

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (CAFESALUD EPS S.A.)

CONTRA

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO METROSALUD (ESE METROSALUD)

ACTA DE AUDIENCIA DE EMISION DE LAUDO ARBITRAL

Medellín, veinte de mayo de dos mil diez

En la fecha, en la sede de funcionamiento, a las diez de la mañana (10:00 a.m.), se reunió el Tribunal de Arbitramento con el objeto de pronunciar el laudo arbitral con el que culminarán las diligencias procesales que pondrán fin a las diferencias existentes entre las partes en litigio.

A la audiencia concurrieron las señoras apoderadas y la doctora MARIA EUGENIA GIRALDO POSADA, como Agente del Ministerio Público. El tribunal le reconoce personería a la doctora LUZ MARINA MONSALVE BUILES, con tarjeta profesional de abogada 133.330, para continuar con la representación procesal de la entidad convocada en este proceso, en los términos de poder que presenta en esta audiencia, conferido por el gerente general de la ESE METROSALUD.

El Secretario del Tribunal procedió a dar lectura al laudo, conforme lo dispusieron los Árbitros.

Acto seguido, se hizo entrega de copias auténticas del laudo, sin mérito ejecutivo a las apoderadas de las partes y al Ministerio Público.

Para constancia firman:


DIANA STELLA BRICEÑO H.
Apoderada CAFESALUD

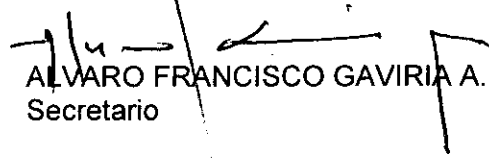

ALVARO BUSTAMANTE L.
Arbitro


EFFRAIN GOMEZ C.
Arbitro Presidente


MARIA EUGENIA GIRALDO P.
Procuradora


LUZ MARINA MONSALVE B.
Apoderada METROSALUD


CARLOS EDUARDO NARANJO F.
Arbitro


ALVARO FRANCISCO GAVIRIA A.
Secretario



Medellín, mayo 19 de 2010

Señores
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
E. S. D.

REFERENCIA: Poder
PROCESO: ARBITRAL
DEMANDANTE: CAFESALUD
DEMANDADO: E.S.E. METROSALUD

ALEJANDRO GOMEZ LOPEZ, Gerente General, actuando en nombre y representación legal de la Empresa Social de Estado METROSALUD, con cédula de ciudadanía número 71.626.618 de Medellín, nombrado por Decreto 499 de marzo 31 de 2008, emanado de la Alcaldía de Medellín y debidamente posesionado según Acta No. 117 de abril 1º de 2008, por medio de este escrito manifiesto que otorgo poder amplio y suficiente a la doctora LUZ MARINA MONSALVE BUILES, Abogada en ejercicio e identificada con la cédula de ciudadanía 21.401.241 de Medellín y portadora de la Tarjeta profesional Nro. 133.330 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses de METROSALUD hasta la culminación del proceso.

Sus facultades son las de responder, conciliar, excepcionar, pedir y aportar pruebas, interponer recursos, transferir, sustituir, desistir y en general queda facultada con todos los poderes que otorga el mandato judicial. Sirvase reconocerle personería para actuar.

ALEJANDRO GOMEZ LOPEZ
Gerente
Acepto:

LUZ MARINA MONSALVE BUILES
C.C. 21.401.241 de Medellín
T.P. Nro. 133.330 del C. S. de la Judicatura

PROCESO PERSONAL

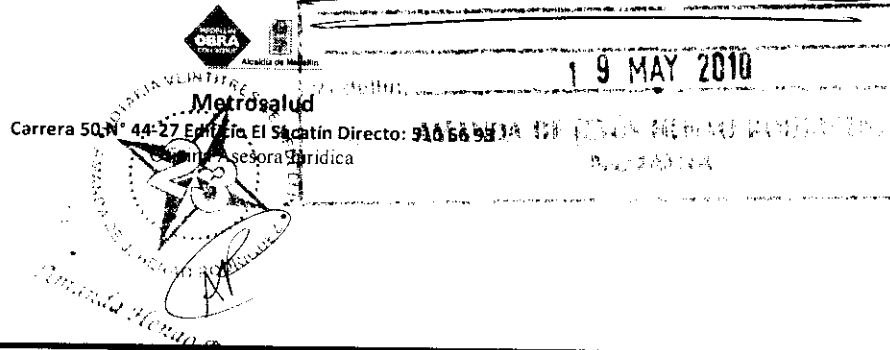
NOTARIA VEINTITRÉS DEL CÍRCULO DE MEDELLÍN

Este mandato otorgado al Tribunal de Arbitramento

Por el estado personalmente ante la notaria por Alejandro Gomez Lopez

Identificación con C.C. N° 71626618 Medellín

19 MAY 2010



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (CAFESALUD EPS S.A.)

CONTRA

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO METROSALUD (ESE METROSALUD)

LAUDO ARBITRAL

Medellín, veinte de mayo de dos mil diez

Procede el Tribunal colegiado a resolver, mediante laudo arbitral, el litigio existente entre las partes arriba nombradas, en los siguientes términos:

1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PACTO HABILITANTE.

A través de escrito presentado el 16 de septiembre de 2009, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, la persona jurídica denominada –abreviadamente- CAFESALUD EPS S.A., por conducto de apoderada judicial, solicitó la integración de un tribunal de arbitramento que decidiera en derecho, previo el rito legal pertinente, las pretensiones formuladas en contra de la entidad ESE METROSALUD –de igual manera, abreviadamente-, que enseguida se precisan, a efecto de lo cual invocó la cláusula Décima Primera del contrato celebrado el 1° de abril de 2004, distinguido con el número “ARS 03 DE ABRIL 01 DE 2004” (o número 205001069), cuyo texto se reproduce, así:

"CLAUSULA DECIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las controversias que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes con ocasión de este contrato, se resolverán por un Tribunal de Arbitramento compuesto por 3 personas, el cual será designado por la Cámara de

Comercio de Medellín, quien deberá fallar en Derecho. En lo no previsto de (sic) esta cláusula se aplicarán las normas del Código de Comercio, Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones pertinentes en la materia”.

2. LAS PRETENSIONES

La parte convocante planteó como pretensiones configurativas de la litis las siguientes, que se traen en su tenor literal:

“1. Que se admita por el Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín Antioquia la solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento en derecho de la ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD - CAFESALUD EPS SA. o CAFESALUD EPS SA., contra la ESE METROSALUD.

2. Que se notifique a la convocada de la solicitud de mi poderdante.

3. Que se dé inicio al Tribunal de Arbitramento en derecho, conforme la solicitud que se presenta.

4. Que se profiera providencia en Derecho por la corte arbitral para la liquidación del Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. ARS 03 ó 205001069 de 2004 y obtener como consecuencia de ello el pago de la suma adeudada por la ESE METROSALUD a mi poderdante.

5. Que se me reconozca personería para actuar en los términos del poder otorgado”.

El Tribunal se ve llamado a precisar, en este momento del laudo, que las solicitudes contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 5, no tienen la categoría jurídica de “pretensiones”, de la que sí participa la del numeral 4, como quiera que en la ciencia procesal se entiende por “pretensión”, en su concepción estricta, la súplica que un sujeto le formula a la jurisdicción para que, mediante la actuación de la ley, le sea tutelado un derecho que estima le ha sido vulnerado o desconocido, a efecto de que se le restablezca o reconozca, a través de una decisión vinculante y definitiva.

Por lo cual, la materia de juzgamiento sobre la que habrá de recaer el pronunciamiento final de este colegio de Árbitros, es la que se recoge e impetra en

el mencionado numeral 4 de las pretensiones de la demanda. Lo otro constituye actuación procedimental, ya cumplida, desde luego.

3. LA POSICION DE LA ENTIDAD CONVOCADA FRENTE A LA PRETENSION Y LAS EXCEPCIONES DE MERITO

En la contestación de la demanda, la ESE METROSALUD se refirió en los siguientes términos a las “pretensiones” de la parte actora e introdujo un medio exceptivo de fondo:

“A LAS PRETENSIONES:

Por todo lo anteriormente expuesto solicito al Respetable Tribunal, ordenar la liquidación del Contrato Número 205001069 del 1° de abril de 2004, previos los reconocimientos a que haya lugar, a cargo de cada una de las partes contratantes; considerando que CAFESALUD ARS-S hoy EPS-S, convocó el trámite del proceso arbitral sin agotar previamente el procedimiento contractualmente establecido de liquidación bilateral, deberá condenarse a CAFESALUD ARS-S hoy EPS-S al pago de las costas de trámite arbitral, incluyendo las agencias en derecho pertinentes”.

“EXCEPCIONES

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA LEGAL Y JUSTA.

El actuar de CAFESALUD EPS-S, al pretender trasladar los valores no reconocidos a ella por el Municipio correspondientes al porcentaje de UPC S de los afiliados mutiafiados, además de constituirse en una posible transgresión a las normas que sobre criterios auxiliares para liquidar contratos definió el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, podría constituirse en un enriquecimiento sin causa, por la modalidad de contratación entre CAFESALUD y METROSALUD, pues se trata de un contrato por capitación, mediante el cual se contrata por cabeza, independientemente de que el usuario acuda o no a la prestación del servicio.

Consecuente con ello, y teniendo en cuenta que la ESE METROSALUD dispuso todos los recursos necesarios (personal médico y asistencial de carrera y contratado, de su infraestructura, de la adquisición de medicamentos e insumos hospitalarios) para garantizar la prestación de los servicios contratados con CAFESALUD A.R.S.-S hoy EPS-S, y de que los valores que facturó fueron producto de la aplicación del % de UPC-S

contratada por el número de afiliados reportados por CAFESALUD en las bases de datos, mal haría en reconocer con efecto retroactivo actos administrativos que ni siquiera fueron comunicados en su oportunidad a la ESE METROSALUD y de este modo se estaría generando un empobrecimiento correlativo para la entidad a la que represento y un posible detrimento patrimonial".

4. LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y SUS RESPECTIVAS RESPUESTAS

Por razones de método y claridad, el Tribunal resume a continuación tanto los supuestos fácticos que sustentan el petitum de la parte demandante como la réplica a los mismos de la parte demandada, seguido cada hecho narrado en la demanda de su correspondiente contestación en el escrito de respuesta, todo sintetizado, como se anunció:

1° Las partes firmaron el *"Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. A.RS 03 6205001069 el 1 de abril de 2004"*.

Respuesta: Se aceptó como cierto y se describió el objeto contractual, el plazo de vigencia inicial y de adición, las obligaciones a cargo de CAFESALUD y el valor.

2° A pesar de hallarse vencido el contrato, la convocada no ha cumplido con la obligación de liquidarlo. La cifra adeudada a la convocante asciende a \$451.828.041.40, según determinación de estado de cuentas realizada conjuntamente por las partes.

Respuesta: No se admitió como cierto. De acuerdo con el parágrafo de la cláusula décima sexta del contrato, era obligación de CAFESALUD presentar a METROSALUD el acta de liquidación, lo que no hizo sino que envió un documento denominado *"contrato de transacción"* que contenía un acto jurídico de dicha naturaleza. En cuanto a la suma que se dice deberse a la convocante, la convocada explica que el trabajo compartido que se efectuó arrojó ese saldo a favor de CAFESALUD, pero en él *"se partió de los reconocimientos que el Municipio de Medellín hiciera a CAFESALUD contenidos en el acta de liquidación del contrato suscrito entre ellas"*, liquidación que tuvo problemas por "multiafiliaciones" y por ello el Municipio no reconoció a la convocante el valor total de la UPCS; por tanto esos dineros no pueden trasladársele a METROSALUD.

3° A la demandada se le ha requerido para liquidar el contrato y pagar la deuda pendiente, la que, repite, es del orden de \$451.828.041.40 por capital, según el contrato de transacción de fecha 4 de diciembre de 2008.

Respuesta: Se rechazó como cierto. Reitera que la obligación es la de liquidar el contrato y no la de firmar un contrato de transacción sobre el mismo, transacción que *“no incluye todas las sumas a reconocer por cada una de las partes”*.

4°, 5° y 6° La revisión de cuentas y depuración de cartera fue ejecutada por los Auditores Médicos designados por las partes y su estudio permitió llegar al contrato de transacción del que se ha hecho referencia, el cual fue firmado por el representante legal de CAFESALUD y enviado a METROSALUD, el 24 de febrero de 2009, en dos originales para su firma, sin que se haya suscrito por la parte convocada ni se hubiera emitido un pronunciamiento de fondo al respecto.

Se indican cifras que recoge el documento transaccional como: el total ejecutado fue de \$8.918.933.995,60; el valor facturado por METROSALUD a CAFESALUD fue de \$9.766.732.979; el valor pagado por CAFESALUD a METROSALUD fue de \$9.370.762.037; lo que arroja como resultado un crédito a favor de la convocante de \$451.828.041,40, suma pendiente de pago por la convocada.

CAFESALUD le adjuntó al documento de transacción la factura N° RS053701.

METROSALUD no ha firmado el contrato de transacción, por razones que CAFESALUD desconoce y devolvió la factura enviada.

Respuesta: Son parcialmente ciertos, dijo la demandada, y glosó la suma final de \$451.822.041,40, a la que se llegó, porque los auditores delegados *“solo se circunscribieron a aplicarle al valor reconocido por el Municipio a Cafesalud, el porcentaje de UPC-S contratado con Metrosalud por la población informada; dejando de tener en cuenta las disposiciones contenidas en los Acuerdos 343 de 2006 y 391 de 2008 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y, las sumas de dinero que con ocasión de pagos extemporáneos debe reconocer por la mora en el pago de las facturas correspondientes a los meses de julio, septiembre, octubre noviembre y diciembre de 2004, enero, marzo, abril, mayo, junio, octubre, noviembre y diciembre de 2005, enero, febrero, marzo y julio de 2006 CAFESALUD, las cuales ascienden a SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$74637181,56)”*.

Es insistente en alegar que el documento de transacción no es el medio idóneo para liquidar el contrato, por ello fue devuelto en dos oportunidades sin su firma.

7° La actora radicó nuevamente la factura el 7 de julio de 2009, advirtiendo la improcedencia de su devolución y exigiendo el pago respectivo, *“so pena de iniciar el trámite jurídico pertinente”*. La demandada la regresó el 17 de julio con la observación de que *“estaba en estudio de viabilidad jurídica para proceder a la firma del acta de liquidación del Contrato de Servicios No. ARS 03 ó 205001069 del 1 de abril de 2004”*.

Respuesta: Fue acogido como cierto. E insiste: Es inconducente la vía de la transacción para liquidar el contrato. Y justifica el no reconocimiento y pago de \$451.822.041,40 porque *“de dicha suma deberá deducirse las sumas de dinero que CAFESALUD E.P.S.-S adeuda a METROSALUD por concepto de intereses moratorios y las sumas de dinero que fueron descontadas a Metrosalud de acuerdo con la liquidación del contrato entre Cafesalud y el Municipio por concepto de multiafiliación”*.

8° En el contrato se pactó cláusula compromisoria.

Respuesta: Cierto.

9°, 10° y 11° Se ilustra al Tribunal sobre la normatividad del Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Respuesta: No son hechos.

12°, 13°, 14° y 15° Trae relación de normas atinentes al régimen que gobierna el funcionamiento de la convocante; y hecha tal puntualización por la convocada, opina ésta que *“Parecen ciertos”*.

5. EL TRÁMITE ARBITRAL

5.1. El 4 de noviembre de 2009, la señora Jefe de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín efectuó, ante la Revisoría Fiscal de la entidad, el nombramiento de los suscritos Árbitros para actuar como jueces transitorios en el presente litigio, quienes aceptaron la designación en tiempo oportuno.

5.2. El Tribunal se instaló el 10 de diciembre de 2009, en audiencia en la cual los Árbitros se declararon en ejercicio de funciones jurisdiccionales, nombraron secretario al abogado ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO, quien en dicha audiencia tomó posesión del cargo, se reconocieron personerías procesales y se fijó sede de funcionamiento del Tribunal arbitral.

5.3. La demanda fue admitida mediante auto pronunciado en la audiencia de instalación (diciembre 10/09), providencia que le fue notificada personalmente a la señora apoderada de METROSALUD en la misma fecha y se le corrió traslado de la demanda y de sus anexos por el término de 10 días.

5.4. Al proceso fue citada la Procuraduría Judicial II Administrativa, en cabeza de la doctora MARIA EUGENIA GIRALDO POSADA, Procuradora 32, para ejercer las funciones de Ministerio Público, a quien se le notificó igualmente el auto admisorio de la demanda.

5.5. De las excepciones de mérito introducidas en la contestación de la demanda, tempestivamente presentada, se concedió traslado a la parte convocante y al Ministerio Público, por el término de tres (3) días. La demandante descorrió el traslado.

5.6. El 9 de febrero de 2010 se llevó a cabo la audiencia arbitral de conciliación entre las partes, con resultado negativo de solución directa del conflicto jurídico. A continuación se regularon los honorarios y gastos del Tribunal, los que fueron pagados por ambas partes, en lo que a cada una correspondía.

5.7. En la primera audiencia de trámite, efectuada el 4 de marzo de 2010, el Tribunal se declaró competente *"para el conocimiento, instrucción y juzgamiento del presente litigio"*, decisión que, por no haber sido impugnada por ninguna de las partes, cobró debida firmeza. Acto seguido se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y las que el tribunal estimó necesario ordenar oficiosamente, las cuales se limitaron a apreciar, según las disposiciones legales y las reglas de la sana crítica la documentación aportada por la demandante y la demandada en las oportunidades señaladas por la ley, y a obtener de las partes documentos adicionales referentes al contrato. Estos últimos se allegaron al expediente en forma diligente.

5.8. Conforme a lo anterior, el acervo probatorio está constituido, exclusivamente, por probanzas documentales.

5.9. El Tribunal escuchó las alegaciones de las partes el 22 de abril de 2010, y al Ministerio Público se le concedió traslado especial para alegar, cuyo concepto se presentó en el plazo otorgado. Además se fijó como fecha de audiencia de emisión del laudo arbitral el 20 de mayo de 2010, día en el cual se profiere.

6. OPORTUNIDAD DEL LAUDO Y SU NATURALEZA

El presente laudo se emite dentro del plazo de vigencia del arbitramento, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

a) El término de duración del proceso es el legal -6 meses- pues las partes guardaron silencio sobre el particular en la cláusula compromisoria.

b) La primera audiencia de trámite, cuya fecha determina la iniciación del cómputo del plazo del proceso, se celebró el 4 de marzo de 2010.

Luego los seis (6) meses de ley, contados a partir de la primera audiencia de trámite, vencen el 4 de septiembre de 2010, y el fallo se dicta el 20 de mayo de 2010.

El laudo se profiere en derecho, toda vez que así se acordó en la cláusula compromisoria, y se adopta por unanimidad de los Árbitros.

7. PRESUPUESTOS PROCESALES Y DE FALLO DE MERITO

Síguese del recuento efectuado en los apartes precedentes que la relación procesal se constituyó regularmente y que en su desenvolvimiento no se configuró defecto alguno que pudiera tener la trascendencia de invalidar en todo o en parte la actuación surtida. Además, se evidencia que las partes que han concurrido a este proceso son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, que estuvieron legalmente representadas en este trámite arbitral y que la demanda formulada se adecuó a las exigencias legales, de manera que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte, su debida representación y la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo. Igualmente hay legitimación en la causa e interés de las partes para obrar.

8. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Con fecha 6 de mayo de 2010, la señora Procuradora 32 Judicial II Administrativa, en ejercicio de sus funciones de Ministerio Público en este proceso arbitral, recorrió el traslado especial que se le confirió el 22 de abril del año en curso, presentando concepto al Tribunal, según el cual considera que ***“No deben prosperar las pretensiones de la demanda”***, habida cuenta que en el caso debatido operó la caducidad de la acción. Luego de examinar la caducidad de dos años, consagrada en la ley 446 de 1998 para las acciones contractuales por incumplimiento, y su cómputo, concluye que ***“frente al litigio planteado, en sentir de esta procuraduría, nos encontramos frente al fenómeno de la caducidad, pues la empresa CAFESALUD EPSS debió haber presentado la litis antes del 30 de marzo de 2009, ya que el contrato se venció el 30 de septiembre de 2006, a partir de esta fecha tenía seis (6) meses para presentar la liquidación, es decir, 30 de marzo de 2007, desde esta fecha se empieza a contabilizar los dos (2) años, o sea 30 de marzo de 2009”***.

Apunta el Tribunal que la demanda fue presentada el 16 de septiembre de 2009.

9. LAS MOTIVACIONES PARA FALLAR

Para decidir, se considera:

Lo primero que debe elucidarse es el régimen procesal aplicable en un caso como éstos, cuando el contrato que motiva la comparecencia ante el Tribunal se ha celebrado y ejecutado con apego al derecho privado: En principio podría pensarse que como se trata de contrato regido por el derecho privado, máxime si presenta la singularidad de que la parte estatal en el presente caso parece estar en la posición de contratista más que de contratante, las normas procesales que debe aplicar el Tribunal son las propias del derecho procesal civil, y por tanto a la hora de examinar si el transcurso del tiempo incide sobre la posibilidad de pronunciarse sobre las pretensiones, el concepto a tomar en consideración es el de PRESCRIPCIÓN, sin que pueda entrar en juego el concepto de CADUCIDAD.

Empero, tal criterio resulta erróneo, como recién lo ha puesto de relieve el Consejo de Estado, en sentencia que deviene paradigmática para este laudo. Veamos:

“CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

Bogotá, D.C., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010)

Exp. 37.004

RADICACIÓN: 11001032600020090005800

“(.....)”

En este orden de ideas, el primer aspecto a definir es el régimen procesal aplicable a los procesos arbitrales, teniendo en cuenta que la caducidad es el asunto que origina este debate. La respuesta a esta pregunta involucra una combinación de normas, que deben armonizarse adecuadamente, de la siguiente manera.

En primer lugar, no debe perderse de vista que el hecho de que un contrato se rija por el derecho público o por el privado no incide en la solución a este problema – como lo sugieren los árbitros en el laudo, e igualmente Fresenius-. En tal sentido, se deben distinguir las normas sustantivas aplicables a un negocio, de las procesales que rigen su conflicto. Las unas y las otras pertenecen a dos ordenamientos que no se chocan, ni se complementan, ni se excluyen; pues regulan aspectos diferentes que no tienen por qué relacionarse en el sentido de la identidad.

Por ello, es incorrecto pensar, como ya lo ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, que si un contrato se rige por el derecho privado su juez es el civil y su régimen procesal el ordinario, pero si se rige por la ley 80 y por la ley 1.150 su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y su régimen procesal el del código contencioso administrativo. Esta equivalencia de regímenes jurídicos carece de fundamento normativo y jurisprudencial.

Hasta la saciedad se ha sostenido que un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. Dispone que el

juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales.

En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales –como el del caso concreto- si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquélla son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contratos.

Por esta razón, la acción que se ejerce ante los árbitros es la contractual, regulada en el art. 87 del Código Contencioso Administrativo, y por eso mismo el término de caducidad de la acción es la prevista en dicho estatuto, es decir, la regulada en el art. 136 num. 10.”

Así completamente clarificada la cuestión, lo que se sigue es determinar si están o no los árbitros en el deber de examinar la cuestión de la caducidad antes de adentrarse en el fondo del conflicto.

En el mismo fallo, el Consejo de Estado deja en claro que cuando ha operado el fenómeno de la caducidad el Tribunal de Arbitramento está en la obligación de así declararlo porque la misma afecta incluso la competencia para proferir el laudo.

“En estos términos, como había caducado la acción, el tribunal de arbitramento no podía resolver la controversia planteada por Fresenius, al carecer de competencia para hacerlo, incurriendo en el vicio de anulación previsto en el numeral octavo del art. 163 del decreto 1818 de 1998, por haber resuelto asuntos no sujetos a su decisión.

Por esta otra razón la Sala declarará la anulación del laudo recurrido.”.

De ahí que se deba proceder con fundamento en este precedente de jurisprudencia, a examinar si está o no caducada la acción en el presente caso.

La Señora Agente del Ministerio Público ha realizado el análisis de los tiempos, encontrando que *“el contrato se venció el 30 de septiembre de 2006, a partir de*

esta fecha tenía seis (6) meses para presentar la liquidación, es decir, 30 de marzo de 2007, desde esta fecha se empieza a contabilizar los dos (2) años, o sea 30 de marzo de 2009”.

La norma aplicable en este caso es el numeral 10 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que dispone:

ARTICULO 44. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

Esta posición, que ratifica el análisis de la caducidad de la acción, ha sido reiterada además por los siguientes fallos, a los cuales el Tribunal se permite remitir a las partes, para no hacer más extenso el contenido de la decisión:

**1.- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil (2000)

Radicación número: 18385

Actor: JOSÉ HERNANDO GAMBOA SOTAQUIRÁ.

Demandado: MUNICIPIO DE TRINIDAD (CASANARE)

**2.- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil (2000).

Radicación número: 12513

Actor: ELKIN DE JESUS BOZON PEREZ

Demandado: FONDO AERONÁUTICO NACIONAL

**3.- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006)

Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239)

Actor: DATA BASE SYSTEM LTDA.

Demandado: MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI

**4.- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 68001-23-15-000-1995-01233-01(16370)

Actor: SOCIEDAD R. Y M. CONSTRUCCIONES LTDA.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS

**5.- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA**

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552)

Actor: ALBERTO VERGARA MELLADO

Demandado: MUNICIPIO DE VALENCIA

Está entonces plenamente acreditado que CAFESALUD presentó la demanda mucho tiempo después de haber expirado el plazo previsto en la norma transcrita, en el aparte subrayado, toda vez que consta que el contrato se venció el 30 de septiembre de 2006 y se tenían 2 años y 6 meses más para presentar la demanda, habida consideración del plazo previsto en la Ley para liquidar el Contrato; se tiene entonces que la demanda debió presentarse antes del 30 de marzo de 2009. En consecuencia, ha operado el fenómeno de la caducidad, y así deberá declararlo el Tribunal.

10. LAS EXCEPCIONES

No es menester pronunciamiento alguno sobre excepciones en razón de las consideraciones que se han citado ad supra.

11. SOBRE COSTAS

En consonancia con lo que atrás se dejó escrito acerca de que son las normas contencioso administrativas las que el Tribunal debe aplicar, tiene cabida lo que dispone la misma ley 446 sobre la materia, a saber:

"ARTICULO 55. CONDENA EN COSTAS. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

"Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil." "

Puesto que la conducta asumida por las partes no amerita condenación en costas dado que no ha existido temeridad o deslealtad ni en la parte convocante como tampoco en la convocada, no se impondrá condena.

PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas, EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, POR AUTORIDAD DE LA LEY Y HABILITACION DE LAS PARTES,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que en la acción ejercitada en este proceso arbitral por CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (CAFESALUD EPS S.A.) en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO METROSALUD (ESE METROSALUD) ha operado el fenómeno de la caducidad, lo que impide cualquier pronunciamiento acerca de las pretensiones.

SEGUNDA. Por estar probada la caducidad, abstenerse de analizar las excepciones formuladas por la entidad convocada al arbitraje en la contestación de la demanda.

TERCERA. No hacer condenación en costas por las razones anotadas en la parte motiva.

CUARTA. Una vez en firme el Laudo, líquidese el proceso y protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Medellín.

QUINTA. Expídanse copias auténticas del laudo a las partes.

El presente laudo arbitral queda notificado en estrados.



EFRAN GOMEZ C.
Arbitro



ALVARO BUSTAMENTE L.
Arbitro



CARLOS E. NARANJO F.
Arbitro



ALVARO FRANCISCO GAVIRIA A.
Secretario