio que “no es viable el reconocimiento de ese valor [solicitado], teniendo en cuenta los argumentos expuestos en comunicaciones anteriores, donde se ha manifestado que su solicitud es improcedente”.

#### **4.1.4. La liquidación del contrato No. 689 de 2013**

El 26 de noviembre de 2021<sup>60</sup>, Positiva S.A. y Audifarma -contratista en virtud de la cesión que le hizo Droservicio- efectuaron la liquidación del contrato No. 689 de 2013, en el sentido de establecer que, el acuerdo de voluntades feneció el 28 de

<sup>55</sup> Páginas 123 a 125 de los anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>56</sup> Páginas 114 a 117 del archivo 22 del índice 14 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>57</sup> Páginas 93 a 95 del archivo 22 del índice 14 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>58</sup> Páginas 97 a 101 del archivo 22 del índice 14 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>59</sup> Páginas 118 a 119 del archivo 22 del índice 14 del expediente de primera instancia en SAMAI.

<sup>60</sup> Archivo 14 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.



febrero de 2020 y que, por cuenta de la relación comercial, *“no se presentaron saldos pendientes para ninguna de las partes”* y se declararon a paz y salvo.

#### **4.1.5. Las comunicaciones posteriores al cruce de cuentas del contrato**

**4.1.5.1.** El 2 de marzo de 2022<sup>61</sup>, Droservicio presentó una petición a Positiva S.A., donde pidió que se le informara si el contrato No. 689 de 2013 ya se encontraba liquidado o en fase de liquidación, lo cual fue resuelto por la peticionada, en el sentido de que el corte de cuentas se efectuó el *“26 de noviembre del 2021”*.

**4.1.5.2.** El 22 de marzo de 2022<sup>62</sup>, Droservicio solicitó a Positiva *“hacer la precisión contractual de rigor, ello ya que en el acta de liquidación se señala equivocadamente que el contrato No. 689 del 28 de agosto de 2013 se celebró entre Positiva y Audifarma S.A., lo cual no corresponde a la realidad jurídica contractual, dado que el contrato en mención se celebró entre Positiva y Droservicio”*.

Como consecuencia, pidió que se hiciera el ajuste respectivo en el acta de liquidación, en el sentido de precisar que el acuerdo de voluntades fue suscrito con Droservicio y no con Audifarma.

#### **4.1.6. Los supuestos emolumentos adeudados por Positiva S.A. a Droservicio**

Droservicio aportó un dictamen pericial, con el fin de acreditar los saldos pendientes que supuestamente Audifarma le adeuda, por las sumas de \$9.173'220.108 por el porcentaje de intermediación por la operación logística para el suministro de medicamentos regulados y \$4.057'405.766 por cuenta del incremento del precio de los medicamentos originado por el aumento del IPC<sup>63</sup>.

### **4.2. La demanda radicada por Droservicio fue extemporánea y, por ello, operó la caducidad respecto al medio de control de controversias contractuales**

**4.2.1.** En el caso concreto, el *a quo* declaró probada la excepción de caducidad formulada por Positiva con apoyo en que, dado que el contrato No. 689 de 2013 fue

<sup>61</sup> Archivos 12 y 13 de los anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>62</sup> Archivo 15 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>63</sup> Archivos 10 y 11 de los anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.



cedido por Droservicio a Audifarma el 22 de agosto de 2018, el criterio para contabilizar los 2 años para ejercer el medio de control de controversias contractuales era el de los motivos que sirvieran de fundamento de hecho o de derecho a las pretensiones de la actora, que en este caso se configuraron a partir de tal momento, por lo que el plazo para demandar feneció el 15 de diciembre de 2020 -considerando la interrupción de términos efectuada con ocasión del COVID-19- y, como la demanda se radicó hasta el 21 de junio de 2022, fue claramente extemporánea, incluso considerando el período del agotamiento del trámite de la conciliación extrajudicial, que también se surtió después de la primera fecha.

Al punto, el Tribunal de primera instancia también consideró que, si en gracia de discusión la revisión del estado financiero se hubiera tramitado como una liquidación, aquella debió realizarse hasta el 23 de diciembre de 2018, por lo que en dicho escenario el plazo para demandar habría fenecido el 11 de enero de 2021, lo que llevaría a la misma conclusión de la demanda fuera de tiempo.

**4.2.2.** Inconforme con lo anterior, Droservicio argumentó en su apelación que el *a quo* incurrió en una defectuosa valoración probatoria y en un defecto fáctico, por desconocer que, supuestamente, la cesión del contrato No. 689 de 2013 fue solo parcial, pues allí se dejaron varias obligaciones en vilo, por lo que, indefectiblemente, el único momento a tener en cuenta para contabilizar la caducidad era la liquidación del 26 de noviembre de 2021, tras lo cual conoció que no se le habría de pagar los saldos cuyo reconocimiento pide hoy en sede judicial, momento a partir del cual, tanto su solicitud de conciliación, como su demanda, habrían sido presentados dentro de los 2 años de ley y, por lo tanto, se debieron estudiar las pretensiones de fondo.

**4.2.3.** De entrada, la Sala estima que, tal y como lo concluyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la demanda se radicó por fuera de los 2 años desde que acaecieron los motivos de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento a las pretensiones de Droservicio, como se pasa a exponer.

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica y de evitar la parálisis del tráfico jurídico, dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la



protección del interés general<sup>64</sup>, estableció en el proceso contencioso administrativo unos plazos para ejercer oportunamente los medios de control judicial, que resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.

El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción<sup>65</sup> y ofrecer estabilidad del derecho, de suerte que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.

Este fenómeno procesal, de carácter bifronte, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna

<sup>64</sup> Corte Constitucional, sentencia C-394 del 22 de mayo de 2002: “[...] La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. Como claramente se explicó en la sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia [...]”.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2006. Radicado 25000232500020030933101 (6871-2005) “[...] [E]l derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador [...]. El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos [...]”.



situación; sin embargo, se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción *ipso iure* que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia<sup>66</sup>, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

Cabe precisar que la caducidad no admite suspensión, salvo que se presente una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

Bajo el anterior contexto, conviene señalar que, según lo previsto en el inciso 1 del literal j) del numeral 2 del artículo 164<sup>67</sup> del CPACA, y en atención a que se está ante un asunto exclusivamente regido por el derecho privado, los miembros de la sociedad Droservicio contaban con 2 años para impugnar el contrato, contados a partir del día siguiente a los motivos de hecho y de derecho que le sirvan de fundamento a sus pretensiones.

En la medida en que en el asunto de estudio persigue la declaratoria de incumplimiento y la configuración de una mayor onerosidad con ocasión del contrato No. 689 del 25 de agosto de 2013, suscrito entre Positiva S.A. y Droservicio (*hecho probado 5.1.1.1.*) , no se puede perder de vista que dicho acuerdo de voluntades fue cedido por la contratista a Audifarma S.A. el 22 de agosto de 2018 (*hecho probado 5.1.2.1.*), sin que le asista razón a la parte apelante con que dicho acto fue

<sup>66</sup> Corte Constitucional, sentencia C-574 del 14 de octubre de 1998: “[...] Si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho, por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado [...]”.

<sup>67</sup> “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento [...]”.



apenas parcial, dado que la totalidad de las obligaciones de que era titular fueron trasladadas a la nueva cocontratante.

Ahora bien, aunque en la cesión se incluyó una cláusula que dispuso que a la fecha del acto jurídico existían situaciones del estado financiero que se encontraban en trámite de revisión entre Positiva y el contratista cedente, dicha circunstancia no podía llegar a entenderse como una continuación del rol de contratista de Droservicio, sino como una salvedad o reparo de que las partes se reservaban verificar con posterioridad aspectos atinentes a los saldos que, eventualmente, se debieran mutuamente o no producto del vínculo del que hicieron parte.

En efecto, producto de la salvedad convenida en la cesión, el 13 de febrero de 2019 Droservicio pidió a Positiva que liquidara el contrato con un saldo a su favor de \$12.027'194.154, liquidación que se intentó efectuar el 18 de febrero siguiente, pero no se realizó en forma definitiva, tras lo cual, el 10 de junio de 2019, Positiva se rehusó a reconocer emolumentos por concepto de la variación del IPC y el porcentaje de administración por operación logística para medicamentos regulados y luego, el 4 de septiembre y 11 de octubre de 2019, reafirmó que no procedía pagar nada de lo pedido por Droservicio (*hechos probados 5.1.3.1. a 5.1.3.5.*).

Ante ese panorama, el 24 de septiembre de 2019 Droservicio pasó de solicitar el pago de los saldos aquí perseguidos por medio de una liquidación, a hacerlo a través de una factura de venta, lo cual, en todo caso, ya había sido desestimado por Positiva S.A. y, bajo la misma senda, fue rechazado el 19 de noviembre de 2019 (*hechos probados 5.1.3.6. y 5.1.3.7.*).

En ese orden de ideas, el propio convenio de las partes estipuló que existían aspectos pendientes de resolver entre Droservicio y Positiva, referidos a la discusión de saldos pendientes reclamados por la cedente, lo que se discutió mediante sendos cruces de comunicados que concluyeron el 19 de noviembre de 2019 (*hecho 5.1.3.7.*), por lo que, a partir de tal fecha, la aquí demandante tenía total certeza de que la contratante no le iba a reconocer ningún saldo adicional al ya pagado y, por tanto, dicho momento es el fundamento de hecho que cimenta las pretensiones de la demanda, de ahí que los 2 años de que trata el artículo 164 del CPACA para ejercer el derecho de acción deban contabilizarse desde allí.



Sobre ese punto, la Sala descarta contabilizar la oportunidad para demandar a partir de las solicitudes del 2 y 22 de marzo de 2022 (*hechos probados 4.1.5.1. y 4.1.5.2.*), pues mediante aquellas solo se redundó en lo ya pedido en momentos anteriores y desde el 19 de noviembre de 2019 ya se contaba con total certeza de que Positiva no habría de acceder a lo aquí perseguido por Droservicio, por lo que la cláusula contenida en la cesión mediante la cual se mantuvo en vilo la discusión de aspectos pendientes se agotó a partir de ese último momento mencionado.

A este respecto, tampoco es dable tener en cuenta como punto de partida para contabilizar la demanda en tiempo la liquidación efectuada entre Audifarma y Positiva S.A., pues como ya se aclaró, la cesión excluyó totalmente a Droservicio de la relación negocial, de ahí que la continuación del acuerdo de voluntades le resultaba ajena a esta última, incluyendo el balance de activos y pasivos efectuado entre la contratante y la nueva contratista.

En virtud de lo expuesto, Droservicio contaba con 2 años para ejercer el derecho de acción, los cuales *ab initio* corrieron entre el 20 de noviembre de 2019 y el 20 de noviembre de 2021 -*considerando la fecha en que Positiva rechazó definitivamente las solicitudes de reconocimiento de emolumentos de Droservicio*-; sin embargo, en virtud del Decreto Legislativo 564 de 2020<sup>68</sup>, en concordancia con los Acuerdos Nos. PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11657 del 5 de junio de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura<sup>69</sup>, dicho plazo se suspendió entre el 16 de marzo hasta el 30 de junio y se reanudó el 1° de julio de 2020.

<sup>68</sup> “[...] Por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica [...] **Artículo 1. Suspensión de términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales. // El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente [...]**” (Se subraya).

<sup>69</sup> En atención a la declaratoria de emergencia sanitaria por el Covid-19, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo No. PCSJA20-11517 del 15 de marzo 2020, ordenó la suspensión de los términos judiciales desde el 16 de marzo de 2020, los cuales luego fueron reanudados a partir del 1° de julio de 2020 a través del Acuerdo No. PCSJA20-11657 del 5 de junio de 2020.



Así las cosas, la parte activa tenía hasta el 6 de marzo de 2022 para radicar el escrito inicial, plazo que se suspendió entre el 25 de febrero y el 25 de mayo de 2022, cuando acaecieron 3 meses desde que se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial<sup>70</sup>, en virtud del artículo 21 de la Ley 640 de 2001<sup>71</sup>, por lo que se extendió hasta el 6 de junio de 2022<sup>72</sup> y la demanda se radicó hasta el 21 de junio de 2022, es decir, extemporáneamente, por lo que operó la caducidad.

La anterior circunstancia releva a la Sala de estudiar las pretensiones de fondo formuladas por Droservicio, habida cuenta de que un supuesto para el efecto era presentar la demanda en los tiempos previstos por el legislador, lo que no sucedió.

Como consecuencia, se desestima el recurso de apelación presentado por Droservicio y, por tanto, se confirmará la sentencia del 16 de noviembre de 2023, mediante la cual la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de caducidad, por encontrarse que la demanda fue formulada extemporáneamente.

## 5. Costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA<sup>73</sup> -*adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021*- y en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del

<sup>70</sup> Archivo 16 de la carpeta de anexos del índice 9 del expediente de segunda instancia en SAMAI.

<sup>71</sup> Aunque la audiencia de conciliación extrajudicial se llevó a cabo el 16 de junio de 2022, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 estableció que el término para demandar se vería suspendido hasta que se realizara la audiencia respectiva o acaecieran 3 meses, lo que ocurra primero, por lo que en el caso de estudio ese *interregno* finalizó el 25 de mayo de 2022. “Artículo 21. *Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero [...]*”.

<sup>72</sup> Considerando que el término para demandar se extendió hasta el 4 de junio de 2022, pero dicho día no era hábil, por lo que este feneció hasta el lunes siguiente.

<sup>73</sup> “Artículo 188. *Condena en costas [adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021]. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil (actualmente Código General del Proceso). En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*”. (Aclaración añadida).



CGP<sup>74</sup>, procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando “*en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, pues interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y aquel no prosperó, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos de los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso. Para tal efecto, el Tribunal *a quo* deberá tener en cuenta que en esta instancia no se fijarán agencias en derecho, dado que la parte demandada no intervino en segunda instancia<sup>75</sup>, de tal manera que aquellas no se entienden causadas.

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

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 16 de noviembre de 2023, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso.

<sup>74</sup> “*Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*” (Énfasis añadido).

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Radicado 17001233300020120017601 (51034).



Radicado: 250002336000202200315-01 (70843)  
Demandante: Droservicio Ltda.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**  
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**ADRIANA POLIDURA CASTILLO**  
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Magistrado

VF