

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TERESA CASTRO ESCALANTE

Vs.

HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO E.S.E.

LAUDO ARBITRAL

Cali, veintidós (22) de Abril de dos mil ocho (2008).

Debido a que se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas legales que regulan el proceso arbitral (Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998) procede este Tribunal de Arbitramento a decidir, mediante el presente laudo arbitral, las diferencias surgidas entre la señora TERESA CASTRO ESCALANTE como parte convocante y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO E.S.E. como parte convocada.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1. LA CLAÚSULA COMPROMISORIA.

La cláusula compromisoria quedó contenida en el Contrato N° 022-2005 de primero (1°) de Enero de dos mil cinco (2005) y es del siguiente tenor:

“DÉCIMA SEXTA. COMPROMISORIA: De conformidad con lo establecido en los artículos 70. 71 de la Ley 80 de 1993, las partes acuerdan someter a decisión de árbitros las diferencias que puedan surgir en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato. La decisión arbitral será en derecho y la designación de los árbitros se hará de conformidad con lo establecido en la Ley 80/93”.

1.2. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO Y SU DESARROLLO.

1.2.1. La señora TERESA CASTRO ESCALANTE, a través de su apoderada judicial, Dra. Elizabeth Ortiz Quiñones, solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento mediante demanda presentada al Centro de Conciliación y Arbitraje de la CÁMARA DE COMERCIO DE CALI el día veintinueve (29) de Junio de dos mil siete (2007), con el fin de que se resolvieran por la vía arbitral las diferencias ocurridas entre ella y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO E.S.E. con motivo de la terminación y liquidación del Contrato N° 022-2005 de primero (1°) de Enero de dos mil cinco (2005), denominado CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA.

1.2.2. Presentada en debida forma la solicitud de convocatoria, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CÁMARA DE COMERCIO DE CALI procedió a citar a las partes a audiencia para designación de árbitro, la cual se realizó el día veinticinco (25) de Julio de dos mil siete (2007). En ella las partes designaron al Dr. José Félix Escobar Escobar como árbitro único suplente, quien ante la no aceptación del principal, manifestó su aceptación al nombramiento en comunicación de fecha tres (3) de Agosto de dos mil siete (2007).

1.2.3. El veintiuno (21) de Agosto de dos mil siete (2007) se instaló el Tribunal de Arbitramento; se designó como Presidente al árbitro único; se designó como Secretaria a la doctora Luzbian Gutiérrez Marín, quien aceptó el nombramiento; se fijó en seis (6) meses el término de duración del arbitramento, contado a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; se inadmitió la demanda arbitral; y se reconoció personería a los apoderados de las partes convocante y convocada, doctores Elizabeth Ortiz Quiñones y Guillermo López.

1.2.4. La Procuraduría General de la Nación ha estado presente en el trámite arbitral a través de su delegado, Dr. Luis Javier Aristizábal Villa, Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

1.2.5. Según consta en acta No. 1 correspondiente a la audiencia del veintinueve (29) de Agosto de dos mil siete (2007), la parte convocante subsanó en tiempo la demanda, por lo cual su convocatoria fue admitida.

1.2.6. La parte convocada contestó la demanda y propuso excepciones.

1.2.7. El delegado de la Procuraduría ejerció su derecho de intervención en el trámite y allegó al expediente memorial de contestación a la demanda arbitral.

1.2.8. La señora apoderada de la parte convocante recorrió el traslado de las excepciones propuestas.

1.2.9. En audiencia de veinticuatro (24) de Septiembre de dos mil siete (2007) se constató la imposibilidad de encontrar una solución conciliatoria entre las partes y se procedió a fijar honorarios y gastos.

1.2.10. Satisfecha por las partes la carga procesal de consignar honorarios y gastos, procedió el Tribunal en audiencia del siete (7) de Noviembre de dos mil siete (2007) a asumir su competencia definitiva y a decretar pruebas. Como puede verse en el expediente, el Tribunal decretó algunas de las pedidas, negó otras y decretó pruebas de oficio.

1.2.11. Al inicio de la audiencia del cinco (5) de Diciembre de dos mil siete (2007) la Secretaría del Tribunal dejó constancia de que el término para evacuar el laudo finaliza el siete (7) de Mayo de dos mil ocho (2008).

1.2.12. En la audiencia del cinco (5) de Diciembre de dos mil siete (2007) se decretaron como pruebas de oficio el interrogatorio de las partes y una inspección judicial anexa a dictamen pericial. Se designó como perito al contador Jaime Navia Hernández, quien profirió su dictamen.

1.2.13. Del dictamen pericial se corrió traslado a las partes mediante auto No. 14 de quince (15) de Febrero de dos mil ocho (2008).

1.2.14. El dictamen pericial no fue contradicho.

1.2.15. En audiencia de treinta (30) de Enero de dos mil ocho (2008), por medio de auto No. 12, el Tribunal decretó de oficio el testimonio de Marino Torres Cifuentes. Su declaración tuvo lugar en la audiencia del quince (15) de Febrero de dos mil ocho (2008).

1.2.16. Todas las pruebas decretadas fueron practicadas, como se observa en el expediente.

1.2.17. El Tribunal citó a convocante y convocada para alegar de conclusión en audiencia a celebrarse el día catorce (14) de Marzo de dos mil ocho (2008).

1.2.18. Las partes presentaron sus alegaciones finales, al igual que el señor Delegado de la Procuraduría.

1.2.19. Se señaló para la audiencia de expedición del laudo el día veintidós (22) de Abril de dos mil ocho (2008).

CAPÍTULO SEGUNDO

PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1. Este Tribunal de Arbitramento es competente para decidir las diferencias surgidas entre la señora TERESA CASTRO ESCALANTE como parte convocante y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO E.S.E. como parte convocada, a raíz de la terminación y liquidación del Contrato N° 022-2005 de primero (1°) de Enero de dos mil cinco (2005), denominado CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA.

2.2. Tanto la convocante como la convocada tienen capacidad jurídica, por ser sujetos de derecho, y capacidad procesal para comparecer a este Tribunal.

2.3. La demanda fue subsanada y consecuentemente admitida por reunir los requisitos de los artículos 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

2.4. La parte convocada se notificó de la demanda; la contestó oportunamente; propuso excepciones de mérito; no formuló demanda de reconvención.

CAPÍTULO TERCERO

LOS HECHOS DE LA DEMANDA

“PRIMERO: Que entre las partes anteriormente mencionadas, se celebró CONTRATO No. 022-2005 DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DE SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA, por valor de \$90.000.000.

SEGUNDO: Que durante la prestación del servicio contratado se prorrogó el mismo por otros seis meses durante los cuales la cuenta que El Hospital le debe a mi Poderdante es de (95.000.000) noventa y cinco millones pesos moneda corriente) según consta en su base presupuestal.

TERCERO: Hasta la fecha no se ha realizado ningún pago ni total ni parcial del valor del contrato en mención.

CUARTO: Desde la celebración del contrato hasta la fecha se han realizado todo tipo de cobros directamente por mi poderdante y formalmente por intermedio mío, de lo cual no se ha recibido ninguna respuesta”.

CAPÍTULO CUARTO

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La parte convocante pretende:

“1. Declarar que entre las partes a saber existió el Contrato no. 002-205 de Fecha 01 de enero de 2005.

2. Declarar el incumplimiento del contrato por el no pago del mismo.

3. Declarar como consecuencia del incumplimiento:

a. La exigibilidad de la cláusula penal estipulada en el contrato por valor de (\$9.000.000) nueve millones de pesos moneda corriente.

b. La deuda por valor contractual (\$95.113.078.) noventa y cinco millones ciento trece mil setenta y ocho pesos moneda corriente

c. Los intereses moratorios a la fecha, equivalentes al momento de presentación de la demanda por un valor de (\$ 34.941.000) treinta y cuatro millones novecientos cuarenta y un mil pesos moneda corriente, según lo dispuesto por La Superintendencia Financiera de Colombia.

d. La indexación desde el año contractual (2005), equivalente a (\$152.260) ciento cincuenta y dos mil doscientos sesenta pesos moneda corriente.

e. Los honorarios de abogado correspondientes al 20% del valor total de la deuda (\$27.436.001) veintisiete millones cuatrocientos treinta y seis mil un pesos moneda corriente.

f. Las costas procesales por parte de mi poderdante equivalente hasta el momento a un salario mínimo mensual vigente”.

CAPÍTULO QUINTO

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

5.1. El apoderado judicial de la parte convocada, en su oportunidad procesal, contestó la demanda en los siguientes términos:

“EN CUANTO A LOS HECHOS

1°.- Es cierto. Entre las partes HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO, Empresa Social del estado y la señora TERESA CASTRO ESCALANTE, se celebró el Contrato número 022-2005 de Concesión de Servicio Público en Salud para el Servicio de Farmacia, por el término de seis (6) meses contado a partir del 1 de Enero hasta el 30 de Junio de 2005, por un valor de \$90.000.000, aclarando que este valor se refiere a la disponibilidad presupuestal que se asigna a ésta clase de contratos, para poder contratar con terceras personas, mas no quiere decir que sea el valor real del contrato, pues éste depende de su desarrollo y ejecución hacia el futuro mediante el cumplimiento del objeto contratado, y su facturación o cuenta de cobro que produzca pueda ser pagado, previa presentación ante la Tesorería del Hospital de la factura o cuenta de cobro que acredite la prestación del servicio contratado.

El contrato por si solo no es factura o cuenta de cobro que permita al contratante, en este caso a la Concesionaria, exigir su pago por la totalidad de dicho valor, previamente debe ejecutarse el objeto del contrato para producir mensualmente la factura o cuenta de cobro que permita a la contratante previo trámite interno de contabilidad y presupuesto, autorizar y realizar el pago, mas cuando en su cláusulas segunda literal “h” y cuarta del contrato, impone la obligación de

facturar el servicio o la entrega de la droga a los pacientes del Hospital, del mes calendario que haya transcurrido.

2°.- Ni lo niego ni lo afirmo. Revisada la demanda y el capítulo de pruebas y/o anexos, no se menciona ni mucho menos aparece relacionado el documento que acredite o pruebe la renovación que se menciona en este hecho.

3°.- No es cierto. Revisada la demanda y el capítulo de pruebas y/o anexos, no se menciona ni mucho menos se relaciona ninguna factura o cuenta de cobro a cargo de la Institución Convocada y a favor de la Convocante por cuenta de la ejecución del contrato y que se haya radicado debidamente ante la Tesorería del Hospital, por tanto, si este o estos documentos no se han producido por parte de la Convocante, no se puede hablar de que el Hospital no le haya realizado el pago.

4°.- No es cierto. Revisada la demanda y el capítulo de pruebas y/o anexos, no encuentra ningún documento de requerimiento sobre cobro de factura o cuenta de cobro a cargo del Hospital y a favor de la señora Teresa Castro Escalante, por cuenta del cumplimiento del contrato 022-2005.

EN CUANTO A LAS PETICIONES

Se contestan en el mismo orden que se piden.

1.- No me opongo a que se declare que entre el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO, Empresa Social del Estado y la señora TERESA CASTRO ESCALANTE, se celebró

el Contrato número 022-2005 de Concesión de Servicio Público en Salud para el Servicio de Farmacia.

2.- Me opongo a que se declare el incumplimiento del contrato 022-2005 por el no pago del mismo, por las razones y fundamentos expuestos en la contestación a los hechos 1, 2, 3 y 4 de esta contestación.

3.- Me opongo a que se declare el incumplimiento a que se contrae las peticiones de los literales a, b, c, d, e, f, por las razones y fundamentos expuestos en la contestación de los hechos 1. 2. 3 y 4 de esta contestación.

Solicito al señor Arbitro se sirva condenar en costas y agencias en derecho a la Convocante”.

CAPÍTULO SEXTO

LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

La parte convocada propone las excepciones siguientes:

“EL CONTRATO NÚMERO 022-2205 DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA NO ES DOCUMENTO IDÓNEO PARA EXIGIR EL COBRO DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS CON LA DEMANDA.

La Cláusula primera del contrato dice:

‘PRIMERA. OBJETO: EL CONCEDENTE entrega al CONCESIONARIO el espacio y la estantería donde, funciona la farmacia para que. éste preste el servicio de farmacia las 24 horas todos los días de la semana, debiendo obtener, distribuir y vender los medicamentos que requieran los usuarios del hospital incluyendo todos los productos o suministros intrahospitalarios, tales como productos farmacéuticos, odontológicos por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO y bajo la vigilancia y control del CONCEDENTE. Así mismo, le suministrará al CONCEDENTE la droga que los pacientes hospitalizados requieran, la que éste cancelará en forma mensual.’ (rayas fuera de texto).

Se deduce de esta cláusula que el CONCESIONARIO deberá producir una factura o cuenta de cobro mensual por el servicio prestado, la entrega o venta de medicamentos a los usuarios del hospital, previa autorización del CONCEDENTE.

La cláusula segunda, expresa:

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO Y DEL PERSONAL A CARGO: Son obligaciones del CONCESIONARIO, además de las inherentes a la naturaleza del contrato: ... h) Presentar debidamente diligenciado la relación de las facturas con sus copias expedidas por la Administración del hospital, por el valor de los servicios prestados a los usuarios de EPS y ARS con los cuales la institución tenga convenio, previa presentación del carnet, documento de identidad, fórmula expedida por el médico y firmada por el paciente, del mes calendario que haya transcurrido, previa autorización el Gerente del Hospital.

Deducción lógica de la lectura de esta cláusula, obligaba a la CONCESIONARIA facturar o producir una cuenta de cobro por el servicio prestado a los pacientes del hospital del mes calendario que haya transcurrido.

La cláusula cuarta dice:

«CUARTA. VALOR. El valor del presente contrato aún cuando no es determinado sí es determinable para efectos de que el CONCEDENTE cancele al CONCESIONARIO el valor de los medicamentos suministrados a los usuarios de las EPS y ARS para ello se ha establecido un promedio mensual de Quince millones de pesos M/cte (\$15.000.000.00) mensuales. En todo caso el pago será el resultado de liquidar los medicamentos conforme a las órdenes otorgadas por el Subgerente Administrativo y de acuerdo con el valor acordado previamente, cuya lista de precios forma parte integrante del presente contrato.» (rayas fuera de texto)

Lo establecido por esta cláusula prueba que el valor de la suma de \$90.000.000, indicado en la parte superior del contrato, se refiere única y exclusivamente a la disponibilidad presupuestal que debe existir previamente la celebración de todo contrato, mas no significa que sea el valor del contrato, como se pretende hacer aparecer en la demanda, como base de recaudo de la obligación reclamada.

Las cláusulas transcritas, prueban que el contrato número 022-2005 aportado con la demanda, no es el documento idóneo para recaudar el valor pretendido por la convocante, ya que además del contrato, debió aportar la factura, facturas o cuenta de cobro que acredite la prestación del servicio o entregas o venta del medicamento a los pacientes

autorizados por el Hospital, debidamente diligenciada ante la Tesorería de la misma institución.

EL CONTRATO NÚMERO 022-2205 DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA NO PRESTA MÉRITO EJECUTIVO PARA EL RECAUDO DE LA OBLIGACIÓN PERSEGUIDA.

La obligación reclamada a través del contrato número 022-2205 no es una obligación clara, expresa y actualmente exigible, por cuanto el contrato base de recaudo, no es un título valor en los términos estrictos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, el contrato como tal, es la prueba contractual de la contratación de un servicio por parte de una entidad del orden departamental con una persona natural, la prestación y ejecución de ese servicio por periodo mensual, es lo que debe cobrar la contratante, en este caso la Concesionaria, a través de una factura o cuenta de cobro que produzca a cargo de la institución contratante, en este caso el Hospital, previa demostración de la prestación del servicio y del trámite contable que internamente se le de a la factura o cuenta de cobro para autorizar su pago”.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

En tiempo oportuno la señora apoderada de la convocante contestó las excepciones formuladas por el apoderado de la contraparte en los siguientes términos:

“PRIMERO: Que entre las partes anteriormente mencionadas, se celebró el contrato aportado en la demanda para probar que entre las partes anteriormente mencionadas, existió una relación contractual y que como consecuencia de esta existe una obligación que hasta la fecha no se ha cumplido por parte del hospital, (pagar el valor contractual), dado que según consta en su base presupuestal según certificado, que aporte oportunamente.

Me llama poderosamente la atención, la excepción presentada en cuanto a este aspecto, dado que en la base de datos del departamento financiero, aparece claramente esta deuda, lo que deja ver que se presentaron las facturas con anterioridad y de acuerdo a las obligaciones de mi poderdante de facturar; es mas, en los informes de contraloría y contaduría que dichas instituciones que manejan dineros de carácter público deben presentar también se pasa esta deuda en su relación al igual que el estado de resultados y balances de finalización del año fiscal del 2005 y figura como deuda por pagar para el 2006.

SEGUNDO: Que de haberse terminado o cumplido por parte del hospital con la obligación de pagar el valor contractual debe existir ACTA DE LIQUIDACIÓN O TERMINACIÓN DEL CONTRATO, la cual lógicamente no existe dado que no se ha finiquitado el mismo por el no pago de la deuda lo que no se traduce en otra palabra que INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PAGAR y de lo contrario estaríamos diciendo que el Hospital no cumple con los requerimientos de ley 80 en cuanto a su contratación, dado que no se realizaron dichas actas.

Que igualmente y a la luz de la ley 80 es obligación del Hospital realizar los documentos que formalizan la relación contractual

cualquiera que sea su tipo y en este caso si el Hospital no tienen un documento donde se confirma la renovación del contrato debe aparecer el documento donde se liquida el mismo, lo cual me gustaría el Hospital aportara. O estamos diciendo que no se cumple con lo reglamentado en la ley 80; porque si bien es cierto que las Empresas Sociales del Estado se rigen por contratación privada, también lo es que se conservan las reglas generales de la contratación pública, como los son las actas de inicio y finalización de contratos, debidamente liquidados, caso que no es el de mi poderdante dado que no se le ha cancelado el valor contractual.

Por otra parte es cierto que en todo contrato celebrado con una institución del Estado se debe contar con una disponibilidad presupuestal por parte de la institución y en este caso existe, entonces ¿cual es el motivo por el cual no se le ha cancelado a mi poderdante? Así como también se debe realizar acta de liquidación de los contratos una vez cumplidos o pagados o terminados; que no es el caso de mi poderdante.

TERCERO: No quisiera llegar a entender temeridad o mala fe con la solicitud de facturas, (que efectivamente se hicieron y reposan en el departamento de cartera y facturación) ya que la deuda se ratifica en certificación expedida por parte del señor MARINO TORRES SIFUENTES (sic), jefe financiero del hospital, quien puede y de hecho se encuentra en la obligación de presentar estas cuentas que se encuentran debidamente relacionadas en sistema y que son de su conocimiento por lo cual, expidió la certificación anteriormente mencionada.

Si se trata de un título compuesto como presume el demandado, se completa a sí mismo con la certificación, que no es mas que la constancia de que el Hospital conoce esta obligación, que es real, expresa y exigible; es mas la prueba le corresponde aportarla a quien la tenga.

Caso en el cual como solicito en la demanda, pedir la relación de las facturas al departamento financiero del hospital, para que discrimine por INTEM las cuentas que suman el valor que certificaron adeudan a mi poderdante, ya que esta certificación no es caprichosa del funcionario, esta obedece a un soporte legal (las facturas presentadas por mi poderdante y que reposan en el sistema) ya que de lo contrario habría incurrido en un delito grave.

CUARTO: Desde la celebración del contrato hasta la fecha se han realizado todo tipo de cobros directamente por mi poderdante y formalmente por intermedio mío, al igual que la solicitud de la relación de cuentas que tiene el hospital frente a mi poderdante, de lo cual no se ha recibido ninguna respuesta y que dada esta situación y el tiempo que ha transcurrido se exigió la certificación que hace parte integral de la demanda”.

CAPÍTULO OCTAVO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Tiene claros el Tribunal su propia competencia y los extremos de la litis, por lo cual, y previa la comprobación de que no existen causales que lleguen a invalidar su actuación, hace a continuación las consideraciones jurídicas que fundamentarán su decisión en derecho.

CAPÍTULO NOVENO

EL CONTRATO ESTATAL

9.1. Noción de contrato estatal.

El pacto que la ley y la doctrina denominan como “contrato estatal”, es el resultado de un complejo desarrollo histórico, sintetizado a continuación.

9.1.1. *El contrato estatal en el derecho francés.*

Es conveniente comenzar el análisis en la concepción francesa de los contratos administrativos porque, como dice Jaime Vidal Perdomo, “parte de la doctrina [...] procedía como si el sistema francés de contratos, por imperativos científicos, se diera necesariamente en Colombia.” (*Derecho administrativo*. 11ª Edición. Bogotá. Temis 1997, página 201). Se sabe, además, que el derecho positivo colombiano reflejó durante décadas la influencia del sistema francés de Derecho Público.

El derecho francés ha sido el principal impulsor de la existencia de una jurisdicción autónoma y especial para conocer de los asuntos jurídicos de la Administración, a cuya cabeza se encuentra el Consejo de Estado (*Conseil d'État*). Históricamente, esto se debe a “la desconfianza de los revolucionarios franceses frente a los parlamentos judiciales, que estaban integrados por miembros del Antiguo Régimen, temor heredado de las experiencias de la Monarquía en la que los órganos encargados de administrar justicia obstaculizaban las políticas del rey.” (Rodrigo Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá. Legis. 1999, página 35). Lo cierto es que ya existía antes de la Revolución una corte o institución conocida como el Consejo de Estado, cuya

competencia abarcaba los procesos que involucraban al Estado, sus finanzas, los asuntos del clero, etc.

En Francia se reconoce que “la Administración puede concluir con los particulares contratos ya según el régimen del derecho privado, ya según el régimen de derecho público.” (Francis-Paul Benoit. *El derecho administrativo francés*. Madrid. Instituto de Estudios Administrativos. 1977, página 725). En consecuencia, en el derecho francés se debe determinar cuándo un contrato es administrativo. Benoit define el contrato administrativo como “aquel que o el legislador, o las jurisdicciones, o las partes han decidido someter al régimen contractual de derecho público” (ibídem, página 725), es decir, cuando se define que el contrato es administrativo. Otra herramienta para decidir si un contrato es o no administrativo, es el llamado criterio legal, que se aplica cuando es una norma —ya no el juez ni las partes— la que establece que el juez contencioso administrativo es el competente para conocer de cierto tipo de contrato, como el de obras públicas, por ejemplo. Existe también el criterio jurisprudencial: según De Laubadère son los jueces quienes deben definir la naturaleza del contrato, y determinarán que es administrativo cuando “implica la participación *directa del cocontratante en la ejecución de un servicio público*” o cuando en el contrato se han insertado cláusulas exorbitantes. (*Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis. 1984. página 185).

La fijación de la naturaleza del contrato configurará el régimen legal aplicable, y también el juez competente para decidir los procesos que surjan entre las partes. Para De Laubadère, mientras los contratos administrativos están “sujetos a reglas especiales de derecho público cuyo contencioso corresponde a los tribunales administrativos,” los contratos de derecho

privado están “sujetos al régimen del derecho privado y a la competencia judicial.” (op.cit., página 185).

9.1.2. *Los contratos de la Administración en Colombia.*

El derecho colombiano participa de la tradición del derecho administrativo francés, y ha adaptado la concepción sobre los contratos que es propia de ese sistema.

9.1.2.1. Cinco etapas de desarrollo.

Rodrigo Escobar Gil señala cinco etapas en el desarrollo de la contratación administrativa en Colombia (*Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá. Legis. 1999. páginas 49-53).

La primera etapa se concreta en el siglo XIX. En ella, dice Escobar Gil, “los contratos de los entes públicos estuvieron sometidos exclusivamente al Derecho Civil.”

La segunda etapa se inicia con la facultad que otorgó la Ley 53 de 1909 a los ministerios para declarar la caducidad en ciertos contratos, cuando los contratistas incumplieran por su culpa. Este concepto acerca los contratos de la Administración a una noción iuspublicista, acentuada con la obligatoriedad exigida a partir del Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) de pactar la cláusula de caducidad en los contratos de obra pública y de prestación de servicios. No obstante el surgimiento de esta facultad exorbitante, los contratos estatales seguían siendo reglados sustancialmente por el derecho privado: de hecho hasta 1945 la Corte Suprema de Justicia fue el tribunal competente para conocer de los contenciosos contractuales fundados en contratos celebrados por entidades públicas.

La tercera etapa tiene como origen el Decreto 528 de 1964, que adoptó entre nosotros la dualidad francesa entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, y le atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para decidir los conflictos basados en contratos administrativos. La ley no definió los contratos administrativos, por lo cual fue la jurisprudencia la que entendió como signo distintivo de aquellos contratos la cláusula de caducidad. Pactada tal cláusula exorbitante, el contrato se entendía sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se inicia la cuarta etapa con la Ley 19 de 1982 y el Decreto 222 de 1983. Se mantuvo la diferencia entre ambos tipos de contratos de la Administración, pero la regulación hizo fuerte énfasis en la normatividad pública.

La quinta etapa parte de la Ley 80 de 1993 (e incluye sus últimas reformas, en particular las contenidas en la Ley 1150 de dos mil siete (2007). La ley 80 dio a los contratos de que nos ocupamos el nombre genérico de “contratos estatales.” En este nuevo sistema, según Escobar Gil, la presencia de la Administración Pública “es un elemento *sine qua non* para la existencia de una relación jurídica administrativa y para la aplicación del Derecho Administrativo.”

9.1.2.2. Concepto único de contrato estatal.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece en su primer inciso:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales,

o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...].”

De este modo, la ley colombiana acogió la noción de un único contrato estatal. La Ley 80, como norma general, dispuso en su artículo 75 que las controversias derivadas de los contratos estatales las decide la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de que las partes intenten una solución directa (artículo 68), o acudan a un medio alternativo de solución de conflictos, como la conciliación, la amigable composición, o el arbitramento (artículo 70). Igualmente, la ley 80 estableció un régimen jurídico mixto para los contratos estatales, al determinar en su artículo 13 que sus normas se aplican de manera preferencial a estos contratos, y, en su defecto, rigen “las disposiciones comerciales y civiles pertinentes,” salvo para los contratos celebrados o ejecutados en el extranjero, o para aquéllos financiados por organismos internacionales.

9.1.2.3. Características del contrato estatal.

Los contratos estatales, estén o no regulados por la Ley 80 (y sus reformas), deben incorporarse dentro del modelo del Estado Social de Derecho establecido por la Constitución de 1991, modelo que no es, como ha venido diciendo la Corte Constitucional desde 1992, una simple “muletilla retórica.” (Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón)

Independientemente de cuál sea el régimen jurídico que controle las relaciones entre las partes, en Colombia el contrato y sus actuaciones deben ajustarse a las garantías constitucionales que prevalecen en el ordenamiento jurídico, como lo establece el artículo 4º de la Constitución.

En consecuencia, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, expedido por mandato constitucional (Artículo 150, inciso final), se adecuó al modelo del Estado Social de Derecho. La Corte Constitucional, en sentencia C-772 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), dijo al respecto:

“Dicho estatuto debía diseñarse de acuerdo con la filosofía y principios rectores del modelo de organización jurídico-política del Estado, consagrado en el artículo 1 de la Carta Fundamental, que establece que Colombia es un Estado social de derecho.

Ese propósito implicó para el legislador el compromiso de producir una norma que respondiera a específicas exigencias del nuevo ordenamiento superior, entre otras a lo dispuesto en el artículo 83, que establece que las relaciones entre los particulares y el Estado deben estar regidas por el principio de buena fe, así como a lo dispuesto en el artículo 209, que señala que la función administrativa está al servicio del interés general, y que los principios rectores de la misma son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; su contenido también debía desarrollar previsiones como la que consagra el artículo 90, que se refiere a la responsabilidad patrimonial que le cabe al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, y permitir la apertura de espacios para la consolidación y ampliación de la iniciativa privada en el campo de la contratación pública, libre de trabas y obstáculos innecesarios, tal como lo ordena el artículo 84 superior.”

9.1.2.4. Conclusión.

La concepción de contrato estatal prevaleciente en el momento actual es una noción unitaria, y exige la presencia de al menos una parte contratante que

ostente el carácter de entidad estatal (criterio orgánico). El juez natural para conocer de las controversias que surjan de estos contratos es el juez contencioso-administrativo, sin perjuicio de que las partes busquen una solución directa o pacten la cláusula compromisoria. El régimen legal aplicable a los contratos estatales, salvo precisas excepciones, es el contenido en la Ley 80 de 1993 y en sus reformas (básicamente la Ley 1150 de 2007), y, en su defecto, lo constituyen las disposiciones civiles y comerciales. Todas las actuaciones contractuales deben someterse, además, a los valores, derechos, y deberes constitucionales. Además, es obligación constante de todas las partes contractuales asegurar en la ejecución del contrato estatal la consecución del interés público.

9.2. El contrato de concesión.

Es definido por la ley 80 de 1993 en su artículo 32, numeral 4°. Busca básicamente que personas de derecho privado o público presten servicios especializados a entidades de derecho público, para hacer más eficiente la labor estatal.

El laudo que resolvió las diferencias entre Aerocali S.A. y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (UAEAC), con sede en la Cámara de Comercio de Bogotá (Árbitros David Luna Bisbal, Fernando Álvarez Rojas, y Pedro José Bautista Moller), el 5 de Octubre de 2005, hizo un estudio doctrinario sobre el contrato de concesión que es pertinente traer a colación. Dice así el laudo mencionado:

“Marienhoff propone la siguiente definición:

‘el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona — individual o jurídica, privada o pública—, por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público; dicha

persona, llamada “concesionario”, actúa a su propia cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez’ [...].

Por su parte el tratadista uruguayo Sayagués la define como:

‘La concesión de servicio público puede definirse como el acto de derecho público por el cual la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y control, pero por cuenta y riesgo del concesionario’ [...].

Jorge A. Silva, define:

‘... el contrato de la administración, sometido a un régimen predominante de derecho público, mediante el cual la entidad pública que debe en principio asegurar la prestación del servicio, acuerda con un tercero que la actividad será ejercida temporalmente por este, con los consiguientes poderes jurídicos, por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y control de la administración concedente y percibiendo como retribución el precio que pagarán los usuarios del servicio’ [...].”

Es fácil detectar que el contrato de concesión es esencialmente temporal. La entidad pública se desprende de unas atribuciones sólo por un tiempo determinado, pues el concesionario no puede reemplazar para siempre las labores de la entidad estatal.

La concesión es onerosa y es preciso pactar con la mayor precisión cuál va a ser la retribución que reciba el concesionario.

De otro lado, la actividad del concesionario es independiente y autónoma; él actúa por su cuenta y riesgo; y en la gestión interna de sus asuntos no compromete a la Administración pública.

9.3. El contrato de CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA, de fecha primero (1°) de Enero de dos mil cinco (2005).

Es este contrato estatal, celebrado entre las partes convocante y convocada, el que generó las diferencias que dieron nacimiento al presente arbitramento.

9.3.1. Análisis del Contrato.

El Contrato consta de 19 cláusulas. Su objeto está descrito en la cláusula Primera:

“EL CONCEDENTE entrega al CONCESIONARIO el espacio y la estantería donde funciona la farmacia para que éste preste el servicio de farmacia las 24 horas todos los días de la semana, debiendo obtener, distribuir y vender los medicamento que requieran los usuarios del hospital incluyendo todos los productos o suministros Intrahospitalarios, tales como productos farmacéuticos, odontológicos por cuenta y riesgos del CONCESIONARIO y bajo la vigilancia y control del CONCEDENTE. Así mismo, le suministrará al CONCEDENTE la droga que los pacientes hospitalizados requieran, la que éste le cancelará en forma mensual. PARÁGRAFO: EL CONCESIONARIO suministrará todos los medicamentos previa aprobación del CONCEDENTE de la lista que para tal efecto le suministre”.

La cláusula Cuarta establece el valor:

“El valor del presente contrato aún cuando no es determinado si es determinable para efectos de que el CONCEDENTE cancele al CONCESIONARIO el valor de los medicamentos suministrados a los usuarios de las EPS y ARS; para ello se ha establecido un promedio mensual de Quince millones de pesos M/cte (\$15.000.000.00) mensuales. En todo caso el pago será el resultado de liquidar los medicamentos suministrados conforme a las órdenes otorgadas por el Subgerente administrativo y de acuerdo con el valor acordado previamente, cuya lista de precios forma, parte integrante del presente contrato”.

La duración del contrato se establece en la cláusula Quinta:

“El presente contrato tiene una duración de seis (06) meses contados a partir del primero (1) de enero al treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005), una vez firmado y aceptado el presente contrato por las partes, pudiendo renovarse de común acuerdo entre las partes y previa suscripción del documento que así lo disponga. Por lo tanto en caso de no haberse comunicado previamente la decisión de prorrogarse el CONCESIONARIO deberá hacer entrega real y material del espacio y la estantería. PARÁGRAFO: Si el CONCESIONARIO esta interesado en la renovación del contrato, deberá manifestarlo por escrito con una antelación de tres (03) meses y el Representante Legal del CONCEDENTE manifestará su aceptación o negativa y dispondrá si celebrará un nuevo contrato o suscribirá un acta de prórroga del mismo”.

La cláusula Décima Cuarta establece el origen de los fondos del contrato:

“El valor del presente contrato se imputará al código No. 4020100400 de la vigencia fiscal del 2005 del HOSPITAL Dptal MARIO CORREA RENGIFO E.S.E., según Certificado de Disponibilidad

Presupuestal No. 18 por valor de \$90.000.000.00 de fecha 01 de enero de 2005”.

CAPÍTULO DÉCIMO

EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

10.1. Análisis probatorio.

En la convocatoria al proceso arbitral, la parte convocante solicitó que el Tribunal declarara que la convocante incumplió el Convenio por no pago del mismo (pretensión 2ª).

Sin embargo, tal afirmación no llegó a ser probada. En efecto, obran en el expediente los siguientes elementos probatorios que llevan al Tribunal a la convicción de que todas las obligaciones generadas por el Contrato 022-2005 fueron debidamente canceladas por el deudor (HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO E.S.E.) a la acreedora (TERESA CASTRO ESCALANTE) o a su orden:

1. Comunicación de 27 de Noviembre de dos mil siete (2007), del Dr. Luis Fernando Rendón Campo, Gerente del Hospital convocado, en la cual manifiesta clara y paladinamente que “en los archivos de la institución no reposan facturas no canceladas respecto del contrato No. 022-2005”.
2. Certificación de fecha 27 de Noviembre de dos mil siete (2007) expedida por la Contadora del Hospital demandado, señora Amilvia Coca Pinzón, en la cual se especifica con toda claridad que sobre el contrato 022-2005 se pagaron las facturas 000229/230/231/232/233 y

234 por valor conjunto de \$ 81.460.068.00, girados contra la reserva presupuestal correspondiente.

3. Declaración de la señora Amilvia Coca Pinzón rendida en el curso de la Inspección Judicial de fecha 17 de Enero de dos mil ocho (2008). A la pregunta del Árbitro Único sobre si el Hospital debía o no debía sumas de dinero por razón del contrato 022-2005, la señora Coca Pinzón respondió: “Según el material que yo examiné para la realización de la certificación por ese contrato no le adeudaría sino esos ocho millones que aparecen ahí (se refiere al saldo de la reserva presupuestal), pero no existe una factura sobre ese saldo del contrato”.
4. Declaración del Dr. Fernando Escandón Quintero, representante legal del Hospital convocado, quien ante la pregunta “Sírvese informarnos, ¿si a la fecha de presentación de la demanda arbitral, 18 de septiembre de dos mil siete (2007), se adeudaban a la convocante dineros por conceptos derivados del contrato 022-2005?”, respondió categóricamente: “No se debía”.
5. Dictamen pericial rendido el 12 de Febrero de dos mil ocho (2008) por el perito contador Jaime Navia Hernández, y no objetado. El perito, después de haber examinado los registros contables de la entidad convocada, fue concluyente en la siguiente afirmación:
—“No existen cuentas por pagar con cargo al contrato 022 2.005 Código Rubro 4020100100 Farmacia Mario Correa Rengifo y/o Teresa Castro Escalante (...)”.

En relación con la certificación expedida el 25 de Abril de dos mil siete (2007) por el antiguo colaborador del Hospital convocado, señor Marino Torres Cifuentes, certificación en la que quiso cifrar la parte convocante la

validez de sus pretensiones, considera el Tribunal que tal declaración no aporta la claridad suficiente como para hacerla prevalecer sobre los documentos analizados una y otra vez en el curso del proceso arbitral, documentos que llegan a una conclusión enteramente diferente a la que se contrae la certificación del señor Torres Cifuentes. Tampoco este testigo se muestra seguro en la ciencia de su dicho: así, ante la pregunta del apoderado de la entidad convocante en el sentido de saber si era posible que los saldos certificados por el Sr. Torres correspondieran a otra serie de contratos celebrados entre las mismas partes, diferentes al 022 de 2005, el testigo responde: “El saldo que allí presento, que allí certifico, es del total de algunas cuentas ¿sí? que puede ser que hubiesen saldo (sic) de otros contratos, no necesariamente era sobre el contrato mencionado; eso es un acumulado de cuentas pendientes por pagar la que certifiqué en ese momento”.

10.2. Conclusión.

Del examen probatorio que ha hecho el Tribunal se desprende con toda claridad que las obligaciones pecuniarias a favor de la convocante, nacidas del contrato de concesión N° 022-2005, fueron debida y oportunamente canceladas por la entidad acreedora HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO E.S.E. Es probable que existan otras obligaciones, derivadas de otras relaciones contractuales, pero su estudio, análisis y decisión se escapa de los estrechos límites que la cláusula compromisoria contenida en el contrato 022-2005 impone al Tribunal.

Este Tribunal comparte las teorías recientes según las cuales el arbitramento es un contrato. Al respecto es ilustrativa la extensa obra “El contrato de arbitraje”, compilación de varios escritos dirigida por Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa, publicada por la Universidad del Rosario y

Legis en 2005. La base de la aseveración se encuentra en la autonomía de la cláusula compromisoria, cuya existencia y validez no corre la misma suerte del contrato en que aparece pactada. Por ser autónoma, la cláusula compromisoria es, por decirlo así, un pequeño contrato dentro del pacto celebrado por las partes. Y, al ser un contrato, se predica de la cláusula compromisoria la obligatoriedad general de los contratos, contenida en el artículo 1602 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Por su naturaleza contractual, la cláusula compromisoria obliga en los términos y dentro del contexto específico en que fue adoptada. Así, no obstante haberse pactado la cláusula compromisoria en varios de los contratos celebrados entre Teresa Castro Escalante y el Hospital Departamental Mario Correa E.S.E., las pretensiones de la demanda se fundamentaron sólo en el contrato 022 de 2005. Los contratos son independientes y autónomos. Es abiertamente injurídico extrapolar los efectos del pacto arbitral introducido al contrato 022, a otros acuerdos de voluntades en los cuales la parte convocante no se basó al presentar su demanda de convocatoria arbitral. Solamente el contrato 022 de 1º de Enero de 2005 fue mencionado de manera expresa y precisa en la demanda y aportado por la convocante como prueba; por ende, la competencia de este Tribunal está circunscrita al análisis del pacto mencionado.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA

Sabido es que en el arbitramento la decisión no puede traspasar el marco fijado por el demandante al expresar sus pretensiones. Con base en las pruebas analizadas, el Tribunal despachará favorablemente la pretensión

primera. No accederá a la pretensión segunda ni a la tercera. Se deja constancia de que los gastos del Tribunal fueron cubiertos en su integridad por las partes convocante y convocada, en sus proporciones reglamentarias. Fue determinante comprobar que la parte convocante ha fallado en su carga procesal de demostrar lo que se alega: *Onus probandi incumbit actor*.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

LA DEFENSAS DE LA CONVOCADA

Debido a que no se presentó demanda de reconvenición, los límites del litigio quedaron definidos entre las pretensiones de la demandante y las excepciones alegadas por la entidad convocada. Estas excepciones fueron nominadas así:

1) EL CONTRATO NÚMERO 022-2205 DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA NO ES DOCUMENTO IDÓNEO PARA EXIGIR EL COBRO DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS CON LA DEMANDA;

2) EL CONTRATO NÚMERO 022-2205 DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA NO PRESTA MÉRITO EJECUTIVO PARA EL RECAUDO DE LA OBLIGACIÓN PERSEGUIDA.

Aunque las defensas de la entidad convocada atacan aspectos de las pretensiones de la demanda, las excepciones, tal como están formuladas, no logran enervar el fondo del asunto. El material probatorio arrimado al expediente llega más allá, hasta negar la existencia de saldo alguno derivado

del contrato 022-2005. Por ello el Tribunal declarará imprósperas las excepciones formuladas.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Activa y enriquecedora fue la presencia del señor Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Sus alegatos, su presencia en los interrogatorios y declaraciones, y su alegato de conclusión, fueron ponderadamente atendidos por el Tribunal.

PARTE RESOLUTIVA

LAUDO ARBITRAL

Reunidos los presupuestos procesales, este Tribunal de Arbitramento procede a dictar el laudo correspondiente. No aparece probada ninguna excepción de mérito que enerve las pretensiones de la demanda. No hay causales de nulidad.

El Tribunal de Arbitramento, en mérito a lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta todo lo analizado en materia de derecho sustantivo, procesal y probatorio, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO. Declárase que entre TERESA CASTRO ESCALANTE y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARIO CORREA RENGIFO E.S.E. se

celebró el Contrato N° 022-2005 de primero (1°) de Enero de dos mil cinco (2005), denominado CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA.

SEGUNDO. Declarar infundada y no probada la pretensión Segunda, consistente en el incumplimiento del contrato por el no pago del mismo.

TERCERO. Declarar infundada la pretensión Tercera y sus literales a, b, c y d, por cuanto si no hubo incumplimiento contractual no pueden existir cargas económicas derivadas del supuesto incumplimiento.

CUARTO. Declárase infundada la pretensión Tercera, literal e, por cuanto no hay lugar a fijar honorarios de abogado en la forma y cuantía pedidas.

QUINTO. Declárase infundada la pretensión Tercera, literal f.

SEXTO. Declarar no probadas las excepciones de merito denominadas “EL CONTRATO NÚMERO 022-2205 DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA NO ES DOCUMENTO IDÓNEO PARA EXIGIR EL COBRO DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS CON LA DEMANDA” y “EL CONTRATO NÚMERO 022-2205 DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN SALUD PARA EL SERVICIO DE FARMACIA NO PRESTA MÉRITO EJECUTIVO”, conforme se expresa en la parte motiva del presente laudo arbitral.

SÉPTIMO. Como quiera que las pretensiones han prosperado de manera parcial, se abstiene el Tribunal de imponer a las partes condena en costas, para que convocante y convocada asuman individualmente las costas y agencias en derecho causadas.

OCTAVO. Ordénese a la Secretaría del Tribunal la expedición y entrega de copia auténtica de este laudo al apoderado judicial de cada una de las partes, y al señor Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 115 del C.P.C.

NOVENO. Con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expídase copia del presente laudo.

DÉCIMO. Protocolícese el expediente en una notaría del círculo de Cali, por parte del Presidente del Tribunal. Si la partida no es suficiente, procédase como señala el parágrafo No. 2 del artículo 12 del Decreto 4089 2007.

DÉCIMO PRIMERO. Rinda cuentas el Tribunal en la oportunidad correspondiente.

El presente laudo queda notificado en audiencia.

JOSE FÉLIX ESCOBAR ESCOBAR

Presidente

LUZBIAN GUTIÉRREZ MARÍN

Secretaria