

Laudo Arbitral

Centrimed Limitada

v.

Hospital Militar Central

Junio 10 de 2003

Audiencia de fallo

En la ciudad de Bogotá, el día 10 de junio de 2003 se reunieron en la sede del Tribunal los doctores, Antonio José de Irisarri Restrepo presidente, Mario Gamboa Sepúlveda y Juan Pablo Gómez Pradilla, árbitros y María Patricia Zuleta García secretaria, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo fijada para la fecha, en el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre Centrimed Limitada por una parte y el Hospital Militar Central, por la otra. Asistieron también los apoderados de las partes doctores Marlene Rueda Mayorga y Mauricio Marín Erizalde.

Abierta la sesión el presidente autorizó a la secretaria para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, laudo que se pronuncia en derecho, es acordado y expedido por unanimidad dentro del término legal, y está suscrito por todos los árbitros.

Laudo

Bogotá, 10 de junio de 2003.

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a pronunciar el laudo en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional mediante Sentencia T-695-2002-0214 del 9 de abril de 2003 que tuteló los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de Centrimed Ltda.

I. Antecedentes

1. Pacto arbitral.

Centrimed Ltda., solicitó por conducto de apoderado especial la convocatoria de este tribunal al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó al Hospital Militar Central, el 29 de junio de 1999, con fundamento en el pacto arbitral suscrito entre las partes el 3 de noviembre de 1996, cuya cláusula décimo novena del convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas que a la letra dice: “Las diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de la interpretación, aplicación, ejecución o terminación de este convenio, y que no pudieran resolverse por el comité de coordinación, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en el Código de Comercio y en el Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) El tribunal estará integrado por tres “3” árbitros designados uno por cada parte y el tercero por los dos principales. Si estos no se pusieren de acuerdo para la designación del tercer árbitro en un término de ocho (8) días hábiles, cualquiera de las partes podrá solicitar tal designación a la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá;
- b) Su fallo se producirá en la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá;
- c) El tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliaciones Mercantiles de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá”.

2. Trámite prearbitral.

La referida solicitud de convocatoria formulada por Centrimed Ltda. fue admitida el 2 de julio siguiente; de esta se corrió traslado a la parte demandada en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de

Procedimiento Civil, por tratarse de un asunto de mayor cuantía, y el demandado Hospital Militar Central contestó oportunamente la demanda y propuso excepciones de fondo, a las cuales dio respuesta Centrimed Ltda mediante escrito presentado el 19 de agosto del mismo año.

3. Trámite arbitral. Los hechos de este proceso; el proceso paralelo, comentarios y observaciones sobre ello. Las tutelas.

1. El 29 de junio de 1999 Centrimed presentó demanda fundamentalmente para que se declarará que el Hospital Militar Central había incumplido el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas celebrado por Centrimed Limitada con el Hospital Militar Central el día 3 de noviembre de 1966, para que se condenara al Hospital Militar al pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento y se lo condenara en costas.

3.1. Pretensiones.

3.1.1. De la demanda.

Centrimed Ltda., en demanda del 29 de junio de 1999 solicita se profiera las siguientes declaraciones y condenas: “pretensiones:

1. Que se declare que el Hospital Militar Central ha incumplido el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas celebrado con Centrimed Ltda., por los siguientes hechos:

- a) Incumplimiento debido a la demora en la adecuación física y técnica de los lugares en donde se instalarían los equipos aportados por Centrimed.
- b) Incumplimiento por el no pago de los insumos suministrados por Centrimed, que de conformidad con el Acta 26 del 26 de marzo de 1998.
- c) Incumplimiento por no haber aportado el equipo de resonancia magnética a que se había comprometido al inicio del convenio dentro de un plazo razonable para ello.
- d) Incumplimiento por excluir del convenio de asociación el equipo de resonancia magnética instalado y puesto en funcionamiento en julio de 1998.
- e) Incumplimiento por el no pago de las facturas generadas entre julio y octubre de 1998 por los procedimientos realizados en el equipo de resonancia magnética.
- f) Incumplimiento por no estar dispuesto a reajustar la fórmula de participación cuando había lugar para ello, de conformidad con el parágrafo cuarto cláusula novena del convenio de asociación.
- g) Incumplimiento por el no pago dentro de los términos establecidos en el convenio de las facturas presentadas mes a mes por Centrimed.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al Hospital Militar Central a Cancelar a Centrimed Ltda., los perjuicios causados por el incumplimiento, en las sumas que establezcan los señores peritos y fundamentalmente las siguientes:

- a) La suma que determinen los señores peritos, por concepto de los insumos suministrados por Centrimed en los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 1998.
- b) La suma que determinen los señores peritos, por concepto de los procedimientos realizados con el equipo de resonancia magnética entre los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 1998.
- c) La suma que determinen los señores peritos por concepto de los procedimientos realizados con el equipo de resonancia magnética entre los meses de noviembre y diciembre de 1998, enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1999.

d) Las sumas que determinen los señores peritos por concepto de mora en el pago de las facturas presentadas mes a mes por Centrimed Ltda.

e) Las sumas que determinen los señores peritos por concepto del lucro cesante que generaron los equipos que Centrimed iba a aportar al convenio y que no pudieron ser instalados por la demora en la adecuación física y técnica de las instalaciones por parte del hospital.

3. Que como consecuencia de las pretensiones primera y segunda, se condene al Hospital Militar a cancelar a Centrimed Ltda., los intereses de mora que las sumas que se establezcan en los literales a, b y c del numeral anterior han generado, en el valor que logren establecer los señores peritos, aplicando la tasa más alta permitida por la ley.

4. Que como consecuencia de la pretensión primera, y de los hechos relatados en esta demanda se ordene reajustar la fórmula de participación de el Hospital Militar Central y Centrimed Ltda, en el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas, de conformidad con el trabajo que realicen los señores peritos. Este reajuste deberá ser retroactivo a la fecha en que Centrimed lo solicitó, es decir, febrero de 1998. De la misma forma, el fallo deberá indicar la forma en que se regularán las relaciones de las partes hacia el futuro, en lo relacionado con la participación de cada una de ellas en los ingresos generados en desarrollo del convenio.

5. Que se actualicen los valores que debe cancelar el Hospital Militar Central a Centrimed Ltda., a la fecha del correspondiente fallo.

6. Que se condene en costas al Hospital Militar Central”.

De acuerdo con escrito del 3 de abril de 2000, el apoderado de la parte convocante, reformó el capítulo de pretensiones y quedó así:

1. Que se declare que el Hospital Militar Central ha incumplido el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas celebrado con Centrimed Ltda, por los siguientes hechos:

a) Incumplimiento debido a la demora en la adecuación física y técnica de los lugares en donde se instalarían los equipos aportados por Centrimed.

b) Incumplimiento por el no pago de los insumos suministrados por Centrimed, que de conformidad con el Acta 26 del 26 de marzo de 1998, debían ser cancelados por Centrimed.

c) Incumplimiento por no haber aportado el equipo de resonancia magnética a que se había comprometido al inicio del convenio dentro de un plazo razonable para ello.

d) Incumplimiento por excluir del convenio de asociación el equipo de resonancia magnética instalado y puesto en funcionamiento en julio de 1998.

e) Incumplimiento por el no pago de las facturas generadas entre julio y octubre de 1998 por los procedimientos realizados en el equipo de resonancia magnética.

Primera subsidiaria en relación con los literales d) y e).

En caso de que se considere por parte de los señores árbitros, que el equipo de resonancia magnética instalado y puesto en funcionamiento por el hospital, en julio de 1998 no debe hacer parte del convenio de asociación, solicitó que se declare el incumplimiento de parte de el Hospital Militar Central por violar la garantía de exclusividad consagrada en la cláusula tercera del convenio de asociación suscrito entre las partes.

Segunda subsidiaria en relación con los literales d) y e).

En caso de que se considere por parte de los señores árbitros, que tampoco se violó la garantía de exclusividad consagrada en la cláusula tercera del convenio de asociación suscrito entre las partes, solicito que se declare que Centrimed Ltda., incurrió en extracostos en la ejecución del convenio de asociación para la prestación del servicio

de imágenes diagnósticas por haber suministrado mantenimiento preventivo y correctivo, así como insumos de documentación básica en la operación del equipo de resonancia magnética, desde que el mismo entró en funcionamiento, hasta la fecha en que se dicte la sentencia.

f) Incumplimiento por no estar dispuesto a reajustar la fórmula de participación cuando había lugar para ello, de conformidad con el parágrafo cuarto, cláusula novena del convenio de asociación.

g) Incumplimiento por el no pago dentro de los términos establecidos en el convenio de las facturas presentadas mes a mes por Centrimed.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a el Hospital Militar Central, a cancelar a Centrimed Ltda., los perjuicios causados por el incumplimiento, en las sumas que establezcan los señores peritos y fundamentalmente las siguientes:

a) La suma que determinen los señores peritos, por concepto de los insumos suministrados por Centrimed en los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 1998.

b) La suma que determinen los señores peritos, por concepto de los procedimientos no realizados con el equipo de resonancia magnética, desde el momento en que debió haberse aportado el mismo por el Hospital Militar Central y hasta julio de 1998, momento en el cual se puso en funcionamiento.

c) La suma que determinen los señores peritos, por concepto de los procedimientos realizados con el equipo de resonancia magnética entre los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 1998.

d) La suma que determinen los señores peritos por concepto de los procedimientos realizados con el equipo de resonancia magnética a partir de noviembre de 1998 y hasta el momento en que se realice el dictamen pericial

Primera subsidiaria en relación con el literal c) y d).

En caso de que se considere por parte de los señores árbitros, que el equipo de resonancia magnética instalado y puesto en funcionamiento por el hospital en julio de 1998 no debe hacer parte del convenio de asociación, solicito que se condene al Hospital Militar Central a la suma que determinen los señores peritos por violar la garantía de exclusividad consagrada en la cláusula tercera del convenio de asociación suscrito entre las partes.

Segunda subsidiaria en relación con los literales c) y d).

En caso de que se considere por parte de los señores árbitros, que tampoco se violó la garantía de exclusividad consagrada en la cláusula tercera del convenio de asociación suscrito entre las partes, solicito que se condene al Hospital Militar Central a pagar a Centrimed Ltda, las sumas que determinen los señores peritos, por haber incurrido en extracostos en la ejecución del convenio de asociación para la prestación del servicio de imágenes diagnósticas por haber suministrado mantenimiento preventivo y correctivo, así como insumos de documentación básica en la operación del equipo de resonancia magnética, desde que el mismo entró en funcionamiento, hasta la fecha en que se dicte la sentencia.

e) Las sumas que determinen los señores peritos por concepto de mora en el pago de las facturas presentadas mes a mes por Centrimed Ltda.

f) Las sumas que determinen los señores peritos por concepto del lucro cesante que generaron los equipos que Centrimed iba a aportar al convenio y que no pudieron ser instalados por la demora en la adecuación física y técnica de las instalaciones por parte de el hospital.

3. Que como consecuencia de las pretensiones primera y segunda, se condene al Hospital Militar a cancelar a Centrimed Ltda., los intereses de mora que las sumas que se establezcan en los literales a), b) y c) y subsidiaria de los literales b) y c) del numeral anterior han generado, en el valor que logren establecer los señores peritos, aplicando la tasa más alta permitida por la ley.

4. Que como consecuencia de la pretensión primera, y de los hechos relatados en esta demanda, se ordene reajustar

la fórmula de participación del Hospital Militar Central y Centrimed Ltda, en el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas, de conformidad con el trabajo que realicen los señores peritos.

Este reajuste deberá ser retroactivo a la fecha en que Centrimed lo solicitó, es decir, febrero de 1998.

De la misma forma, el fallo deberá indicar la forma en que se regularán las relaciones de las partes hacia el futuro, en lo relacionado con la participación de cada una de ellas en los ingresos generados en desarrollo del convenio.

5. Que se actualicen los valores que debe cancelar el Hospital Militar Central a Centrimed Ltda, a la fecha del correspondiente fallo.

6. Que se condene en costas al Hospital Militar Central.

2. El Hospital Militar Central contestó el día 2 de agosto de 1999 mediante apoderado excepciones o defensas que llamó de mérito, consistente la primera en que no puede exigir el cumplimiento quien no ha cumplido con sus obligaciones (*exceptio non adimplenticontractus*) y, como segunda excepción, la de nulidad del convenio por falta de requisitos legales.

Propuso el hospital esta excepción manifestando que: “no obstante que esta acción es de competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y ante esta entidad se está tramitando, perjudicialidad (sic) que presentaré en su oportunidad procesal ante el Tribunal de Arbitramento, interpongo la nulidad absoluta como excepción para evitar más perjuicios económicos al Hospital Militar Central, fundado en los siguientes argumentos...”.

Es decir, consideró el Hospital Militar que la acción de nulidad no correspondía resolverla a este tribunal, pero que la proponía como excepción o defensa a fin de enervar la demanda sobre presunto incumplimiento del contrato adelantada por Centrimed.

El tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias a él sometidas el 17 de octubre de 2000, mediante auto dictado en la primera audiencia de trámite (acta 2).

En dicha audiencia la apoderada del Hospital Militar solicitó al tribunal suspender el trámite del proceso arbitral habida cuenta de que se estaba tramitando ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una demanda para que se declarara la nulidad absoluta del contrato. El tribunal negó esta solicitud pues en virtud de la autonomía de la cláusula arbitral contenida en el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 el tribunal era en principio competente para conocer de las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por el Hospital Militar incluida la excepción de nulidad y ordenó se oficiara al tribunal administrativo a fin de que expidiera y remitiera copia al tribunal arbitral de la demanda de nulidad.

La prejudicialidad solicitada en la contestación de la demanda sería cosa que el tribunal tendría que estudiar más tarde, tal como lo hizo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil modificado por el Decreto Extraordinario 2282 de 1989 artículo 1º, numeral 88 el cual dispone:

“La suspensión a que se refieren los numerales 1º y 2º del artículo precedente, solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que deba suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia”.

3. Centrimed contestó las excepciones de mérito propuestas por el Hospital Militar Central en escrito de 19 de agosto de 1999 en el que se refiere en primer término a la excepción de nulidad absoluta por falta de los requisitos legales manifestando no tener conocimiento de la presentación de ninguna demanda o acción de nulidad respecto del convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas.

En el mismo escrito manifiesta enseguida Centrimed lo siguiente:

“Además de lo anterior, no es cierto que la justicia arbitral no tenga competencia para conocer sobre la validez de un contrato en donde existe cláusula compromisoria, ya que las jurisprudencias en que se basa el demandado para sustentar dicha tesis, no son aplicables a partir de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 que expresa en el

artículo 116 lo que a continuación sigue:

“Cláusula compromisoria. El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

ART. 2A—Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PAR.—La cláusula compromisoria es AUTÓNOMA con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, PODRÁN SOMETERSE AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL los procesos en los cuales se debatan LA EXISTENCIA Y LA VALIDEZ DEL CONTRATO y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”. (Las negrillas, subrayas y mayúsculas son de Centrimed).

“Dentro de ese nuevo contexto legal, no puede hablarse de la incompetencia de los tribunales de arbitramento para conocer sobre la validez del contrato y por consiguiente, si la parte demandada ha demandado la nulidad absoluta del contrato, tal y como lo sostiene, la demanda ha debido ser presentada ante la justicia competente, es decir, la arbitral, en virtud de la cláusula compromisoria establecida en el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los argumentos expuestos por el demandado, que sostienen que el convenio celebrado con Centrimed es nulo, serán debatidos en su respectiva oportunidad ya que este no es el momento procesal para hacerlo”.

Así pues, Centrimed afirmó en ese momento que la pretendida demanda que anunciaba el Hospital Militar hubiera debido ser presentada ante este tribunal y que los argumentos para fundamentar la excepción expuestos en la contestación de la demanda serían posteriormente debatidos en su oportunidad procesal, es decir, en el momento de alegar de conclusión, tal como efectivamente lo hizo y se verá más tarde.

4. La demanda de nulidad presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera y la contestación de esa demanda.

Una vez llegaron al tribunal arbitral las copias del proceso que cursa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, expediente 991.654 se constató lo siguiente: Que efectivamente, antes de que Centrimed presentara la demanda arbitral, el Hospital Militar había presentado demanda el 16 de junio de 1999 para que **se declarara** “Que es nulo en forma absoluta el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas sin número, celebrado entre la UPS Hospital Militar Central (hoy establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional en virtud de la L. 352 de 1997, art. 40) y la firma Centrimed Ltda., de fecha 13 de noviembre de 1996 cuyo objeto trata la cláusula primera del mismo convenio.

“Que previa la determinación de los perjuicios sufridos por el Hospital Militar Central según el dictamen pericial, se condene a Centrimed Ltda. a restituirlos a la indexación correspondiente o en su defecto se condene a los servidores públicos y particulares que resulten responsables por acción u omisión, previa a la celebración del mismo convenio.

Que como consecuencia de la primera declaración se vuelva al estado original de la relación contractual (*status quo*) entre las partes, sin tener en cuenta lo que en el convenio se estableció al margen legal”.

Así pues, el Hospital Militar presentó demanda (acción de nulidad) para que se declarara absolutamente nulo el convenio, se condenara a Centrimed Ltda. al pago de perjuicios sufridos por el Hospital Militar, o en su defecto, se condenara a los servidores públicos y particulares que resultaren responsables y la vuelta al estado original de la relación contractual entre las partes; es decir, para que el Tribunal Contencioso determinara lo correspondiente a los efectos de la nulidad absoluta del contrato, en caso de llegar a declararla.

5. Centrimed contestó esa demanda el día 14 de febrero de 2000.

En la contestación de esa demanda visible a folios 569 a 585 del cuaderno 3 se observa que al contestar Centrimed no propuso la excepción de existir cláusula compromisoria. Como es sabido, en el procedimiento contencioso administrativo por no existir excepciones previas estas pueden presentarse como excepciones de fondo. A este respecto puede verse la sentencia del Consejo de Estado de fecha abril 7 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Delio Gómez Leyva, Sección Cuarta, Sentencia 9875.

Centrimed al contestar esa demanda sin hacer ninguna mención al proceso arbitral ni a la cláusula compromisoria fijó definitivamente la litis en ese proceso en todo lo relacionado con la declaratoria de nulidad del contrato (acción de nulidad) y los efectos que tendría esa eventual declaratoria, dejando para este proceso arbitral, en punto de nulidad, únicamente lo referente a la excepción.

De esa manera la conducta procesal de las partes en cada uno de estos procesos resulta coherente. El Hospital Militar haciendo caso omiso de la cláusula de arbitramento presenta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo demanda para que se declare la nulidad del contrato (acción de nulidad), acción que fue enfrentada por Centrimed con idéntica simetría procesal, es decir, sin hacer mención de la acción de nulidad ni proponer allí la excepción de compromiso. De esta manera queda claro para la aplicación que habrá de hacerse de las directrices fijadas por la Corte Constitucional para este proceso que la competencia de todo lo atinente a la acción de nulidad (su eventual declaración o su denegación) la atribuyeron y fijaron las partes en todo en el Tribunal Contencioso Administrativo y que, la declaratoria de nulidad y sus efectos no fueron puntos para lo cual los árbitros están habilitados para decidir. Ello se confirma con el hecho claro y escueto de que el Hospital Militar al contestar la demanda propuesta por Centrimed ante este tribunal, se limitó a interponer la excepción de nulidad a las pretensiones que sobre incumplimiento del contrato le endilgaba la demanda, sin proponer ante este tribunal, por la vía de contrademanda, se declarara la nulidad absoluta del contrato, obrando así en forma coherente con la demanda que para esos efectos había presentado ya ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

6. La primera demanda de tutela.

El Hospital Militar sin esperar a que este tribunal decidiera sobre la solicitud de prejudicialidad planteada junto con la excepción de nulidad, que debía resolverse solo cuando el proceso estuviera listo para pronunciar sentencia (laudo), entabló una acción de tutela contra este tribunal.

Acto seguido el presidente del tribunal doctor Antonio de Irisarri Restrepo, actuando en nombre del Tribunal de Arbitramento dio respuesta a la acción de tutela, dando así cumplimiento a lo dispuesto en la providencia del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, de fecha 18 de mayo de 2001, mediante la cual se le ordenó al presidente del tribunal que se sirviera informar con destino al proceso los hechos que dieron origen a la acción, contestando en los siguientes términos:

“En cuanto a las consideraciones de hecho y de derecho.

El accionante incurre en deplorables confusiones jurídicas que se explican, aunque no se justifican, si se tiene en cuenta que no es abogado sino médico y coronel en uso de buen retiro.

El Tribunal de Arbitramento que me cabe el honor de presidir no ha violado, en momento alguno de su actuación, el derecho al debido proceso que asiste no solo al Hospital Militar Central sino a todos los justiciables.

La suspensión del proceso arbitral por prejudicialidad, que es el fenómeno jurídico que se presenta, solo puede ser ordenada por el Tribunal de Arbitramento si al momento de entrar a decidir el proceso, encuentra —como lo dispone claramente el numeral 2° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil— que la sentencia o laudo que deba dictar, depende de lo que deba decidirse “en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no es procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo salvo lo dispuesto en los códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley”. Y esa suspensión, como se encarga de precisarlo el inciso 2° del artículo 171 del mismo código, “solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina **y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia**”.

Y valga anotar, porque ello es de máxima importancia, que las copias que demuestran la existencia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho existente entre el Hospital Militar Central y “Centrimed Ltda.”, por demanda presentada por aquel, solo se presentaron al Tribunal de Arbitramento, en copias no autenticadas, el 9 del mes en curso, no obstante haberlas decretado, de oficio, desde el 31 de octubre de 2000.

Ahora bien: como fluye claramente de los dos preceptos legales que se dejaron mencionados en párrafo anterior, la suspensión de la prejudicialidad no opera, propiamente hablando sobre el trámite o rito del proceso que deba suspenderse, sino sobre la **sentencia** que en él haya de dictarse, circunstancia que en el proceso arbitral tiene particular relevancia si se considera, como es preciso hacerlo, que en él **no proceden las excepciones previas**, como terminantemente lo dispone el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 (D. 1818/98, art. 141). Ello impide que quien pretenda hacer valer la existencia previa de un proceso que, a su juicio, pueda tener incidencia sobre el resultado de uno arbitral, proponga la excepción de pleito pendiente, que es previa por definición legal (CPC, art. 97, num. 10).

De otra parte, me permito insistir en que, como se desprende de los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, la suspensión del proceso por prejudicialidad ha de resolverse cuando el proceso de cuya suspensión se trata se encuentre en estado de recibir sentencia, y que como consta en el acta correspondiente a la sesión celebrada por el Tribunal de Arbitramento el día 17 de mayo en curso, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de juzgamiento el próximo viernes 25 de los corrientes. Solo una vez cumplida dicha diligencia podrá saber el Hospital Militar Central si la alegada prejudicialidad es o no viable, lo cual significa, en buen romance, que solo hasta entonces podrá determinarse con toda precisión si la mencionada entidad dispone, o no, de otro medio de defensa judicial.

Así las cosas, no aparece configurado en parte alguna el supuesto desconocimiento, por parte del Tribunal de Arbitramento, del derecho al debido proceso alegado por el accionante y menos aún, configurados los supuestos básicos que permiten el ejercicio de la acción de tutela, por lo cual la intentada por el Hospital Militar Central ha de rechazarse por improcedente.

Las imputaciones que el accionante hace contra el Tribunal de Arbitramento en el sentido de que este ha sido “arbitrario en el manejo del proceso”, son infundadas, irrespetuosas, ligeras e inexactas, por lo cual me veo precisado a repudiarlas.

No es cierto, en efecto, que el Tribunal de Arbitramento se haya negado a ordenar las copias solicitadas para informar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre la existencia del trámite del arbitramento. Y no lo es porque tal solicitud jamás le fue formulada.

Tampoco lo es que el Tribunal de Arbitramento se hubiese negado a calificar las preguntas que “Centrimed Ltda.” formuló a los peritos, porque si autorizó a los peritos para contestar el cuestionario que les fue formulado, fue porque encontró aceptables y conducentes las preguntas en él contenidas.

Y si no ordenó correr traslado a estos del escrito mediante el cual la apoderada del Hospital Militar Central formuló objeciones por error grave contra el dictamen pericial, ello se debió a que ese es un trámite no previsto por la ley procesal, que el tribunal no podía inventar a su arbitrio. Es preciso recordar que el Tribunal de Arbitramento fue constituido para decidir **en derecho** las diferencias surgidas entre “Centrimed Ltda. y el Hospital Militar Central”.

Visible a folios 747 a 755 del cuaderno principal 3 se encuentra lo resuelto tanto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, como por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, con relación a la acción de tutela impetrada por el representante legal del Hospital Militar Central.

De acuerdo con lo que se informó en la audiencia celebrada el 11 de diciembre de 2001 (acta 20, fl. 740), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente, Dr. Germán Ayala Mantilla, mediante fallo de fecha 28 de septiembre de 2001 y habiendo conocido de la impugnación instaurada por el representante legal del Hospital Militar Central contra la providencia del 25 de mayo proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, resolvió confirmar la providencia impugnada,

que rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada contra el tribunal y ordenó enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

El día 31 de enero de 2002 la secretaría general de la Corte Constitucional informó que el expediente de tutela 522677 del Hospital Militar Central contra el Tribunal de Arbitramento, fue excluido de revisión por auto de fecha 22 de noviembre de 2001 proferido por la Sala de Selección 11 en ejercicio de la facultad discrecional que le confieren los artículos 86 de la Constitución y en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Informado el tribunal de lo anterior, dictó un auto mediante el cual fijó fecha para continuar con el trámite del proceso arbitral y mediante Auto 24 dictado en la audiencia celebrada el 27 de febrero de 2002 y previa la lectura de las consideraciones hechas por el tribunal suspendió de conformidad con el numeral 2° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil el pronunciamiento del laudo arbitral hasta cuando la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resuelva en forma definitiva la acción de nulidad absoluta propuesta por el Hospital Militar Central contra el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas celebrado entre el mencionado hospital y la sociedad Centrimed Ltda.

7.Los alegatos de conclusión.

En audiencia celebrada el 17 de mayo de 2001 (acta 18) alegaron de conclusión los apoderados de las partes.

El señor apoderado de la parte convocante puntualizó primero los hechos que entiende fundamentan las pretensiones de Centrimed analizó las pruebas que obran dentro del proceso.

En cuanto a la excepción de nulidad absoluta propuesta por el Hospital Militar expresó el apoderado:

“El hecho de que la entidad convocada haya formulado la excepción de nulidad absoluta del convenio por falta de requisitos legales, no invalida en modo alguno los efectos jurídicos de la cláusula compromisoria que ha dado lugar al presente Tribunal de Arbitramento, y por lo tanto no se pierde competencia para pronunciarse sobre los incumplimientos realizados por el Hospital Militar y los perjuicios que estos ocasionaron a Centrimed y que se encuentran debidamente probados en este proceso. Esta afirmación se sustenta sobre la base de que la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y validez del contrato del cual forma parte, y, en consecuencia, puede someterse al proceso arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aun cuando el contrato sea nulo o inexistente”.

“Así lo indica el parágrafo del artículo 118 de la Ley 446 de 1998, en donde se lee:

“La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

Y más adelante expresa:

“De todo lo anterior, podemos concluir lo siguiente: a) El cuestionamiento sobre la nulidad o validez del convenio de asociación para la prestación del servicio de imágenes diagnósticas no inhibe el arbitramento, y b) Si en gracia de discusión, el convenio de asociación para la prestación del servicio de imágenes diagnósticas llegara a ser nulo, el Tribunal de Arbitramento conserva su competencia para pronunciarse de fondo”.

Y luego, inmediatamente, dice:

“Ahora bien, ¿la posible declaratoria de nulidad afectaría el laudo **que se dicte en este proceso** en cuanto a la declaratoria de los incumplimientos del Hospital Militar y los perjuicios ocasionados a la sociedad Centrimed durante la ejecución del convenio? (las negrillas son del tribunal).

“La respuesta es NO, ya que la eventual nulidad del convenio surtiría efectos a partir del momento en que sea declarada, y por lo tanto mientras el contrato existió y existe, han nacido y se han generado una serie de obligaciones a cargo de las partes que han debido ser cumplidas, so pena de la indemnización a que haya lugar por su incumplimiento”.

“De esta forma se normaliza(sic) esa situación en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 que indica:

“La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva **no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria**” (las negrillas y subrayas son del apoderado).

Finalmente concluye:

“Lo anterior indica, en forma transparente, que así el convenio sea declarado nulo, es conducente la decisión arbitral, ya que la misma será sobre las prestaciones ya ejecutadas mientras el convenio ha estado vigente”.

El Hospital Militar por su parte, entregó escrito de resumen de sus alegaciones finales, en escrito visible a folios 526 a 538 (cdno. 3). Manifestó la apoderada:

“Solicito a los señores árbitros despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda de Centrimed Ltda. por no ajustarse a la realidad de los hechos y en contrario sentido atender las excepciones propuestas”.

Inmediatamente después, en su escrito, manifestó la apoderada:

“La sociedad Centrimed Ltda. convocó este tribunal para dirimir la controversia originada en la ejecución del convenio de asociación para la prestación de imágenes diagnósticas con el Hospital Militar Central, a pesar de tener conocimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que cursa ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con el cual el Hospital Militar Central pretende la nulidad del convenio por el incumplimiento de los requisitos legales”.

Se manifestaron pues de acuerdo ambos apoderados en sus alegaciones finales sobre el hecho de existir para este proceso una excepción de nulidad absoluta del contrato denominado por las partes convenio de asociación cuyo conocimiento y decisión correspondía a este tribunal.

Desde luego divergían las partes sobre si la excepción debía prosperar o no, el señor apoderado de la parte convocante no solo se oponía a que la excepción prosperara sino que, en caso de que llegara a prosperar, debería conllevar el reconocimiento de las prestaciones cumplidas por las partes hasta el momento de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de acuerdo con lo previsto en la disposición por él citada de la Ley 80 de 1993, aspecto sobre el cual el tribunal volverá más adelante en orden a determinar si en caso de que llegara a prosperar la excepción habría que pronunciarse o no sobre los efectos de la nulidad, situación reglamentada en el artículo 306, inciso 3° del Código de Procedimiento Civil.

De momento el tribunal pone de presente que las partes escindieron el punto de la nulidad absoluta del contrato en dos acciones diferentes y paralelas. Lo referente a la declaratoria de nulidad y sus efectos mediante una acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y una excepción de nulidad. Propuesta en este. Las dos partes obraron en esto como se ha dicho de manera coherente:

El Hospital Militar entabla la acción para la declaratoria de nulidad del contrato ante lo contencioso administrativo, Centrimed contesta esa demanda, ya en curso este proceso arbitral, sin proponer allá la excepción de compromiso ni mencionar en los hechos la existencia de la cláusula compromisoria. Centrimed inicia este proceso arbitral con una demanda para que se declare el incumplimiento del convenio y se condene al Hospital Militar al pago de perjuicios; el Hospital Militar contestó la demanda de Centrimed proponiendo únicamente la excepción de nulidad, sin contrademandar para que se declarara la nulidad del convenio y se hicieran las declaraciones e indemnizaciones que de dicha nulidad pretende se declaren por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

8.La prejudicialidad y la segunda tutela.

Estando ambas partes de acuerdo en este tribunal debía conocer y fallar la excepción de nulidad; consciente este tribunal de que corría paralelamente un proceso contencioso administrativo en el que, por la vía de acción, se demandaba la declaratoria de la nulidad del contrato y sus eventuales efectos, puntos para los cuales no habían sido habilitados por las partes los árbitros de este Tribunal (para la declaratoria de nulidad y sus efectos, repite el tribunal) encontró correcta la solicitud de prejudicialidad formulada por el primer apoderado del Hospital Militar al

contestar la demanda en el sentido de que este proceso debía suspenderse hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo declarara si el contrato era válido o nulo, lo cual juzgaba este tribunal no solo era jurídicamente válido, sino que se imponía por la necesidad de evitar posibles sentencias contradictorias, posibilidad abierta por la conducta procesal de las partes frente a los dos procesos como se ha explicado.

No encontró este tribunal en cambio precedente la solicitud de la actual apoderada del Hospital Militar formulada en la primera audiencia de trámite en el sentido de que este tribunal suspendiera inmediatamente su actuación por cuanto este tribunal sí era y es competente para conocer de la demanda propuesta por Centrimed y también de la excepción de nulidad propuesta por el Hospital Militar sin perjuicio de que siendo ambos tribunales competentes para aquello que las dos partes le solicitan en cada proceso, estos se adelantaran paralelamente hasta el momento de decidir si uno era materia prejudicial que debía resolver el otro.

Fue así como este tribunal adelantó el procedimiento hasta el momento en que de acuerdo con la ley debe declararse si existe o no prejudicialidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 171 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, que ordena adelantar el proceso hasta que se encuentre en estado de dictar sentencia y decretará entonces la suspensión del proceso si existe prueba de la existencia del proceso que la determina. Fue así como este tribunal adelantó el período de pruebas, convocó a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y esperó a que llegara la prueba de la existencia del proceso que se adelantaba ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que el Hospital Militar sostenía, contenía solicitudes que demandaban un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa que debía resolverse previamente, de manera que, si el contrato se declaraba nulo, decretara la prosperidad de la excepción de nulidad propuesta ante este tribunal.

Lo que en ese momento pensaba el tribunal quedó consignado en el Acta 21 que el tribunal considera importante reproducir a continuación:

“El día 17 de octubre de 2000 la apoderada de la parte convocada presentó un escrito en el que insistió en su solicitud anterior manifestando que “el asunto objeto de este arbitraje además de las pretensiones de la parte convocante, es la nulidad del convenio propuesta como excepción por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la Sección Tercera, magistrada ponente doctora Myriam Guerrero....”.

El tribunal resolvió negativamente la reposición interpuesta con fundamento en lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 en cuanto señala que “la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y validez del contrato del cual forma parte...”.

En audiencia de fecha 31 de octubre de dos mil (2000) la apoderada de la parte convocada presentó un escrito en el que insistió en su solicitud anterior manifestando que “el asunto objeto de este arbitraje además de las pretensiones de la parte convocante, es la nulidad del convenio propuesta como excepción por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la Sección Tercera, magistrada ponente doctora Myriam Guerrero...”. Por lo anterior solicito comedidamente a los señores árbitros pedir la copia del expediente de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que si es procedente se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 146 del Decreto 1818 de 1998 y se disponga la **suspensión** correspondiente” (negrilla).

El tribunal manifestó mediante Acta 3 de 31 de octubre de 2000, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 146 del Decreto 1818 de 1998 “debe entenderse que a quien corresponde decretar la suspensión es al juez que está conociendo del proceso en lo ordinario una vez que el tribunal al declararse competente compulse las copias correspondientes, es decir, que, en principio, sería al Tribunal Administrativo a quien correspondería suspender el procedimiento que estuviera adelantando a solicitud de este tribunal pues la cláusula de arbitramento es autónoma y, pactada, da facultades al Tribunal de Arbitramento para conocer de la validez del contrato mismo que contiene la cláusula.

Pero inmediatamente, de oficio, procedió este tribunal a solicitar “copia del expediente de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. atendiendo el párrafo inicial del artículo 146 del Decreto 1818 de 1998”.

El tribunal dictó un auto por medio del cual, a continuación de la presentación de los alegatos de conclusión de las partes, se ordenó a la secretaría del tribunal hacer autenticar copias del proceso contencioso administrativo de

nulidad del contrato y solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, copia auténtica de la sentencia que se hubiere proferido o llegare a proferirse.

Sobrevino luego la acción de tutela intentada por el Hospital Militar Central, de cuyos resultados da cuenta el informe secretarial que antecede.

Por todas las anteriores vicisitudes solo hasta este momento procesal ha tenido oportunidad este tribunal de estudiar el contenido de la demanda de nulidad presentada por el Hospital Militar Central el día 22 de junio de 1999 contra Centrimed Ltda., convocante en este proceso arbitral, la cual fue admitida el 8 de julio de 1999 y contestada por Centrimed el 14 de febrero de 2000.

El tribunal observa que la demanda presentada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por el Hospital Militar Central contiene pretensiones para que se declare nulo “en forma absoluta el convenio de asociación para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas...” y que fundamenta tal pretensión en que el contrato se habría celebrado a nombre del Hospital Militar Central con violación a lo dispuesto en la Resolución 156 de 19 de marzo de 1996 que delega la facultad de celebrar contratos con el Director del Hospital Militar Central “exceptuando aquellos en los cuales se comprometan vigencias futuras (hecho 4 de la demanda)...”. Según la demanda la violación consistiría en que el Hospital Militar Central carece de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa a partir del Decreto-Ley 1301 de 22 de junio de 1994 en que fue convertido en una Unidad Prestadora de Servicios de Salud de III y IV nivel de atención, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional (hechos 2 y 3) y en que habiéndose comprometido vigencias futuras en el contrato de asociación el director del hospital no tenía facultad para celebrar el contrato. Observa el tribunal que en la contestación de la demanda Centrimed manifestó que eran ciertos los hechos 2 y 3 de la demanda y, con relación al 3º, atenerse a lo expresado en la Resolución 156 del 19 de marzo de 1996.

Así las cosas debe el tribunal proceder a decidir si corresponde al tribunal administrativo que suspenda el proceso de nulidad por ser este de competencia de este Tribunal de Arbitramento en virtud de la autonomía de la cláusula arbitral.

Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado parece inclinarse a definir que la nulidad de cualquier contrato estatal le corresponde conocerla exclusiva y excluyentemente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tendencia que este tribunal no comparte integralmente por los alcances autónomos que tiene la cláusula arbitral, que le atribuyó la Ley 446 antes citada sin hacer excepción de los contratos estatales, estudiado el expediente del proceso de nulidad contenciosos debe este tribunal reconocer que dicho proceso constituye una prejudicialidad que demandará ordenar la suspensión de este proceso hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo decida definitivamente el que ha sido sometido a consideración de esta.

La anterior conclusión surge de las siguientes razones:

El artículo 115 del Decreto 1818 que define y regula la competencia de los tribunales de arbitramento se expresa de la siguiente manera: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto **de carácter transigible**, difieren su solución a un Tribunal Arbitral...” (negrilla).

De lo anterior se concluye que, independientemente de que un contrato sea estatal, civil o comercial, los tribunales podrán conocer, en virtud de la autonomía de la cláusula arbitral, de la nulidad del contrato en la medida en que dicha nulidad sea materia transigible.

Ahora bien, las nulidades que son susceptibles de transacción son aquellas que la ley permite sanear a las partes.

En materia de contratos estatales las nulidades absolutas no son susceptibles de saneamiento por ratificación; solo las nulidades relativas pueden ser saneadas por voluntad de las partes (L. 80/93, arts. 45 y 46).

Esta doctrina no es nueva. El Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las diferencias entre Concreto S.A. e Invías, ante una solicitud de la parte convocante para que se declarase de oficio la nulidad de la cláusula del contrato, origen de la demanda, manifestó que no era competente para definir tal solicitud por ser la materia intransigible en laudo de fecha 9 de octubre de 2000.

Como la nulidad demandada en el proceso de que conoce el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es de naturaleza absoluta, y por consiguiente no saneable por voluntad de las partes, corresponde a este tribunal decretar la suspensión del proceso con base en lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil numeral 2° por cuanto lo que deba decidir este tribunal en su momento se encuentra supeditado o depende de lo que debe decidirse en el proceso atrás mencionado, habida cuenta de que todo juicio sobre responsabilidad contractual depende de la existencia de un contrato válido, lo cual es precisamente la materia sobre la que se pronunciará la jurisdicción contenciosa.

No entra el tribunal a analizar los argumentos de la parte convocante ni de la parte convocada alrededor del tema de la validez o invalidez del contrato por la elemental razón de que no es competente para resolver dicho problema por tratarse de nulidad absoluta la nulidad controvertida. Queda a la jurisdicción contenciosa administrativa resolver este punto previamente, para luego este tribunal proceder a resolver los temas sobre los cuales es competente.

Para este tribunal es imposible, y el tribunal lo lamenta, decidir ahora, sin que se haya zanjado la controversia sobre la nulidad absoluta del contrato, sobre los perjuicios demandados por el convocante y rechazados por la convocada.

Piénsese solo en el hecho de que todo tribunal arbitral tiene perfectamente delimitada su competencia alrededor de lo que se le demanda. La primera pretensión de la demanda es que se declare que el Hospital Militar ha incumplido con sus obligaciones en el convenio de asociación y la segunda petición sobre perjuicios es consecencial de la primera. Una declaración de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales no podría hacerla el tribunal sin conocer previamente si el contrato es válido por cuanto respecto de un contrato nulo no podría predicarse cumplimiento o incumplimiento de obligaciones bajo tal contrato. En el supuesto de que el contrato llegara a ser considerado nulo otras serían las consecuencias, distintas de la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento bajo el contrato nulo, consecuencias que serían las que ordena el artículo 1946 del Código Civil que establece efectos restitutorios que ninguna de las partes ha solicitado.

En este momento sigue este tribunal pensando lo mismo respecto de la competencia de tribunales arbitrales en relación con su competencia para conocer de demandas que provengan de objeto o causa ilícitos (acción de nulidad). Y ello independientemente de lo que otros tribunales de arbitramento han sostenido sobre el mismo punto y también independientemente de la conveniencia o inconveniencia de que los tribunales arbitrales puedan o no conocer de tales materias y de las tendencias que sobre el punto se manifiestan en doctrinantes y legislaciones foráneas. Lo anterior por motivos de orden constitucional que este tribunal pasa a exponer:

El artículo 116 de la Constitución Nacional que determina la estructura de la rama jurisdiccional establece en su inciso tercero que: “Los particulares pueden ser **investidos transitoriamente de la función de administrar justicia** en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, **según lo determine la ley**” (negrillas del tribunal).

Interpretando esta norma constitucional dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-222 de 17 de junio de 1993:

“El artículo 116 de la Carta Fundamental consagra en su inciso final la figura según la cual los particulares en determinados casos pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Y esos casos son taxativamente enunciados en la norma superior: “En la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad””.

(...).

“El arbitramento, por su parte, es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho, no solo porque siempre se ha considerado como una forma eficaz de dirimir conflictos, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan y para el orden social mismo, en cuyo mantenimiento o restablecimiento colaboran de manera oportuna y objetiva.

El artículo 1° del Decreto 2279 de 1989 **señala las condiciones previas para acceder al arbitramento, dentro de las cuales se encuentra la materia susceptible de transacción.** Por regla general se puede transigir sobre todo

aquello de que se puede disponer...”.

Como puede verse, entre nosotros los tribunales arbitrales son de creación constitucional y se enmarcan dentro de la concepción jurisdiccional del proceso arbitral en la cual los árbitros son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”. El punto pues no solo es cuestión de competencia, sino de jurisdicción. Como lo dice la sentencia de la Corte Constitucional citada, el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989 señala las condiciones previas para acceder a la jurisdicción, a la investidura transitoria de la función de administrar justicia. ¿Cuál es esa condición previa exigida por la misma Constitución como requisito? Que la materia sea transigible. Si la materia no es transigible no hay investidura ni los árbitros pueden tener jurisdicción. Que las nulidades absolutas provenientes de objeto y causa ilícitas no es materia transable y no es de aquellas de las que las partes pueden disponer, porque no son saneables, es un tema que este tribunal no entrará a tratar en este laudo pues la Corte Constitucional, consideró para este caso específico que era al Tribunal Contencioso Administrativo a quien correspondería decidir sobre este punto al fallar lo correspondiente a la acción de nulidad absoluta.

Así pues, habrá que armonizar las dos normas que regulan este punto, ambas de la Ley 446 de 1998. El actual artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 corresponde al artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que modificó al artículo 1° del Decreto 2279 de 1989. Esa norma establece en desarrollo del artículo 116 de la Constitución Nacional analizado atrás que

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto **de carácter transigible**, defieren su solución a un Tribunal Arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral” (este tribunal se remite a subrayar).

Según la norma constitucional atrás citada y la sentencia de la Corte Constitucional transcrita, la investidura de los árbitros depende de que el conflicto que se someta a su consideración sea de carácter transigible. Tal es el desarrollo legal vigente del mencionado artículo constitucional, que recoge como condición previa, en sentir de la sentencia citada, que el litigio sometido a su consideración sea de carácter transigible.

Una vez sometido a los árbitros un conflicto transigible (como el sometido por Centrimed a conocimiento de los árbitros sobre incumplimiento del contrato) tienen investidura los árbitros para conocer del litigio dentro de los límites que señale la cláusula arbitral.

La otra norma que hay que tener en cuenta inmediatamente después de que los árbitros hayan recibido investidura es el de la autonomía de la cláusula arbitral, principio que establece y reglamenta el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 que corresponde al artículo 116 de la Ley 446 de 1998 en cuyo párrafo se dice:

“La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

Entonces, bajo el supuesto de la investidura de los árbitros, que deviene por mandato constitucional de que la materia sometida a su conocimiento sea transigible, según la sentencia citada, vendría luego el principio legal, sometido en todo al principio constitucional, de que siendo el litigio transigible, las partes pueden proponer a la consideración de los árbitros temas como la nulidad del contrato, menos las insaneables, por no ser materias transigibles.

No hay pues oposición entre las dos normas sino que ambas armonizan y tienen su propia jerarquía que privilegia al artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 sobre autonomía de la cláusula arbitral.

En ese orden de ideas, si el Hospital Militar hubiese demandado la nulidad absoluta del contrato por falta de requisitos formales, este tribunal se hubiera declarado impedido no solo por ser incompetente para conocer de una acción de nulidad absoluta de la naturaleza que se ventila en el Tribunal Contencioso Administrativo, sino por carecer de jurisdicción, pues esa nulidad no es transable.

No interesan aquí los argumentos de conveniencia sobre si deberían o no los árbitros tener o no facultades para conocer de esa controversia, como se ha dicho. Por el momento, con nuestra Constitución vigente, los árbitros no

tendrían competencia ni jurisdicción y se necesitaría una reforma constitucional que les permitiera ser investidos transitoriamente para conocer de litigios de materias que no sean susceptibles de saneamiento por las partes, tales como nulidades absolutas por objeto y causa ilícitas.

No desconoce este tribunal que las tendencias de las modernas legislaciones es la de dar tal competencia a los árbitros para tales asuntos, pero no puede el Tribunal basarse en legislaciones y tratadistas extranjeros para realizar lo que la Constitución colombiana no permite, de acuerdo con la doctrina constitucional citada,

Visto lo anterior, queda por saber si los árbitros tienen jurisdicción y competencia para conocer de una nulidad absoluta propuesta no como acción, sino como excepción.

Este tribunal llega a la conclusión, conclusión que habrá de reflejarse en la parte resolutive de este fallo, que propuesta como excepción, la nulidad absoluta del contrato aún proveniente de objeto o causa ilícitas, debe conocerse y fallarse por el tribunal al que le sea presentada contra una demanda que verse sobre materias transigibles, como la demanda entablada por Centrimed contra el Hospital Militar, pues de lo contrario se estaría desconociendo otro principio fundamental de la Constitución, el referente al respeto del debido proceso (C.N., art. 29).

Cómo garantizar el derecho del Hospital Militar a un debido proceso si debiera entrar a fallar sobre la demanda del incumplimiento alegado por Centrimed, si tuviera que vendarse y respecto de la excepción de nulidad del contrato decir que no la oye ni sobre ella pronuncia decisión, máxime cuando se ha determinado por la Corte Constitucional que la acción de nulidad que se adelanta ante lo Contencioso Administrativo no es cuestión prejudicial en este proceso arbitral y que este tribunal debe proceder a decidir sobre las pretensiones para las cuales fue investido por las partes. Hace notar este Tribunal que la Corte Constitucional no ha dicho en la sentencia a que se hará mención más tarde que el Tribunal Arbitral sea incompetente para conocer de la excepción de nulidad, sino que no existe prejudicialidad, y no existiendo prejudicialidad este tribunal debe seguir adelante y resolver las cosas que le fueron sometidas a su consideración, entre ellas, sin ningún género de duda, la excepción de nulidad absoluta propuesta por el Hospital Militar y que Centrimed entiende que sobre ella debe pronunciarse el tribunal, en su concepto, para negarla.

Ante la decisión de este Tribunal Arbitral de suspender el trámite por existir prejudicialidad, hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo resolviera sobre la acción de nulidad absoluta, solicitó Centrimed en acción de tutela que esta decisión se revocase y, en su lugar, se ordenase a este tribunal continuar el trámite, sin esperar lo que pudiera decidir, en punto de nulidad absoluta, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La Corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2003 dio razón a Centrimed y produjo una sentencia a la cual este tribunal dará estricto cumplimiento, a surte resolutive de manera estricta y a la parte motiva en la forma como a su leal saber y entender y de manera razonada, la ha comprendido.

En dicha sentencia ordenó la Corte en su parte resolutive:

“RESUELVE:

- “1. **Tutelar** los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de Centrimed Ltda. En consecuencia, revocar las sentencias proferidas en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Penal y por la Corte Suprema de Justicia— Sala de Casación Penal—.
2. **Ordenar** al Tribunal de Arbitramento de Centrimed Ltda. v. Hospital Militar Central que deje sin efecto su decisión de suspender el trámite arbitral (autos 24 y 26 de 2002) y que continúe con el trámite correspondiente.
3. **Ordenar** al Tribunal de Arbitramento que comuniqué el laudo arbitral a la autoridad contencioso administrativa que tramita la demanda de nulidad absoluta del convenio de asociación suscrito entre el Hospital Militar Central y Centrimed Ltda.
4. Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991”.

Por lo que toca a este Tribunal de Arbitramento, ha dado ya cumplimiento al punto 2º, dejando sin efectos la decisión de suspensión del trámite arbitral por prejudicialidad y ha continuado el trámite. Ordenará, tal como corresponde que se envíe por secretaría al tribunal administrativo que tramita la demanda de nulidad absoluta del convenio este laudo arbitral, con lo cual se daría cumplimiento al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Para entender cabalmente y aplicar la sentencia de tutela irá el tribunal tanto a los antecedentes en que se fundamenta como a las consideraciones del fallo.

A continuación el tribunal reproducirá de la parte motiva del fallo de tutela de la Corte constitucional lo siguiente:

“Caso concreto. En el convenio de asociación suscrito entre el Hospital Militar Central y Centrimed Ltda los contratantes pactaron la cláusula compromisoria, en la cual se acordó que “Las diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de la interpretación, aplicación, ejecución o terminación de este convenio, y que no pudieran resolverse por el Comité de coordinación, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en el Código de Comercio y en el Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con las siguientes reglas: a) el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados uno por cada parte y el tercero por los dos principales. Si estos no se pusieren de acuerdo con la designación del tercer árbitro en un término de ocho (8) días hábiles, cualquiera de las partes podrá solicitar tal designación a la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá; b) su fallo se producirá en derecho; c) El tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliaciones Mercantiles de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá”.

Como se aprecia, la habilitación efectuada por las partes en la cláusula compromisoria inviste de competencia al Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre las diferencias que surjan con ocasión de la interpretación, aplicación, ejecución o terminación del convenio de asociación y que no se resuelvan por el comité de coordinación.

Ahora bien, según se indicó en acápites anteriores, el cumplimiento de función judicial por particulares es un mecanismo admitido por la Constitución y regulado por el estatuto general de contratación de la administración pública, para lo cual se exige el cumplimiento de dos requisitos: uno, el sometimiento de toda actuación de los particulares a los criterios, parámetros y condiciones que fije la Constitución y la ley, y dos, el que sean habilitados por las partes para poder actuar. En concordancia con lo señalado y por disposición del legislador (L. 446, art. 116), la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y la validez del contrato del cual forma parte.

Así entonces, en el presente caso la entidad contratante acude ante la jurisdicción contencioso administrativa en procura de la declaratoria de nulidad del convenio de asociación, para lo cual invoca, como causal, la falta de competencia del director del Hospital Militar Central para celebrar el contrato. Por su parte, el Tribunal de Arbitramento decide suspender el trámite arbitral hasta tanto el juez administrativo resuelva sobre la nulidad absoluta del convenio.

Así ende, al efectuar la ponderación entre las pretensiones de la demanda de nulidad absoluta del contrato que se surte ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la autonomía de la cláusula compromisoria, esta Sala de Revisión deduce que, frente a las circunstancias especiales del caso, es aplicable la línea jurisprudencial de la Corte y que privilegia la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. Como se expresó en su oportunidad, “El legislador ha querido que el compromiso constituya una cláusula independiente en relación con el contrato al que se aplica. Si ello es así, la invalidez del contrato no genera necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria, aun cuando pueden darse casos en los que ello ocurra. Esto significa que la habilitación a los árbitros puede continuar en pie, aun en el caso en el que el contrato sobre el que deben fallar sea nulo. Así, pues, si se desea establecer la nulidad de la cláusula compromisoria habrá de atenderse a las condiciones mismas en que ella fue acordada”.

Ante estas circunstancias, si bien corresponde al juez administrativo determinar si se configura o no la causal de nulidad propuesta por la entidad contratante y si en efecto constituye un vicio insaneable por las partes, ello no obsta para que se garantice el principio de autonomía de la cláusula compromisoria.

Esta determinación se funda en el principio consagrado en el parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 y en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, de tal suerte que el Tribunal de Arbitramento podrá adelantar el trámite arbitral en aquellos asuntos para los cuales ha sido habilitado por las partes, aunque se debata la existencia y validez del contrato ante la autoridad jurisdiccional. Además, no corresponde al juez constitucional resolver de fondo sobre los alcances de la causal de nulidad invocada, es decir en relación con la delegación efectuada en el director de la entidad contratante, pues si así procediera desconocería el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Siendo así, la Sala encuentra que en el presente caso la decisión del Tribunal de Arbitramento de suspender su pronunciamiento hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa decida acerca de la procedencia de la causal de nulidad absoluta del convenio propuesta por el Hospital Militar Central desconoce el principio de autonomía de la cláusula compromisoria al cual se ha hecho referencia, con lo cual se vulnera el derecho a un debido proceso y de acceso a la administración de justicia que asiste a las partes contratantes.

Por consiguiente, se tutelarán los derechos invocados por el accionante, se revocarán las sentencias proferidas en el proceso de la referencia y se ordenará al Tribunal de Arbitramento que deje sin efectos su decisión de suspender el trámite arbitral (autos 24 y 26 de 2002) y que continúe con el trámite correspondiente. Así mismo, se ordenará al Tribunal de Arbitramento que comunique el laudo arbitral a la autoridad Contencioso Administrativo que tramita la demanda de nulidad absoluta del convenio de asociación suscrito entre el Hospital Militar Central y Centrimed Ltda.

Observa el tribunal que dice la Corte Constitucional, al exponer los antecedentes del caso que “el 17 de octubre de 2000, el Hospital Militar invocó el proceso de nulidad absoluta del convenio que se surte ante la jurisdicción contencioso administrativa, para solicitar al Tribunal de Arbitramento la suspensión del trámite arbitral”.

Más adelante señala la Corte Constitucional que:

“El Tribunal de Arbitramento, mediante auto 24 del 27 de febrero de 2002 y con base en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, decidió suspender el pronunciamiento del laudo arbitral, al reconocer que el proceso de nulidad que se surte ante el Tribunal Administrativo” constituye una prejudicialidad que demandará ordenar la suspensión de este proceso hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativa decida definitivamente el que ha sido sometido a consideración de esta”.

Más adelante menciona la Corte Constitucional:

“Aduce el accionante (Centrimed) que el parágrafo del artículo 118 (sic) de la Ley 446 de 1998 dispone que la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte y permite someter al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debate la validez del contrato. Por ende, es competente el Tribunal de Arbitramento para pronunciarse de fondo, aunque el contrato que contiene la cláusula compromisoria sea declarado nulo. Agrega que, en aplicación de los artículos 6º del Código de Procedimiento Civil y 40 de la Ley 153 de 1987. La Ley 446 es de orden público y de obligatorio e inmediato cumplimiento.

Afirma, de otro lado, que la suspensión del proceso por prejudicialidad es improcedente porque las normas procesales colombianas que regulan el trámite arbitral no contemplan la posibilidad de suspender el proceso por tal motivo (D. 1818/98, art. 137). Es más, la suspensión del proceso con fundamento en esta figura, resulta contraria a la naturaleza del proceso arbitral ya que equivale a supeditarlo a la decisión de otras autoridades, **restándole la autonomía que las partes inicialmente acordaron** y que es propia de la cláusula compromisoria (las negrillas son del tribunal).

Ignora este tribunal si Centrimed informó o no a la Corte Constitucional no solo de que el tribunal arbitral había tomado la decisión de declarar la prejudicialidad, sino que ella tenía como fundamento el que la nulidad absoluta del contrato, que había sido propuesta ante este tribunal como excepción de mérito. Sea lo que fuere, este tribunal observa que la Corte Constitucional en ninguna parte, ni en la resolutive ni en la motiva, se refiere a la excepción de nulidad propuesta ante el Tribunal Arbitral. Por ello entiende este tribunal que cuando la Corte Constitucional en la parte motiva de su fallo considera que la decisión sobre la nulidad del contrato corresponde hacerla únicamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo se refiere a la acción de nulidad para que se declare

la nulidad absoluta del contrato y se provea, si es el caso, sobre los efectos de tal declaratoria y no está diciendo que no resuelva sobre la excepción.

Para llegar este tribunal a esa interpretación de la parte motiva de la sentencia de la Corte Constitucional hace las siguientes observaciones:

La nulidad absoluta del contrato fue propuesta por el Hospital Militar de dos maneras:

a) Como acción de nulidad adelantada y propuesta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el día 4 de junio de 1999.

b) Como excepción o defensa ante este tribunal frente a la acción de Centrimed en la que se pretende fundamentalmente que se declare que el Hospital Militar incumplió el contrato denominado por las partes convenio de asociación el 13 de noviembre de 1996 para la prestación de un servicio público de salud mediante el suministro de equipos y otros servicios para la prestación de “Servicios de imágenes diagnósticas”.

Como es sabido la nulidad de los actos jurídicos y de los contratos puede proponerse como acción y, también como excepción. Como acción, para que se declare su ocurrencia y se determine sobre los efectos que deba tener; y, como excepción, para inhibir o enervar las pretensiones que se demanden en contra de una de las partes del mismo contrato. Como acción, para que la nulidad se declare a solicitud de una de las dos partes del contrato que obra, en ese caso, como actor o demandante; como excepción, para que no se decrete ninguno de los extremos que podrían demandarse respecto del mismo contrato contra una de las partes del mismo, quien actúa en ese caso como demandado, es decir, para que no se pronuncien condenas contra él. En el presente caso el Hospital Militar, haciendo caso omiso de la cláusula de arbitramento demandó de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la declaratoria de nulidad del contrato mientras que, Centrimed, ateniéndose a la cláusula de arbitramento, demandó al Hospital Militar, no para que se declarase la validez del contrato sino para que se declarase que el hospital lo había incumplido frente a lo cual el Hospital Militar solicitó no que se declarase por el Tribunal de Arbitramento la nulidad del contrato, sino que habida cuenta de que este era nulo por determinadas razones que alegaba, no podía declararse que el Hospital Militar lo había incumplido, por lo cual el Tribunal Arbitral debía esperar a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidiera sobre la acción de nulidad contra el convenio. Quedó así escindido el punto de la nulidad, la acción de nulidad y sus consecuencias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la excepción de nulidad propuesta ante este tribunal. Debe recordarse que, como se explicó en los antecedentes, el Hospital Militar no propuso una contrademanda para que se declarara la nulidad del convenio, sino que, consecuentemente con la acción que había adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, haciendo caso omiso de la cláusula compromisoria, solo la propuso aquí como excepción o defensa; mientras que, Centrimed al contestar la acción de nulidad, no propuso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la excepción de compromiso, con lo cual fijaron las partes en dicha jurisdicción todo lo referente a la declaración de nulidad y sus efectos.

Tal como lo tiene señalado la doctrina y lo ha determinado reiteradamente la jurisprudencia cuando una persona demanda ante la jurisdicción ordinaria, haciendo caso omiso de la cláusula de arbitramento que exista respecto de ese preciso litigio, y el demandado al notificarse no propone como defensa la excepción previa o de fondo de existir compromiso, fija en el juez o tribunal ordinario o común la competencia de manera definitiva. Ha entendido la doctrina y la jurisprudencia que demandar el demandante haciendo caso omiso de la cláusula de arbitramento y contestarla el demandado sin proponer la excepción de compromiso, implica mutuo desistimiento de la cláusula en todo lo relativo a ese específico proceso. La cláusula puede seguir vigente, por ejemplo para otros casos, si fue genérica, o para otros aspectos, como en efecto sucede en este caso.

La Corte Constitucional debió conocer de esta radical escisión realizada por el comportamiento de las partes frente a estos dos procesos por lo que dice que “corresponde al juez administrativo determinar si se configura o no la causal de nulidad propuesta por la entidad contratante” pero que “ello no obsta para que se garantice el principio de autonomía de la cláusula compromisoria”.

La competencia pues de cada tribunal está delimitada y escindida en punto concreto de nulidad absoluta.

Se confirma esta interpretación que hace el Tribunal Arbitral de la parte motiva del fallo de la Corte Constitucional por lo que añade en el siguiente párrafo cuando dice “el Tribunal de Arbitramento podrá adelantar el trámite arbitral en aquellos asuntos para los cuales ha sido habilitado por las partes, aunque se debata la existencia y validez del contrato ante la autoridad jurisdiccional”. Uno de los puntos para los cuales este tribunal ha sido habilitado sin duda por las partes para conocer y decidir es el de la excepción de nulidad, tal como se ha visto y analizado. Entiende en cambio este tribunal que el sentido del fallo de la Corte Constitucional en su parte motiva es que no está habilitado este tribunal para pronunciarse sobre la acción de nulidad para que se declare la nulidad del contrato y se provea sobre los efectos que tendría tal declaratoria. Para llegar a sus conclusiones este tribunal tiene además en cuenta que en la parte motiva del fallo dijo la Corte que:

“El Tribunal de Arbitramento podrá adelantar el trámite arbitral en aquellos asuntos para los cuales ha sido habilitado por las partes, aunque se debata la existencia y validez del contrato ante la autoridad jurisdiccional” y también había dicho:

“Así ende, al efectuar la ponderación entre las pretensiones de la demanda absoluta del contrato que se surte a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la autonomía de la cláusula compromisoria, esta Sala de Revisión, deduce que, frente a las circunstancias especiales del caso, es aplicable la línea jurisprudencial de la Corte y **que privilegia la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la existencia y validez del contrato** del cual forma parte”, para concluir más adelante, en el renglón siguiente, que si bien corresponde al juez administrativo determinar si se configura o no la causal de nulidad propuesta por la entidad contratante y si en efecto constituye un vicio insaneable por las partes, ello no obsta para que se garantice el principio de autonomía de la cláusula compromisoria”.

De todo lo anterior entiende este tribunal que:

1. No le corresponde decidir si el contrato es válido o es nulo para efecto de declarar su nulidad, pues sobre este punto las partes no lo han investido de facultades para decidir y así lo ha ordenado la Corte Constitucional. A estos dos motivos, cada uno obligantes, se suma el convencimiento de que la nulidad por objeto y causa ilícitos no puede ser propuesto como **pretensión de una demanda arbitral** por los motivos constitucionales analizados atrás.

2. Está obligado a estudiar la validez o nulidad del contrato para efectos de determinar la prosperidad o improsperidad de la excepción de nulidad para la cual fue expresamente habilitado por las partes y constituye uno de los elementos defensivos propuestos por la parte convocada, obligación que deviene para el tribunal de las siguientes tres razones:

2.1. Las partes lo han habilitado para ello dado que el Hospital Militar lo propuso como excepción de mérito contra las pretensiones de Centrimed de haber incurrido el Hospital Militar en incumplimiento del contrato y Centrimed ha afirmado la competencia de este tribunal para conocer y decidir de fondo de todos los temas a el planteado (pretensiones y excepciones), incluso lo referente a la excepción de nulidad.

2.2. Porque entrar a asumir la competencia que para todos los efectos de la acción de nulidad cursa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sería usurparla.

2.3. Porque si este tribunal entrara a decidir sobre las pretensiones de Centrimed relacionadas con supuestos incumplimientos del Hospital Militar, sin decidir la excepción, estaría el tribunal incurriendo en denegación de justicia y violando el derecho de defensa que el artículo 29 de la Constitución Nacional garantiza a todo acusado o demandado sea en materia penal, civil o contencioso administrativa y que comprende, sin ningún género de duda, las excepciones o defensas de mérito que se propongan. La nulidad de un contrato puede proponerse, tal como se ha dicho, por vía de acción o por vía de excepción. Como acción las partes fijaron la competencia a quien jurisdiccionalmente correspondía, es decir, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Como excepción la formuló aquí el Hospital Militar, excepción que en todos sus escritos ha manifestado Centrimed, con toda razón, debe este tribunal entrar a conocer y decidir.

II.La excepción de nulidad

Este tribunal antes de entrar a estudiar si el demandante ha demostrado o no que el hospital incumplió y de conocer

la excepción encaminada a demostrar su propio cumplimiento y oponer en todo caso la llamada excepción de contrato no cumplido; entrará a conocer primero de la excepción de nulidad, pues ontológica y jurídicamente solo puede hablarse de cumplimiento o incumplimiento de un contrato, si este es válido. De un contrato nulo, no puede exigirse cumplimiento, ni puede predicarse jurídicamente hablando, que se haya cumplido o incumplido dado que lo acaecido como consecuencia de un contrato nulo solo son hechos que conoce el derecho para efecto de, en cuanto sea posible, hacerlos retroceder en el tiempo con el fin de dejar a las partes en la misma situación en que se encontraban antes de celebrar el contrato anulado. Para los contratos de ejecución sucesiva la doctrina y la jurisprudencia se han encaminado en el sentido práctico de reconocer que las prestaciones cumplidas hasta ese momento se mantengan. El ejemplo clásico es el contrato de arrendamiento en el que, si el contrato se declara nulo, no se obliga al arrendador a devolver los arrendamientos recibidos por la sencilla y elemental razón de que en compensación no podría el arrendatario devolverle lo ya gozado del inmueble. En este sentido se orienta el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 respecto de contratos estatales de ejecución sucesiva, aspectos sobre los cuales habrá de pronunciarse la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la cual cursa el proceso para que se declare, si es el caso, que el contrato es nulo.

Procederá pues a definir primero si prospera o no la excepción de nulidad propuesta por el Hospital Militar consistente en que el contrato es absolutamente nulo por falta de requisitos formales.

En extenso alegato Centrimed manifestó que el contrato era válido con fundamento en dos planteamientos:

Que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a este caso porque “para la época en que se celebró el convenio de asociación para la prestación del servicio de imágenes diagnósticas entre Centrimed y el Hospital Militar Central, este último se regía por las normas pertinentes en materia de contratación de las empresas sociales del Estado, las cuales se encuentran estipuladas en el artículo 195, numeral 6º de la Ley 100 de 1993 así:

“Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico...”.

(...).

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes provistas en el estatuto general de contratación de la administración pública”.

“Esas normas nos permiten concluir, que para la época de celebración del convenio de asociación para la prestación del servicio de imágenes diagnósticas, el Hospital Militar Central se regía por las normas del derecho privado, y en tal virtud no son pertinentes los argumentos expuestos por la parte convocada para excepcionar la nulidad del convenio”.

Revisada por este tribunal la Ley 100 de 1993 no encuentra razón a lo alegado por Centrimed.

En efecto, la Ley 100 de 1993 no dio autonomía como ente jurídico con capacidad y patrimonio propio al Hospital Militar Central, sino que ordenó que determinadas entidades que entrarían a prestar los servicios de salud de acuerdo con la nueva ley tendrían autonomía jurídica y patrimonio propio y se reglarían por el derecho privado para lo cual, las entidades que en ese momento tenían tales características debían, en lo que fuera necesario, transformarse para que la nueva ley llegara a tener cumplido efecto.

Así lo entiende este tribunal del estudio integral de las normas de la Ley 100 de 1993 y particularmente de los artículos 153 numeral 6º, que ordena la descentralización gradual de las instituciones públicas del orden nacional para que adopten una estructura organizacional de gestión y de decisiones técnicas administrativas y financieras que fortalezcan su operación administrativa y de el artículo 197 que establece un término de seis meses para “la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo”. La Ley 100 no dice que transcurrido ese término quedarán automáticamente transformadas; si el proceso fue más largo y la transformación tomó más tiempo, no por ello el Hospital Militar Central dejó de pertenecer al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y a requerir su director de delegación para contratar de las siguientes normas de la Ley 100 de 1993.

A la misma conclusión llega este Tribunal Arbitral al atender la clara y lógica secuencia de los decretos a los

cuales hace referencia el convenio, como los que reglaban las actividades del Hospital Militar, a saber: “Ley 80 de 1993, los decretos 1301 de 1994, 737, 2331 y 2150 de 1995...” en los cuales se observa y constata la paulatina transformación del Hospital Militar Central de hospital sin personería jurídica ni patrimonio propio vinculada al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que continuaba hasta el momento de la celebración del convenio formando parte de la estructura jurídica de esta última entidad y requería para contratar delegación del representante legal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares. La Ley 100 de 1993 en ninguna parte transforma al Hospital Militar Central en organismo dotado de entidad jurídica y patrimonio propios sino que ordenó a las entidades que en ese momento tenían en el campo de la salud personería y patrimonio propios fueran paulatinamente descentralizándose hasta configurar una red de unidades prestadoras de salud que en adelante tendrían cada una autonomía.

Parte además este tribunal de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos que como los decretos 1301 de 1994, 737, 2331 y 2150 de 1995 tenían vigencia en el momento de la celebración del contrato.

Desecha pues este tribunal la primera argumentación de Centrimed para sostener la validez del convenio.

El segundo argumento de Centrimed fue el siguiente:

“Si en gracia de discusión se llega a la conclusión de que es aplicable la Ley 80 de 1993 tenemos entonces lo siguiente:

En la Ley 80 de 1993, coexisten dos formas de selección de los contratistas del Estado, a saber: la contratación directa y la licitación pública.

La contratación directa, denominada por algunos tratadistas, como Marienhoff, de libre selección, consiste en la escogencia de un contratista para el Estado, sin el cumplimiento de requisitos especiales, y así se consagra en nuestro estatuto contractual cuando se lee el artículo 24, que dice: “Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, salvo en los siguientes casos, en los cuales se podrá contratar directamente:

(...)”.

Dentro de ese contexto, se indican, de manera taxativa, los eventos en los cuales procede este tipo de contratación, y en el literal i) se indica: “i) los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud”.

Para este tribunal es perfectamente claro que el objeto del convenio, prestar el servicio de imágenes diagnósticas, está expresamente excluido del régimen obligatorio de contratación mediante licitación pública y que permite la contratación directa por lo que, encuentra en este punto de recibo lo argumentado por Centrimed.

Pero, del hecho de que no se necesitara de licitación pública para contratar, sino que se podía contratar directamente, no se sigue necesariamente que la contratación se hubiere hecho de manera adecuada respecto de otros puntos relevantes.

En efecto, una entidad como el Hospital Militar Central que no era autónoma en ese momento y que no tenía patrimonio propio sino que formaba parte de la estructura del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares solo podía contratar por delegación que le hiciera en debida forma el representante legal de dicha institución.

Dicho en otras palabras, el Hospital Militar Central solo podía contratar un convenio de asociación como el que es objeto de este litigio mediante delegación.

Al respecto dice la Ley 80 de 1993 en su artículo 12:

“De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o

concursos en los servidores públicos que desempeñan cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.

Como se ve, de acuerdo con la Ley 80 el representante legal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares podía delegar en un director de unidad hospitalaria, como el director del Hospital Militar Central, de manera general o específica la facultad de contratar.

El Hospital Militar aduce que la delegación general que mediante Resolución 156 de 19 de marzo de 1966 del director general del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares excluyó expresamente los contratos en que pudieran comprometerse vigencias futuras del instituto. Centrimed no niega esto, antes bien, lo admite cuando dice en su réplica a la excepción de nulidad en sus alegaciones finales lo siguiente:

“En lo que tiene que ver con la presunta violación de la Resolución 156 de 1996, debemos manifestar que:

Para el análisis de los hechos y las pretensiones solicitadas debe tenerse en cuenta que este convenio suscrito por El Hospital y Centrimed, es un contrato atípico que buscaba ofrecer la oportunidad a El Hospital de obtener una serie de equipos que estaban necesitando, sin la necesidad de realizar una inversión que no estaba en capacidad de hacer.

De otro lado, Centrimed suministraría estos equipos sobre unas bases económicas predeterminadas por las partes, que permitieran asumir el riesgo que se estaba tomando ya que todo el gasto lo estaba realizando esta compañía.

Es importante clarificar este punto, debido a que la atipicidad del contrato y su no regulación expresa por la ley, no permiten una interpretación del mismo dentro de los parámetros con los cuales se interpreta, por ejemplo, un contrato de compraventa.

En el caso que aquí tenemos, el intérprete debe ir a la voluntad de las partes al momento de transformarla en un negocio jurídico para desentrañar los motivos que los llevaron a la realización del convenio.

En palabras de Jaime Alberto Arrubla Paucar, “especial significado adquiere el problema de la causa en los negocios jurídicos atípicos, para poder comprender claramente su significado”.

El significado de este convenio fue claro para las partes al inicio de la relación negocial y no tiene razón de ser que posteriormente, el hospital pretenda buscar la nulidad del mismo, mediante interpretaciones jurídicas falsas y alejadas de la finalidad y motivación insertas al momento de realizarse la negociación.

Este convenio de asociación, parte de una base fundamental que el hospital quiere ahora desconocer: Los ingresos que generen los equipos dispuestos para el objeto del contrato se dividen entre las partes en los porcentajes que se hayan estipulado (negrillas del tribunal).

Aquí no se trata de dividir utilidades y pérdidas, sino de dividir los ingresos generados por los equipos, y por tal razón no es posible hablar del comprometimiento de vigencias futuras, ya que la participación de Centrimed Ltda. dentro de los ingresos producidos por el convenio no son de propiedad del hospital (negrillas del tribunal).

Así lo estimaron las partes al realizar el convenio de manera clara y categórica, cuando en el párrafo de la cláusula undécima expresan:

“El hospital realizará los pagos de lo liquidado por Centrimed sin ningún tipo de retención, **pues tales pagos corresponden al reintegro de la participación causada de los ingresos del convenio** a favor de Centrimed” (las negrillas y subrayas de este párrafo son de Centrimed).

Respecto de lo anterior este tribunal encuentra fundamentados los argumentos de Centrimed en cuanto señalan que las participaciones de las partes en los ingresos del convenio no comprometen vigencias futuras. Pero no puede decirse lo mismo respecto de los costos que se asumen por la entidad estatal contenido en el literal d), para la prestación del servicio y la de pagar impuestos, tasas y contribuciones que como operador del servicio se le impone en el literal j) de la cláusula sobre obligaciones del hospital, sexta del convenio, dado que el mismo se extiende por un término de diez años de acuerdo con lo estipulado en la cláusula décima quinta sobre vigencia del

convenio y que literalmente dice:

“La vigencia del presente convenio será de diez (10) años, a contar de la fecha en que Centrimed haya puesto en funcionamiento los equipos...”.

Para este tribunal resulta evidente que el representante legal del Hospital Militar Central al suscribir el convenio comprometió por estos aspectos partidas indeterminadas que a partir del primer año de vigencia se debían ir cubriendo por nueve anualidades futuras hasta la terminación del convenio.

Pero, aún más, la cláusula décima sexta prevé y compromete una importante suma a cargo de la entidad estatal contratante para pagar, transcurridos los diez años previstos para la vigencia inicial del convenio, consistente en el pago del cinco por ciento (5%) del valor original de los equipos aportados al convenio por Centrimed, para la transferencia de la propiedad de dichos equipos al Hospital Militar”.

Encuentra pues razonados los argumentos con los cuales el Hospital Militar ha presentado su excepción de nulidad absoluta del convenio por falta de requisitos formales puesto que, tal como lo aceptan las partes, el parágrafo del artículo 1º de la Resolución 156 comentada mediante la cual se hacía delegación genérica para contratar al director del Hospital Militar Central por parte del representante legal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares “expresamente exceptuaba los convenios en los cuales se comprometieran (sic) vigencias futuras”. Este tribunal entiende, en la misma forma que lo han hecho las partes, que el compromiso sobre vigencias futuras a que se refiere la resolución hace referencia a que se comprometían **partidas** correspondientes a vigencias futuras.

Por lo anterior habrá de prosperar la excepción y así lo habrá de decir este tribunal en la parte resolutive del laudo pero sin entrar a declarar la nulidad porque las partes no le dieron investidura para hacer tal declaración, pues invistieron para ello, como se ha dicho, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Hubiera debido Centrimed antes de contratar con el director general del Hospital Militar Central revisar el texto de la Resolución 156 de 19 de marzo de 1996 del director del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, que no era para Centrimed oculta ni secreta puesto que se menciona en el encabezamiento del convenio y debió imponerse de que la delegación no comprendía contratos en los que se comprometieran partidas correspondientes a vigencias o anualidades futuras. Si lo hizo, es decir, si se impuso del texto y alcances de la resolución de delegación y no se dio cuenta de que comprometía anualidades futuras incurrió en culpa, o si habiéndose dado cuenta de que comprometía partidas para vigencias futuras, no obstante contrató, lo hizo asumiendo el riesgo de la nulidad del contrato. Si no se impuso y verificó los alcances de la resolución de delegación, incurrió en culpa. Cuando una persona dice obrar en nombre de otra, como apoderado suyo, el tercero que contrata con él puede y debe pedir, si es cuidadoso, se le demuestre o enseñe por el pretendido apoderado los alcances del poder. En efecto, dice el artículo 837 del Código de Comercio:

“El tercero que contrate con el representante podrá, en todo caso, exigir de este que justifique sus poderes, y si la representación previene de un acto escrito, tendrá derecho a que se le entregue una copia auténtica del mismo”.

Si esta precaución se impone en el derecho privado, se impone con mayor razón en el campo de los contratos estatales.

En efecto, en el derecho privado el contrato celebrado por un mandatario sin facultades suficientes hace el contrato inoponible al mandante, pero obliga al mandatario. En los contratos estatales en cambio la insuficiencia de delegación hace incompetente al funcionario que suscribe el contrato. En efecto, si lo que se delega es la competencia, tal como lo dice el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, el funcionario que carece de suficiente delegación carece de competencia y el funcionario que contrata sin competencia no compromete a la entidad estatal. La definición de sus responsabilidades y eventuales justificaciones corresponden a otras autoridades.

Como la resolución de delegación comprendía de manera genérica todos los contratos salvo los que comprometieran vigencias futuras, hay que concluir inexorablemente que quien suscribió el convenio por parte de la entidad estatal lo hizo sin delegación”. Resolución 156 de 1996. Parágrafo: Se exceptúan los contratos que deba suscribir el instituto para dar o recibir bienes inmuebles en calidad de arrendamiento y aquellos en los cuales se comprometían vigencias futuras”.

Por tal razón este tribunal considera que prospera la excepción de nulidad.

Decidida favorablemente al Hospital Militar la excepción de nulidad absoluta del contrato, corresponde a este tribunal determinar si debe dar, además, aplicación al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil inciso tercero, el cual ordena que despachada favorablemente una excepción de nulidad debe proceder a declararla, norma que es en general aplicable a los procesos arbitrales.

La respuesta es negativa para este caso por dos razones fundamentales:

1. Porque las partes no lo habilitaron para ello pues habilitaron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal como expresamente lo dice la Corte Constitucional en el fallo de tutela, para decidir, y declarar la validez o nulidad absoluta del contrato.
2. Porque el artículo 4º de la Constitución Nacional ordena a todo juez o tribunal aplicar de manera preferente las normas constitucionales por encima de cualquier otra legal o reglamentaria. Como este tribunal entiende que fue expresa voluntad de las partes no investirlo de facultades para declarar la nulidad del contrato, cosa que se desprende de su conducta procesal en cada uno de los dos procesos, alinderando los alcances de la investidura de los árbitros en este proceso dentro de la pura excepción, no aplicará el artículo 306 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, pues desbordaría, para este caso, los límites de su investidura contrariando el artículo 4º de la Constitución Nacional que dice:

“ART. 4º—La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales”.

III. Parte resolutive

Por todo lo anterior este tribunal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

1. Declarar fundada la excepción de nulidad absoluta del convenio.
2. Negar consecuentemente todas las pretensiones de la demanda.
3. Abstenerse de condenar en costas por considerar que ambas partes al contratar incurrieron en culpa.
4. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en su fallo de tutela, ordenar que copia íntegra de este laudo sea enviada al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, donde cursa el proceso que por vía de acción de nulidad ha intentado el Hospital Militar Central para que se declare nulo el contrato celebrado con Centrimed para la prestación del servicio de imágenes diagnósticas.

Notifíquese y cúmplase.
