

Tribunal de Arbitramento

ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD (ECOOPSOS) ESS ARS

Y

**FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD - SECRETARÍA DISTRITAL DE
SALUD DE BOGOTÁ -**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Habiéndose surtido válidamente y en su totalidad el trámite del proceso, presentadas y oídas las alegaciones de las partes, y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el Tribunal de Arbitramento dentro del término legal para ello, procede a proferir, en derecho, el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD "ECOOPSOS" ESS ARS** y el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ**, relacionadas con el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado en salud No. 022 de 2004, celebrado entre aquellas entidades.

I. ANTECEDENTES.

1.1. PARTES PROCESALES.

A. PARTE CONVOCANTE: ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD "ECOOPSOS" ESS ARS.

La parte convocante de este trámite arbitral es **ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD "ECOOPSOS" ESS ARS**, (en adelante **LA CONVOCANTE O ECOOPSOS**), entidad cooperativa constituida con arreglo a la ley colombiana, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., reconocida legamente mediante Resolución No. 3108 de fecha 7 de noviembre de 1995, expedida por **DANCOOP**, representada legalmente por **MARÍA**

MAGDALENA FLÓREZ RAMOS, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, obrante a folio 19 del Cuaderno Principal No. 1.

En el presente proceso arbitral la **ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD "ECOOPSOS" ESS ARS** está representada judicialmente por el abogado **ULDARICO SOTO ROJAS**, de acuerdo con el poder visible a folio 18 del Cuaderno Principal No. 1.

B. PARTE CONVOCADA: FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ-

La parte convocada en el presente trámite arbitral es el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** – (en adelante **LA CONVOCADA** o la **SECRETARÍA DE SALUD**), establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creado mediante Acuerdo No. 20 de 1990, representado legalmente por su Director Ejecutivo, doctor **HÉCTOR ZAMBRANO RODRÍGUEZ**, quien a su vez ostenta la calidad de Secretario Distrital de Salud, según nombramiento realizado mediante Decreto 391 del 25 de octubre de 2005, cuya copia obra a folio 39 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** – está representado judicialmente por las abogadas **MARÍA JADILLE OROZCO RODRÍGUEZ** y **ELIZABETH JOSEFINA COTES MÉNDEZ**, de acuerdo con el poder visible a folio 38 del Cuaderno Principal No. 1.

1.2. ACTUACIÓN PRELIMINAR.

1.2.1. Con fecha cuatro (4) de julio de 2007, y con fundamento en el pacto arbitral (cláusula compromisoria) contenido en la cláusula vigésima novena (29ª) del contrato de administración de recursos del régimen subsidiado en salud No. 022 de 2004, suscrito por las partes el día primero (1º) de abril de 2004 (Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 1 a 11), la **ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD "ECOOPSOS" ESS**

ARS, por conducto de su apoderado judicial, presentó una solicitud de convocatoria arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de dirimir las diferencias surgidas entre aquella y el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ**, relacionadas con el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado en salud No. 022 de 2004, celebrado entre estas entidades Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 17).

1.2.2. Con fundamento en la citada solicitud de convocatoria arbitral, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá invitó a las partes a una primera reunión de Designación de Árbitros, para lo cual fijó como fecha el día doce (12) de julio de 2007 (Cuaderno Principal No. 1, folios 21, 24, 26 y 27).

1.2.3. Llegada la fecha y hora de la Reunión de Designación de Árbitros que había sido convocada, tan sólo asistieron a la misma el apoderado judicial de la parte convocante, Dr. **ULDARICO SOTO ROJAS**, y el funcionario del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, **CARLOS HUMBERTO MAYORCA ESCOBAR** (Cuaderno Principal No. 1, folio 22).

1.2.4. Con fundamento en la circunstancia descrita en el numeral anterior, y ante la imposibilidad de realizar la designación de los árbitros de común acuerdo (tal y como lo establecía el pacto arbitral invocado), el Dr. **ULDARICO SOTO ROJAS** solicitó al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá la fijación de una nueva fecha, motivo por el cual se fijó el día veintitrés (23) de julio de 2007.

1.2.5. El día veintitrés (23) de julio de 2007, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá invitó nuevamente a las partes a la reunión de Designación de Árbitros, para lo cual se fijó como fecha el día primero (1) de agosto de 2007(Cuaderno Principal No. 1, folios 32 a 35). En esta última fecha las partes de común acuerdo decidieron nuevamente suspender la reunión, y en su lugar dispusieron que la misma se reanudara el día 3 de septiembre de 2007.

1.2.6. Luego de ser suspendida y reiteradas ocasiones la Reunión de Designación de Árbitros atrás anunciada, y con fecha 26 de noviembre de 2007, el representante legal

de la parte convocada y el apoderado de la convocante radicaron un escrito en la secretaría del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el cual informaron que habían designado a los doctores **HERNANDO HERRERA MERCADO, ANTONIO PABÓN SANTANDER** y **GUSTAVO ADOLFO OSORIO GARCIA** como árbitros del presente Tribunal de Arbitramento.

1.2.7. Habiéndose designado por las partes **CONVOCANTE** y **CONVOCADA** los árbitros que integrarían el Tribunal de Arbitramento, y manifestada por éstos su aceptación a tal nombramiento, el Centro de Arbitraje y Conciliación, mediante comunicación de fecha tres (3) de diciembre de 2007, citó a los mencionados árbitros, a las partes y a sus respectivos apoderados, a la Audiencia de Instalación de que trata el artículo 142 del Decreto 1818 de 1998, para lo cual señaló el día once (11) de diciembre de 2007, a las 3:00 p.m. (Cuaderno Principal No. 1, Folios 52 a 58).

1.2.8. El día once (11) de diciembre de 2007 el Centro de Arbitraje dio inicio a la Audiencia de Instalación, reunión a la que asistieron las siguientes personas: los árbitros **HERNANDO HERRERA MERCADO, ANTONIO PABÓN SANTANDER** y **GUSTAVO ADOLFO OSORIO GARCIA**; el apoderado judicial de **LA CONVOCANTE**, doctor **ULDARICO SOTO ROJAS**; la apoderada judicial de **LA CONVOCADA**, doctora **MARÍA JADILLE OROZCO RODRÍGUEZ**; la doctora **ANDRÉA QUIROGA RODRÍGUEZ**, funcionaria del centro de arbitraje y conciliación; y el doctor **LEONARDO BELTRÁN RICO** quien dentro del curso de la citada diligencia fue designado como secretario.(Cuaderno Principal No. 1, folios 59 a 61).

1.2.9. Encontrándose debidamente integrado el Tribunal de Arbitramento éste adoptó, mediante Auto No. 1 de fecha 11 de diciembre de 2007, y entre otras, las siguientes decisiones:

1.2.9.1. Por encontrar reunidos los requisitos de ley, se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral.

1.2.9.2. Se nombró como secretaria ad – hoc, a la doctora **ANDREA QUIROGA RODRÍGUEZ**.

1.2.9.3. Se designó como secretario del Tribunal Arbitral al doctor **LEONARDO BELTRÁN**, quien encontrándose presente aceptó tal designación.

1.2.9.4. Se fijó como lugar de funcionamiento la sede salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Avenida el Dorado No. 68 D – 35, Piso 3º de esta ciudad, y como lugar de funcionamiento de la Secretaria la Calle 104 No 15 - 20 piso 3º de la misma ciudad.

1.2.9.5. Se reconoció personería a los abogados **ULDARICO SOTO ROJAS** y **MARIA JADILLE OROZCO**, como apoderados de la parte **CONVOCANTE** y **CONVOCADA**, respectivamente, de conformidad con los términos de los poderes a ellos otorgados (Cuaderno Principal No. 1, folios 38 y 18).

1.3. TRÁMITE INICIAL DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.

1.3.1. Mediante el mencionado Auto No.1 de fecha once (11) de diciembre de 2007, el Tribunal de Arbitramento, por encontrar que la demanda reunía la totalidad de los requisitos formales establecidos en la ley y en el reglamento, adoptó las siguientes decisiones:

1.3.1.1. Admitió la solicitud de convocatoria arbitral presentada por **ECOOPSOS ESS ARS**.

1.3.1.2. Como consecuencia de lo anterior, se ordenó correr traslado legal de la mencionada solicitud a la parte convocada, **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** –, por el término de diez (10) días.

1.3.1.3. Se ordenó notificar personalmente la providencia a la parte demandada o a su respectiva apoderada, e igualmente a la representante del Ministerio Público.

1.3.2. La notificación personal de la providencia por medio de la cual se admitió la demanda arbitral, se surtió en los precisos términos del artículo 315 del Código de Procedimiento Civil (Modificado por la Ley 794 de 2003). (Cuaderno Principal No. 1, folio 62)

1.3.7. Surtida la notificación de la providencia por medio de la cual se admitió la demanda, y encontrándose dentro del término de traslado aludido, el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** – contestó la demanda arbitral, con expresa mención de los hechos, aceptando parcialmente algunos y negando otros. Respecto de las pretensiones formuladas por **LA CONVOCANTE**, la parte **CONVOCADA** se opuso manifiestamente a las mismas. (Cuaderno Principal No. 1, folios 64 a 77).

1.3.8. El día primero (1) de febrero de 2008, y en los precisos términos del artículo 108 del CPC, el Tribunal de Arbitramento corrió traslado del escrito de contestación de la demanda, presentado por la entidad convocada. (Cuaderno Principal No. 1, folio 78)

1.3.9. El día catorce (14) de febrero de 2008 el Tribunal de Arbitramento profirió providencia (Auto No. 3), por medio de la cual se dejó constancia de la presentación oportuna de la contestación de la demanda, e igualmente se reconoció personería a las doctoras **MARIA JADILLE OROZCO** y **ELIZABETH JOSEFINA CORTES MÉNDEZ** como apoderadas, principal y suplente respectivamente, de la parte **CONVOCADA**. En el mismo sentido en la mencionada providencia se dispuso la citación para audiencia de conciliación, la cual se celebraría el día veinticinco (25) de febrero de 2008. Esta última audiencia, en la que participaron los apoderados de las partes y la representante del Ministerio Público, doctora **MARÍA LOLITA BARRERA**, de acuerdo con lo dispuesto en el Auto No. 4 de fecha veinticinco (25) de febrero de 2008, fue suspendida, en virtud de la solicitud elevada de común acuerdo por las partes, para que fuese reanudada el día nueve (9) de abril del mismo año (Cuaderno Principal No. 1, folios 85 a 87).

1.3.10. Mediante escrito de fecha 8 de abril de 2008, obrante a folios 92 y 93 del Cuaderno Principal No. 1, los apoderados de las partes solicitaron de común acuerdo al Tribunal de Arbitramento decretar la suspensión del proceso por un término de tres (3) meses. Dicha solicitud fue resuelta favorablemente, tal y como consta en la providencia

de fecha nueve (9) de abril de 2008 (Auto No. 5) (Cuaderno Principal No. 1, folios 94 a 95).

1.3.11. El día veinticinco (25) de septiembre de 2008 el Tribunal de Arbitramento profirió providencia (Auto No. 6), por medio de la cual decretó nuevamente la suspensión del proceso arbitral por un término adicional de tres (3) meses, con base en una nueva solicitud que las partes elevaron mediante memorial de fecha día diecinueve (19) de septiembre de 2008 (Cuaderno Principal No. 1, folios 97 a 98).

1.3.12. El día trece (13) de enero de 2008 el Tribunal de Arbitramento profirió providencia (Auto No. 7), por medio de la cual ordenó la reanudación del proceso arbitral y señaló como fecha para la continuación de la audiencia de conciliación el día veintidós (22) de enero de 2009 (Cuaderno Principal No. 1, folios 110 a 111).

1.3.13. Con fecha veintidós (22) de enero de 2009 el Tribunal de Arbitramento profirió una providencia (Auto No. 8), por medio de la cual decretó nuevamente la suspensión de la audiencia de conciliación que había citado con anterioridad, con fundamento en otra solicitud de suspensión, de la misma fecha, elevada por los apoderados de las partes. Como consecuencia de lo anterior, se fijó como fecha para su continuación el día veintiséis (26) de marzo de 2009 (Cuaderno Principal No. 1, folios 115 a 117).

1.3.14. El día veintiséis (26) de marzo de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación prevista en el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, a la cual asistieron los árbitros **HERNAN HERRERA MERCADO** (presidente), **ANTONIO PABÓN SANTANDER** y **GUSTAVO ADOLFO OSORIO GARCÍA**, en su calidad de secretario el doctor **LEONARDO BELTRÁN RICO**, la doctora **MARÍA LOLITA BARRERA** en calidad de Procuradora, y los apoderados de las partes convocante y convocada **ULDARICO SOTO ROJAS** y **MARÍA JADILLE OROZCO RODRIGUEZ**, respectivamente. Las partes expusieron sus argumentos y dejaron clara su imposibilidad de celebrar un acuerdo en torno a las diferencias que suscitaron el presente trámite, razón por la cual el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 9, declaró fracasada la audiencia aludida y ordenó continuar con el trámite arbitral. (Cuaderno Principal No. 1, folios 119 a 120). En la misma diligencia el Tribunal de Arbitramento invitó a las partes para que definieran los hechos y las pretensiones del proceso, en consecuencia de lo cual el apoderado de **LA**

CONVOCANTE manifestó su intención de modificar y aclarar el contenido de la pretensión quinta (5) de la demanda en el sentido de indicar que el valor adeudado por la convocada era de mil cuatrocientos ochenta y dos millones setecientos sesenta y ocho mil quinientos sesenta y seis pesos (\$1.482.768.566). Por su parte, la apoderada de **LA CONVOCADA** manifestó por un lado atenerse al contenido del escrito de contestación de la demanda y por el otro que la parte convocada pagó a la parte convocante con fundamento en la Resolución 381 del doce (12) de diciembre de 2008 (aportada en 10 folios), la suma de ochocientos treinta y seis millones doscientos treinta y tres mil noventa y tres pesos (\$836.233.093) luego de iniciado el presente trámite arbitral con base en la expedición del Acuerdo 391 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de fecha de publicación diez y siete (17) de julio de 2008. (Cuaderno Principal No. 1, folios 119 a 120).

1.3.15. El mismo día veintiséis (26) de marzo de 2009, el Tribunal de Arbitramento fijó mediante providencia (Auto No. 10), las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, honorarios del secretario, gastos de administración y funcionamiento a favor de la Cámara de Comercio de Bogotá, y protocolización y otros gastos del Tribunal. Dicha providencia fue recurrida por los apoderados de las partes, razón por la cual el Tribunal resolvió suspender la audiencia y fijar como fecha para su continuación el día primero (1) de abril de 2009. (Cuaderno Principal No. 1, folio 123).

1.3.16. El día primero (1) de abril de 2009 el Tribunal de Arbitramento profirió una providencia (Auto No. 12), confirmando en su integridad el Auto No 10 de fecha veintiséis (26) de marzo de 2009, por medio del cual se señalaban los valores por concepto de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal. (Cuaderno Principal No. 1, folios 126 a 129).

1.3.17. Efectuados los pagos de honorarios y gastos, dentro del término legal, el veintiocho (28) de abril de 2009 en desarrollo de la primera audiencia de trámite, el Tribunal de Arbitramento profirió providencia (Auto No. 13), por medio de la cual se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, la totalidad de las diferencias sometidas a su conocimiento, y ordenó seguidamente el depósito de la totalidad de los valores consignados por concepto de gastos de funcionamiento del Tribunal, en la

cuenta y encargo fiduciario que se abriera para el efecto. (Cuaderno Principal No. 1, folios 135 a 146).

1.3.18. Encontrándose ejecutoriada la providencia por medio de la cual el Tribunal se pronunció en torno a su competencia, y en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal de Arbitramento procedió a resolver lo relativo al decreto de las pruebas solicitadas por cada una de las partes, contenidas en los escritos de demanda y de contestación a aquella, para lo cual profirió el Auto No 14 mediante el ordenó la práctica y recepción de las siguientes pruebas: (Cuaderno Principal No. 1, folios 146 a 149):

1.3.18.1. DOCUMENTALES: Se ordenó tener como tal todas aquellas aportadas con la demanda arbitral, enunciadas en el acápite de pruebas de la misma, así como las incorporadas por la parte convocada con el escrito de contestación de la demanda de fecha veinticuatro (24) de enero de 2008, el cual obra a folios 64 a 77 del Cuaderno Principal No 1.

1.3.18.2. TESTIMONIOS: El Tribunal de Arbitramento ordenó igualmente la citación de los señores **CLAUDIA PEÑA TRASLAVIÑA** y **FERNANDO RIVERA GARZÓN**, e igualmente en aplicación del artículo 199 del CPC, la presentación de un informe escrito sobre los hechos del proceso, por parte del señor **HECTOR ZAMBRANO RODRÍGUEZ**, Secretario de Salud de Bogotá y actual representante legal de la entidad convocada.

1.3.18.3. OFICIOS A TERCEROS: El Tribunal de Arbitramento, dando curso a la solicitud de la parte convocante, ordenó que por secretaría se oficiara a la Secretaria de Salud de Bogotá, con el propósito de que dicha entidad remitiera toda la información que reposara en sus archivos relacionada con la ejecución del Contrato No 022 de 2004, especialmente la relacionada con los resultados del ejercicio de depuración de la base de datos, preliquidación y liquidación adelantado por la Universidad Nacional de Colombia, en relación con la vigencia contractual del contrato en mención.

1.4. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO Y ALEGATOS.

1.4.1. El día seis (6) de mayo de 2009, dando cumplimiento a lo ordenado en Auto No 14, el apoderado de la parte **CONVOCADA** presentó por escrito el cuestionario para ser absuelto por el doctor **HECTOR ZAMBRANO RODRÍGUEZ** en su calidad de Secretario de Salud de Bogotá. Ese cuestionario le fue remitido por el Tribunal. (Cuaderno Principal No. 1, folios 155 a 156).

1.4.2. En audiencia del día veinte (20) de mayo de 2009 se practicó la diligencia de testimonios en la cual se recibió la declaración de la señora **CLAUDIA PEÑA TRASLAVIÑA**. (Cuaderno Principal No. 1, folios 165 a 167). En la misma fecha el Tribunal de Arbitramento mediante providencia (Auto No 16) aceptó la solicitud elevada por el apoderado de la parte convocante, relativa al desistimiento de la práctica y recepción del testimonio del señor **FERNANDO RIVERA GARZÓN**. En el mismo sentido, y conforme a la solicitud presentada por los apoderados de las partes, se decretó la suspensión del proceso desde el día veintiuno (21) de mayo de 2009 hasta el día veintidós (22) de junio de 2009, ambas fechas incluidas (Cuaderno Principal No. 1, folios 167 a 168).

1.4.3. El día diez (10) de junio de 2009 mediante comunicación recibida por el Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el doctor **HECTOR ZAMBRANO RODRÍGUEZ**, dio respuesta al Oficio No. 03 – 110509 de fecha once (11) de mayo de 2009, mediante el cual se requirió contestar el cuestionario formulado por la parte convocante.

1.4.4. El día dos (2) de julio de 2009 el Tribunal de Arbitramento mediante Auto No 17 corrió traslado a las partes, en los términos del artículo 109 del CPC, del escrito que contiene la desgrabación del testimonio de la señora **CLAUDIA EUGENIA PEÑA TRASLAVIÑA**, cuya práctica tuvo lugar el día veinte (20) de mayo de 2009. En el mismo sentido, se ordenó tener como pruebas documentales las aportadas por el Secretario de Salud de Bogotá, se dio por concluida la etapa probatoria del presente trámite, y, finalmente, se dispuso como fecha para la celebración de la Audiencia de Alegatos de que trata el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, el día veintidós (22) de julio de 2009 a las 2:00 p.m. (Cuaderno Principal No.1, folio 171 a 172).

1.4.5. En la mencionada Audiencia de Alegatos, el apoderado de la parte convocante procedió a exponer el resumen de sus conclusiones finales en torno a los argumentos de hecho y de derecho obrantes dentro del proceso, haciendo entrega por escrito y en medio magnético de los mismos. De igual forma lo hizo la apoderada de la parte convocada quien también hizo entrega al Tribunal de Arbitramento del resumen escrito de su intervención, y se comprometió a entregar la versión magnética. Los alegatos de conclusión de la representante del Ministerio Público se allegaron por escrito el día 5 de agosto de 2009 (Cuaderno Principal No.1, folio 173 a 174).

1.4.6. El trámite arbitral se desarrolló en catorce (14) audiencias, incluida la de fallo, y a lo largo del mismo la relación jurídica y procesal existente en este caso se adelantó dentro del marco y plazo legalmente establecidos.

En relación con este último particular, esto es, el plazo para proferir el laudo, se ha de mencionar que:

1.4.6.1. Al tenor de lo establecido en el pacto arbitral que dio origen al presente trámite, el cual fue modificado posteriormente por las partes (tal y como aparece a folio 50 del Cuaderno Principal No. 1), el arbitramento pactado por aquellas es institucional, como quiera que el funcionamiento del Tribunal se sujetó a las reglas y normas establecidas sobre la materia en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. No otra cosa se desprende de lo dispuesto en la comunicación aludida, cuya parte pertinente dispone lo siguiente:

“Los árbitros designados deberán acogerse a las tarifas fijadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se entenderá como Tribunal Institucional de conformidad con las reglas establecidas por dicho centro.”

1.4.6.2. Conforme lo tiene establecido el artículo 14 del citado reglamento, la duración del trámite arbitral será la señalada e indicada por las partes, y a falta de dicha estipulación será de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de celebración de la denominada Primera Audiencia de Trámite.

1.4.6.3. La primera audiencia de trámite del presente proceso arbitral se llevó a cabo el día 28 de abril de 2009, con lo cual se tiene que el plazo para proferir el laudo arbitral se extiende hasta el día 27 de octubre del presente año.

1.4.6.4. Con todo, las partes durante el presente proceso han solicitado en reiteradas ocasiones suspender el proceso, razón por la cual al cómputo de días habrá que restar aquellos durante los cuales el proceso estuvo inactivo, como consecuencia de las suspensiones solicitadas por las partes, y aprobadas por el Tribunal.

1.4.7. Dentro del presente proceso arbitral las partes contaron con la totalidad de las garantías procesales para hacer valer sus derechos, por virtud de lo cual corresponde ahora, en uso de las facultades constitucionales, legales y reglamentarias que le han sido atribuidas, decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitramento.

II. CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE.

2.1. LOS HECHOS SEGÚN LA PARTE CONVOCANTE.

El apoderado de la parte convocante, en su solicitud de convocatoria y demanda arbitral, señaló sobre el particular lo siguiente:

2.1.1. Que **ECOOPSOS ESS ARS** suscribió con la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, el día 1 de abril de 2004, el Contrato No. 022 de 2004 para la Administración de Recursos del Régimen Subsidiado en Salud, cuyo objeto fue el aseguramiento de los beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud al régimen subsidiado, identificados mediante listado anexo y que libremente hubiesen seleccionado a la ARS, de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sus Decretos reglamentarios, Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social y demás normatividad que lo adiciona o modifica.

2.1.2. Que **ECOOPSOS ESS ARS** ejecutó debidamente sus obligaciones contractuales y en consecuencia prestó los servicios consagrados en el Plan Obligatorio de Salud de este régimen, a los afiliados que fueron asignados de conformidad con el listado o base de datos entregada por la entidad territorial, al momento de la suscripción del contrato

respectivo y periódicamente de acuerdo a las novedades reportadas por el contratante o el contratista.

2.1.3. Que **ECOOPSOS ESS ARS** debió recibir una unidad de pago por capitación (UPC) por cada afiliado reportado en la base de datos y debidamente carnetizado, según lo establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

2.1.4. Que dentro de las obligaciones a cargo de las Entidades Territoriales se encuentra la de verificar las condiciones de los beneficiarios del Régimen Subsidiado durante la vigencia de los contratos de aseguramiento, mediante la realización entre otros de cruces de bases de datos de otras entidades como la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social.

2.1.5. Que legal y contractualmente la responsabilidad del control de la base de datos es exclusiva del ente territorial y del Ministerio de la Protección Social.

2.1.6. Que la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá ha adelantado algunos procesos eventuales de depuración y retiro de usuarios en el Régimen Subsidiado en la Ciudad de Bogotá, desde abril de 2004, como consecuencia de un cruce de las bases de datos de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá y el Registro Único de Usuarios (RUA) del Ministerio de la Protección Social.

2.1.7. Que la Secretaría de Salud de Bogotá pretende desconocer retroactivamente el pago de gran parte de la población atendida por la ARS, supuestamente por causa de la multifiliación, los fallecimientos, niveles del Sisben y la falta de registro de novedades, cuestiones éstas que a su juicio son solamente imputables al desorden administrativo de la mencionada entidad territorial.

2.2. LOS HECHOS SEGÚN LA PARTE CONVOCADA.

Por su parte la sociedad convocada, **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** –, por conducto de su apoderada judicial, doctora **MARÍA JADILLE OROZCO RODRÍGUEZ**, manifestó en su escrito de

contestación a la demanda aceptar como ciertos algunos hechos, parcialmente ciertos unos y no serlo otros.

Su pronunciamiento en torno al decir del convocante, se resume en los siguientes términos:

2.2.1. Es cierto que las partes celebraron un contrato cuyo objeto es el aseguramiento de los beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud al régimen subsidiado, identificados mediante listado anexo y que libremente hayan seleccionado a la **ARS**, de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993, sus Decretos reglamentarios, Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social y demás normatividad que lo adicione o modifique.

2.2.2. Es cierto que la **ARS** ha cumplido con las obligaciones previstas en el contrato.

2.2.3. Es parcialmente cierto que **ECOOPSOS ESS ARS** debió recibir una unidad de pago por capitación (UPC) por cada afiliado reportado en la base de datos y debidamente carnetizado, ya que la demandante no tuvo en cuenta las novedades que presenta la población durante la ejecución del contrato, las cuales son la base para los reconocimientos económicos que se deben realizar.

2.2.4. Es parcialmente cierto que dentro de las obligaciones a cargo de las Entidades Territoriales se encuentre la de verificar las condiciones de los beneficiarios del Régimen Subsidiado durante la vigencia de los contratos de aseguramiento, mediante la realización entre otros de cruces de bases de datos de otras entidades como la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social, ya que la obligación del contratante es mantener una base de datos actualizada con los cruces que realiza el Ministerio de Protección Social cuando le son debidamente notificados por dicho organismo.

2.2.5. Es cierto que legal y contractualmente la responsabilidad del control de la base de datos es exclusiva del ente territorial y el Ministerio de la Protección Social.

2.2.6. Es cierto que la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá ha adelantado algunos procesos eventuales de depuración y retiro de usuarios en el Régimen Subsidiado en la ciudad de Bogotá, desde abril de 2004, como consecuencia de un cruce de las bases de datos de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá y el Registro Único de Usuarios (RUA) del Ministerio de la Protección Social.

2.2.7. No es cierto que la Secretaria Distrital de Salud realizara la suspensión de afiliados sin llevar a cabo el debido proceso, ya que por el contrario dicha entidad observó el procedimiento establecido en la norma y no realizó suspensión de afiliados por multifiliación con el régimen contributivo.

2.2.9. No es cierto que haya existido una posición intransigente por parte de la Secretaria de Salud de Bogotá, pues simplemente se ha dado un acatamiento al derecho positivo vigente cumpliendo la normatividad y las cláusulas contractuales evitando un doble pago en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.3. LAS PRETENSIONES DEL CONVOCANTE.

Las pretensiones formuladas por la parte convocante, en su solicitud de convocatoria y demanda arbitral (Cuaderno Principal No. 1, folios 2 y 3), y en la aclaración efectuada en la audiencia de conciliación fueron las siguientes:

*“**PRIMERA:** Que se liquide el contrato de Administración de recursos del Régimen Subsidiado en Salud No. 022 de 2004, celebrado, suscrito y ejecutado entre la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS ESS ARS en calidad de **CONTRATISTA** y el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud de Bogotá en calidad de **CONTRATANTE.** ”*

*“**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, se determine que el valor contratado fue de VEINTISÉIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MC/TE (\$26.968'271.881.00). ”*

“TERCERA: *Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, se determine que ECOOPPOSOS ESS ARS ejecutó la suma de VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MC/TE CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$21.348’395.255.25). ”*

“CUARTA: *Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, se determiné (sic) ECOOPSOS ESS ARS recibió como pago por parte de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá únicamente la suma de DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON UN CENTAVO; (\$19.246’735.781.01) .”*

“QUINTA: *Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud de Bogotá adeuda a ECOOPSOS ESS ARS la suma de DOS MIL CIENTO UN MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$2.101’659.474.24), por concepto de capital.”.*

“SEXTA: *Que se determine que como consecuencia de los valores pagados tardíamente y aquellos que aún son adeudados por el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud de Bogotá a ECOOPSOS ESS ARS en virtud de la ejecución del contrato No. 022 de 2004, el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud de Bogotá adeuda a la entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS ESS ARS los intereses moratorios establecidos para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), desde el momento de la exigibilidad de pago hasta cuando fuere satisfecha la obligación o en su defecto la indexación de estos dineros.”*

2.4. LA OPOSICIÓN DE LA CONVOCADA.

Por su parte, la apoderada de la entidad convocada, para desvirtuar y enervar las pretensiones de la demanda, manifestó:

"A LA PRIMERA: Se encuentra cumplida, el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud ya realizó la liquidación del contrato 022 de de (sic) 2004 mediante resolución Numero 0508 de fecha 03 de julio de 2007, la cual fue debidamente notificada."

*"A LA SEGUNDA: se encuentra cumplida, en la liquidación realizada por El Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud se determina en el articulo primero que el valor del contrato fue por la suma de **\$26.968.271.881.**"*

*"A LA TERCERA: NOS OPONEMOS, la liquidación del contrato 022 de 2004 se realizó por la suma de DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS **\$19.390.431.683** valor realmente ejecutado por la ARS luego de aplicar los ajustes económicos necesarios producto de la aplicación de novedades."*

*"A LA CUARTA: Se encuentra cumplida: producto de la liquidación de los contratos se determinó en el articulo primero de la resolución unos valores girados a la ARS en cuantía de **\$19.246.745.784** valor mayor que el solicitado por la demandante."*

"A LA QUINTA: NOS OPONEMOS, producto de la liquidación realizada se tiene una deuda por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud con ECOOPSOS ESS ARS por la suma de CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$143.685.899)."

"A LA SEXTA: NOS OPONEMOS no pueden generarse condenas por intereses moratorios al Fondo Financiero Distrital – Secretaria Distrital de

Salud por cumplimiento de la ley y menos aún la indexación de dichos recursos.”.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.

3.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Síguese del recuento efectuado en los apartes precedentes que la relación procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del C de P.C., motivos que permiten decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocante y convocada.

3.2. LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN DEL TRIBUNAL – LA DELIMITACIÓN EFECTUADA POR LAS PARTES

Las pretensiones de la demanda se encaminan, como ha quedado expuesto en el acápite de antecedentes, a que el Tribunal liquide el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado en salud No 022 de 2004 suscrito por las partes de este proceso y a que como consecuencia de esa liquidación, se reconozcan las prestaciones a que el demandante tenga derecho junto con sus correspondientes intereses moratorios.

Revisados los documentos obrantes en el expediente, y en concreto el escrito presentado conjuntamente por los señores apoderados el pasado 9 de octubre de 2009 (folios 244 a 254 del cuaderno principal), el Tribunal entiende que la controversia ha sido restringida por las partes del proceso a unos puntos específicos. En efecto, simultáneamente con el desarrollo de este trámite, se hicieron abonos y revisiones de las obligaciones reclamadas, los cuales modificaron en buena parte los sustentos de hecho de las pretensiones de la demanda y los argumentos de defensa expuestos por la convocada. Por ello, los señores apoderados después de la audiencia de alegatos de conclusión y después de depurados los múltiples documentos que sustentan este litigio, presentaron el mencionado escrito en el cual fijaron el monto que de toda la

controversia queda en litigio y adicionalmente sustentaron sus posiciones respecto de esas circunstancias.

3.2.1. El saldo en controversia

Reconocen y aceptan los procuradores judiciales de las partes que en el transcurso del proceso y con la expedición del acuerdo 391 de 2008, se efectuó una serie de reconocimientos de los gastos en salud de la población multifiliada que conllevó a que se levantaran glosas e inconsistencias por valor de \$1.060'575.616 quedando en disputa en este proceso, un saldo de \$422'192.950.

3.2.2. Los puntos en disputa y la posición de cada parte respecto de ellos

3.2.2.1. Las inconsistencias en la Registraduría:

El primer punto sobre el cual ha sido imposible el acuerdo de las partes radica sobre aquellos usuarios respecto de los cuales no existía plena correspondencia entre la identificación que de ellos aparecía en las bases de datos de la convocada y aquellas de la Registraduría Nacional.

De todos los registros que presentaron esas inconsistencias, no fue posible encontrar acuerdo en 474 de ellos y las UPCS correspondientes a ese número ascienden a la suma de \$95'271.496.

3.2.2.1.1. La posición de la convocada

La convocada considera, en síntesis, que no puede reconocer las UPCS correspondientes a esa población por las siguientes razones:

- El subsidio de salud en el régimen subsidiado tiene como fundamento las condiciones de pobreza y de vulnerabilidad de la población.
- Esos subsidios se otorgan a la población que ha sido identificada por medio de una encuesta del Sisben.

- Así las cosas, la Entidad Territorial no puede entregar el subsidio a una persona y posteriormente realizar el pago a nombre de otra y por ello al establecer que el número de identificación que aparece en la Registraduría corresponde a otro sujeto, le resulta imposible reconocer las UPCS a persona distinta.
- Considera la convocada que de hacerlo estaría incurso en el riesgo de reconocer un subsidio a población que no cumple con las condiciones de pobreza y vulnerabilidad necesarias para recibirlo.

3.2.2.1.2. La posición de la convocante

A su turno, la parte actora considera que le asiste derecho a esos pagos por las siguientes razones:

- La Entidad Territorial es la encargada de otorgarle a los diferentes usuarios el acceso al beneficio del subsidio de salud y por lo tanto la EPSS es totalmente ajena a la información de los datos incorporados en las bases que le son entregadas.
- ECOOPSOS recibió una base de datos debidamente depurada y actualizada pues ello constituye una obligación de la contratante.
- Por ello y sobre la base de esa información le garantizó el acceso a esos afiliados incurriendo en todos los costos que ello conlleva.
- Por lo anterior, no puede aceptar descuentos fundamentados en inconsistencias de la Registraduría y mucho menos cuando esos descuentos se efectuaron de manera retroactiva dos años después de terminado el contrato.

3.2.2.2 La multifiliación:

Como resultado de un control de advertencia efectuado por parte de la Contraloría de Bogotá, en junio de 2006, la Secretaría de Salud fue informada de que en la revisión de las bases de datos se encontraron inconsistencias relacionadas con multifiliación de usuarios al interior del régimen subsidiado de salud. Resultado de ello es que la Secretaría procedió a efectuar los descuentos correspondientes a esos eventos.

3.2.2.2.1. La posición de la convocada

Para la Secretaría de Salud solamente es posible reconocer el gasto en salud en que se haya incurrido por parte de la EPSS y no las UPCS correspondientes a los usuarios multifiliados. Esa posición la sustenta en los siguientes argumentos:

- Con la expedición del acuerdo 391 de 2008, la convocada reconoció a la EPSS los gastos en salud de la población multifiliada cumpliendo así con su obligación legal.
- Teniendo en cuenta la cláusula de obligaciones de la contratante y las previsiones del decreto 1281 de 2002 y el 050 de 2003, mal haría esa entidad en reconocer las UPCS pues con ello estaría efectuando múltiples pagos o pagos indebidos pues a la entidad territorial le está prohibido UPCS a personas que estén siendo compensadas en el régimen contributivo o que aparezcan multifiliadas en el subsidiado o que pertenezcan a regímenes excepcionados.

3.2.2.2.2. La posición de la convocante

Solicita la actora que se reconozca el pago de las UPCS correspondientes a la población multifiliada por cuanto ella cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales y por los siguientes argumentos:

- La convocada no realizó, durante la ejecución del contrato los cruces de las bases de datos para detectar la multifiliación.

- El control de advertencia de la contraloría no puede llevar a que la convocada "asuma vías de hecho en forma retroactiva" en detrimento del equilibrio contractual que le asiste a la convocante.
- ECOOPSOS soportó ante la Secretaría de Salud los valores cancelados oportunamente a la red de prestadores de servicio de salud por cada usuario.

3.2.2.3. Conclusión: La controversia a resolver

Síguese de lo anterior que las partes han restringido la discusión relativa a la liquidación del contrato, a la suma de dinero y a las diferencias antes mencionadas, razón por la cual procederá el Tribunal a continuación, a resolver esas disputas dentro del marco que ha quedado establecido de común acuerdo por la convocante y la convocada.

3.3. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA RESOLVER EL CASO – LA FACULTAD DE LIQUIDAR EL CONTRATO

Fijado pues el marco de la controversia, corresponde a continuación efectuar un estudio sobre la competencia de este Tribunal, toda vez que, en sus alegaciones finales, la Procuradora Séptima Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que aquel no es competente para resolver el presente litigio en atención a que el contrato fue liquidado unilateralmente por la administración y que por ende, su controversia, es competencia de los Jueces administrativos.

En efecto la Procuraduría en su concepto señaló "(...) *que no le es dable al H. Tribunal entrar a analizar la legalidad del acto de liquidación unilateral, pues se trata de un acto administrativo debidamente motivado que el interesado debe controvertir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*".

A juicio del Tribunal la anterior consideración no es válida por los motivos que se señalan a continuación.

En primer lugar por cuanto no existe prueba en el expediente de que el acto administrativo de liquidación unilateral del convenio que da origen al proceso se encuentre en firme. Muy por el contrario, la apoderada de la parte convocada reconoce en su alegato de conclusión (folio 204 del cuaderno principal) que la EPSS interpuso recurso de reposición contra el acto de liquidación unilateral del contrato.

Pero por otro lado, se debe advertir que en los procesos arbitrales la definición de la competencia se decide en una providencia especial, proferida en virtud de lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del artículo 147 del decreto 1818 de 1998 (artículo 124 de la ley 446 de 1998), en la cual se analiza el alcance del pacto arbitral, la capacidad de las partes y la naturaleza de la controversia sometida a su decisión.

En este proceso, tal como dan cuenta los antecedentes, se profirió esa decisión el 28 de abril de 2009, en la cual el Tribunal se declaró competente. Respecto de esa providencia ni las partes ni la agencia del Ministerio Público presentaron objeción o recurso alguno encontrándose, por lo tanto, en firme.

En relación con la existencia de un acto de liquidación del contrato, recuerda el Tribunal que el Consejo de Estado señaló en sentencia del 4 de julio de 2002, la cual fue reiterada en providencia del 11 de marzo de 2004 (Radicación número: 110010326000200300022 01) lo siguiente:

"...Sin embargo, debe advertirse igualmente, que el acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que ésta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición o contenido diverso o plural, y no exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo usual o más frecuente, que contenga puntos o aspectos producto del acuerdo de las partes contratantes, u otros que expresen la decisión de la Administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del particular contratista, pero, que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino, simplemente, la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer,

asumir o negar una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma en que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares, respecto de las cuales, frente al disenso o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien puede ésta acudir al juez contencioso o al arbitral para que dirima la controversia existente sobre dicho aspecto.

/.../

"Ahora bien, en el acta de liquidación, según lo preceptuado en el inciso tercero de la norma que se comenta, deben constar "los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaron las partes para poner fin a las divergencias presentadas". Por consiguiente, en los eventos en los que la liquidación no puede realizarse por la partes en forma consensual, por existir diferencia entre éstas en cuanto a su contenido, y por ese motivo, la Administración ejerce la prerrogativa estatal que el ordenamiento jurídico le reconoce para liquidar unilateralmente el contrato (artículo 61 de la ley 80 de 1993), no por ese solo hecho o circunstancia, todo el contenido o aspectos que recoja el acto de liquidación tienen la naturaleza de acto administrativo.

"Al respecto, es pertinente advertir, que parte del contenido de ese acto bien puede corresponder a puntos que fueron fruto del consenso entre las partes, o simplemente, que alguna parte o todo el contenido de la liquidación, constituya o refleje la posición y decisión adoptada por la entidad estatal en su condición de parte contratante, respecto del estado de cuentas derivado del contrato objeto de liquidación, la cual, en modo alguno corresponde, y menos necesaria o forzosamente, al uso de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado en ejercicio de función administrativa, como sí lo son por ejemplo, entre otras, las decisiones de la entidad estatal de liquidar unilateralmente el contrato, de declarar el incumplimiento del contratista, o las de terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, o la de declaración de caducidad del contrato, etc., todas las cuales, una vez notificadas, en virtud de la

presunción de legalidad que las ampara son de obligatorio cumplimiento, dada las características de ejecutoriedad y ejecutividad que revisten.

"En otros términos, la determinación de liquidación unilateral del contrato, en cuanto decisión que profiere la Administración en uso de una potestad propia y exclusiva del Estado en ejercicio de función administrativa para poner término al contrato, no posible ni asimilable en las relaciones entre particulares, indiscutiblemente constituye acto administrativo. Pero, no puede predicarse que todos los hechos o declaraciones contenidos en el documento que desarrolla tal decisión, tengan ese mismo carácter.

"Una argumentación o deducción en sentido contrario no resulta lógica ni válida, por las siguientes razones:

"a) Los aspectos que tuvieron origen en el acuerdo de las partes y que se recogen en el acto de liquidación, no por esa sola circunstancia mutan su naturaleza jurídica original (consensual), ni adquieren la condición de decisión unilateral de la administración.

"b) Las decisiones o definiciones que adopte la entidad contratante respecto del reconocimiento o negación de derechos u obligaciones derivados del contrato, que no constituyan o comporten ejercicio de autoridad en desarrollo de función administrativa, sino, que al igual de lo que acontece en las relaciones contractuales entre particulares, simplemente corresponden a la fijación de la posición de aquélla acerca del estado de sus obligaciones y derechos derivados del contrato, en modo alguno tienen el carácter de actos administrativos, por carecer de esa característica esencial que permite, precisamente, tipificar y distinguir el acto administrativo dentro del género de los actos jurídicos del Estado.

/.../

"Por consiguiente, frente al criterio jurisprudencial de la Sala, según el cual, no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de

actos administrativos, en aplicación de ese marco conceptual a la esfera contractual de la administración pública, es necesario hacer la siguiente precisión: no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, aún en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato, porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares, por cuanto, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, comunicaciones, y, en general, las manifestaciones de las partes que se incorporen al acto de liquidación del contrato estatal, no se alteran en cuanto a su naturaleza jurídica por el hecho de ser plasmados en dicho documento...".(se subraya)

Así, para el Consejo de Estado las manifestaciones que haga la entidad contratante respecto de las pretensiones del contratista, aún cuando las mismas consten en el acta de liquidación, no constituyen en sentido técnico un acto administrativo. Precisamente es por esta razón que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han concluido que la existencia de un acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato no priva necesariamente de competencia al tribunal arbitral, pues este puede pronunciarse sobre los aspectos económicos de las reclamaciones del contratista.

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU 174-07 expresó:

"3.1.4. En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales -sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación

de los contratos administrativos-, por otra. Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos.” (se subraya)

Igualmente expresó:

“El hecho que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 haya versado sobre los desacuerdos económicos existentes entre las partes de este contrato y con ocasión del mismo, no sustrae de la competencia del tribunal de arbitramento la resolución de la controversia económica entre las partes...”

Por lo expuesto, para el Tribunal, el acto de liquidación unilateral del contrato no se encuentra comprendido dentro de la limitación a la competencia de los árbitros, prevista por la sentencia C- 1436 de 2000, toda vez que su contenido patrimonial es, por esencia, susceptible de transacción.

Ahora bien, en este caso no se ha solicitado un pronunciamiento del Tribunal sobre la validez de ningún acto administrativo. Las pretensiones de la demanda no contienen solicitud alguna de declaratoria de nulidad del acto de liquidación.

Por otro lado, la cláusula arbitral comprende de manera expresa las diferencias que surjan entre las partes durante la vigencia del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En relación con la pretensión de liquidación, la parte convocada se expresó señalando que dicha liquidación ya se encuentra cumplida¹, pues ésta se efectuó mediante la resolución 0508 del 3 de julio de 2007. No obstante, cabe recordar a este respecto que la mencionada resolución no se encuentra en firme pues frente a ella la parte convocante interpuso el recurso de reposición, el cual a la fecha no se encuentra resuelto.

Sobre una hipótesis similar se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, reiterando no sólo que mientras no se haya resuelto el recurso, el acto no se encuentra en firme, sino que además una vez haya sido admitida la demanda arbitral, pierde competencia la administración para expedir el acto unilateral de liquidación²:

"De conformidad con el artículo 62 del C.C.A., los actos administrativos quedarán en firme

*"1.Cuando contra ellos no procede ningún recurso;
2.Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido;
3.Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos;
4.Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos".*

"Por consiguiente, cuando está en trámite un recurso contra un acto administrativo éste no ha adquirido firmeza; justamente la interposición de uno de los recursos procedentes por la vía gubernativa constituye la oportunidad procesal prevista por la ley para que el mismo funcionario que produjo la decisión recurrida o su superior, según el caso, reestudien la situación y decidan si debe ser confirmada, revocada, modificada o aclarada (art. 50 C.C.A.). Por regla general, el efecto de los recursos es suspensivo (art. 55 C.C.A.) y, por ende, la decisión ni adquiere firmeza ni

¹ Página 64 del cuaderno principal

² Radicación 1417 de 2002

puede ser válidamente ejecutada o cumplida, salvo expresa disposición legal en contrario.

"Así, habiéndose interpuesto un recurso contra un acto administrativo, la administración tiene la capacidad y competencia legales para revisar su propia decisión a fin de tomar una decisión definitiva, la cual, según las circunstancias, los derechos invocados por el recurrente y las pruebas obrantes en el expediente, deberá decidir si confirma la decisión anterior por encontrarla ajustada a la ley o si, por el contrario, debe aclararla, complementarla, modificarla o, en su caso, revocarla.

"Estas mismas reglas y principios se siguen entratándose del acto administrativo por el cual se efectúa la liquidación unilateral de los contratos estatales, pues en su calidad de tal, le son aplicables las reglas generales.

"Por ello, si durante el trámite del recurso contra el acto de liquidación unilateral del contrato, la administración adquiere la convicción de que tiene razón el recurrente y que, por lo mismo, debe revocarlo, así debe proceder en cumplimiento de sus funciones públicas, dando paso a una liquidación por mutuo acuerdo del respectivo contrato, con o sin salvedades, o a la modificación de la liquidación unilateral a fin de reconocer todo aquello en que se haya probado tiene razón el recurrente.

"Sin embargo, en el caso sometido a consideración y análisis de la Sala, como antes se expresó, la Gobernación del departamento del Valle del Cauca había perdido competencia para proferir el acto administrativo unilateral de liquidación del contrato de concesión GM-95-04-017 de 1.995, pues la demanda arbitral había sido admitida varios meses atrás, por lo cual resulta claro, a juicio de la Sala, que se está en presencia de una de las causales de anulación de los actos administrativos, artículo 84 del C.C.A."

A su turno, la Sección Tercera del H. Consejo ha señalado la procedencia de la liquidación arbitral del contrato, siempre y cuando ésta no se hubiera proferido por la administración³:

"d. La liquidación del contrato

"El recurrente afirmó que la liquidación del contrato era una materia vedada al tribunal de arbitramento y que la causal invocada se configuró cuando en el laudo arbitral se liquidó el contrato estatal.

"La liquidación es una operación administrativa que sobreviene a la finalización normal o anormal del contrato, con el propósito de establecer de modo definitivo cuál de las partes contractuales es deudora, cuál acreedora y en qué suma exacta.

"La ley 80 de 1993 establece que los contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y 'los demás que lo requieran', serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes dentro del término fijado en el pliego, en los términos de referencia, en el contrato o, en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato 'o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga' (art. 60). Prevé, igualmente, que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, se hará mediante acto de la Administración contratante (art. 61).

"La liquidación unilateral del contrato debe producirse, en principio, dentro de los dos[2] meses siguientes al vencimiento del término de cuatro previsto para la liquidación conjunta y 'si la administración no efectúa la liquidación unilateral tal como se viene comentando, el contratista deberá acudir ante el órgano jurisdiccional para que se realice la liquidación del contrato por vía judicial,'

³ Radicación número: 11001-23-26-000-2001-0031-01(20472)

"La Sala ha precisado que el vencimiento de los términos previstos para que proceda la liquidación bilateral o unilateral, no excluye la posibilidad de que la liquidación finalmente se concrete por una u otra vía, siempre que no se haya demandado la liquidación judicial mediante el ejercicio de la acción pertinente y se haya producido la notificación del auto admisorio de la demanda o, en el evento de no haberse ejercido la acción, cuando no se haya cumplido el término de caducidad.

"Al respecto se dijo:

"cuando la administración pese a haber dejado vencer el término para liquidar el contrato, lo liquida, la persona afectada podrá impugnar ese acto dentro de los dos años siguientes a aquél en que quedó en firme. Se entiende esto porque la administración no pierde la competencia para liquidar con el vencimiento del término que tiene para hacerlo, a menos que el contratista, con anterioridad, haya instaurado la acción judicial correspondiente',

"De lo anterior se infiere lo siguiente:

"- Los términos previstos en la ley para realizar la liquidación bilateral o unilateral son indicativos y no preclusivos o perentorios.

"- No es requisito esencial de la liquidación judicial, el agotamiento previo de tales plazos puesto que la ley simplemente consagró unas facultades para los co - contratantes y para la Administración, que pueden ser ejercitadas dentro de unos términos o por fuera de ellos, bajo los límites ya señalados.

"- Cuando no se ha realizado la liquidación bilateral o unilateral del contrato es procedente la liquidación judicial, siempre que se pida expresamente en la demanda y ésta se formule dentro del término legal."

Se tiene entonces que, contrario a lo señalado por la representante de la convocada y el Ministerio Público, procede la liquidación arbitral del contrato puesto que el acto proferido por la administración en tal sentido no ha adquirido firmeza, y, de otro lado, dicha liquidación se solicitó expresamente en la demanda.

Para el Tribunal, la solicitud de liquidación judicial del contrato antes de que el acto administrativo encaminado a tal fin haya adquirido firmeza, es perfectamente procedente y priva a la administración de ejercer esa facultad, incluso cuando haya comenzado a ejecutarla como ocurrió en este caso, pues el ejercicio de acción ante el juez del contrato hace que la controversia salga de la esfera de las partes y trascienda a la competencia de ese tercero que por ley, o por delegación, es llamado a resolver las diferencias.

Por ello, y con fundamento en las anteriores consideraciones, no se accederá a la solicitud de declaratoria de falta de competencia propuesta por el Ministerio Público, y procederá el Tribunal al estudio del fondo de la controversia.

3.4. LA NATURALEZA DEL CONTRATO

Estima el Tribunal necesario, para efectos de la definición de las controversias sometidas a su consideración, efectuar inicialmente un breve análisis de la naturaleza del contrato a fin de establecer unos criterios o parámetros que sirvan de fundamento para la resolución de las pretensiones del demandante y de las excepciones propuestas por la convocada.

Se destaca en primer lugar que el contrato ha sido denominado como un contrato para *"la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud con el fin de garantizar el aseguramiento y el acceso a la salud en condiciones de equidad"*.

A su turno, el objeto contractual convenido es el siguiente: *"la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, identificados mediante listado anexo y que libremente hayan seleccionado a esta ARS, con el fin de garantizar a los mismos, la prestación de los servicios de salud contemplados en el*

Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, vigente al momento de la prestación de servicios y de conformidad con la Ley 100 de 1993, sus Decretos Reglamentarios, los acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las determinaciones que adopte el Ministerio de la Protección Social y demás normas que lo adicionen, modifiquen o complementen".

Para desarrollar ese objeto, las partes convinieron un número importante de obligaciones tanto para la entidad contratante, en este caso el Fondo Financiero Distrital de Salud representado por la Secretaría Distrital de Salud, como para el contratista, esto es, la Administradora del Régimen Subsidiado, ARS hoy EPSS.

De esas obligaciones es importante destacar las siguientes:

- Para el Contratante:
 - Garantizar la aplicación del 100% del régimen subsidiado.
 - Evitar el múltiple pago de UPCS por un mismo afiliado o cualquier pago indebido de UPCS.
 - Entregar al Contratista la base de datos de afiliados al régimen subsidiado que hacen parte del contrato, depurada y actualizada.
 - Pagar al contratista en forma anticipada y por bimestres las UPCS correspondientes a los afiliados contratados.
 - Calcular las UPCS resultantes a pagar teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados de cada ARS.
 - Respetar la libertad que tiene el contratista para seleccionar los prestadores con los cuales deban celebrar los contratos de prestación de servicios de salud.

- Para el Contratista
 - Adelantar las acciones necesarias para garantizar el acceso de los afiliados a los servicios de salud.
 - Actualizar los listados o bases de datos de los afiliados según el reporte de novedades y entregarlos a la red prestadora contratada y al contratante.

- Garantizar a los afiliados la agilidad y oportunidad en el acceso efectivo a los servicios.

Se desprende de lo anterior que, en esencia, la ARS, hoy EPSS, se obligaba a garantizar a los usuarios, la prestación de los servicios de salud establecidos en la Ley a cambio de una suma de dinero que le pagaba la Entidad Contratante.

Visto desde otro ángulo, el Estado, por virtud de este tipo de contratos, transfirió a las ARS, a cambio de un precio, una obligación que por disposición Constitucional le es inherente y que consiste en garantizar a sus asociados el acceso a los servicios de salud. De ahí que el contrato mencione en varias de sus cláusulas la expresión "aseguramiento" e incluso llega a emplear el vocablo "reaseguro" (cláusula décima sexta) pues en últimas, lo que las ARS asumieron - en términos de seguros - fue el riesgo a que se encontraba expuesta la Entidad Contratante, de tener que prestar servicios de salud a los afiliados.

No está afirmando el Tribunal que la relación comercial celebrada entre las partes se enmarque exacta y precisamente en las disposiciones contenidas en los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio como para concluir que se trata, *strictu sensu*, de un contrato de seguro. Mal podrían afirmarse que las ARS celebran ese tipo de negocios. Sin embargo, no puede negarse que el esquema utilizado por el Distrito recoge varios de los elementos propios de ese contrato, en especial la transferencia de un riesgo a cambio de un precio.

Así, el hecho de tener que obligarse a prestar servicios de salud a un grupo o población determinados es un hecho futuro e incierto, pues al momento de vincular a los diversos afiliados no se tiene la certeza de que el servicio vaya a tener que prestarse necesariamente ni tampoco en cuantos casos, o en qué eventos etc. Pero lo cierto es que las ARS asumen la obligación de que al requerirse cualquiera de los servicios cubiertos por el POSS los tienen que prestar. No puede entonces negarse que esa incertidumbre futura de tener que asumir un servicio es la que en últimas se transfiere por virtud de contratos como el que se estudia y ello no es nada distinto que un riesgo.

En el otro lado de la relación, la entidad contratante se obligó a su turno a pagar una suma de dinero específica por cada uno de los usuarios afiliados. Y si bien la determinación del monto está establecida en este caso por las autoridades nacionales, punto que podría marcar alguna diferencia con el seguro, su publicidad y forma de cálculo permite a las ARS efectuar los análisis financieros y de costos que sustenten la operatividad del sistema.

Encuentra refuerzo esta conclusión, en la jurisprudencia constitucional, concretamente en la sentencia C-828/01 en la cual la H. Corte Constitucional concluyó:

“La Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Esto significa, la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización.”.

Sobre la base de estas breves premisas, es claro que si bien no estamos ante un contrato de seguro de aquellos regulados por la legislación mercantil, sí subyace en el contrato debatido todo un esquema asegurativo que permitirá, que en lo que se refiere a aquellas disposiciones relacionadas con la materia, el Tribunal pueda aplicar los principios que rigen esa institución, en aquellos casos en que haya vacíos contractuales o legales.

Ahora bien, tampoco puede desconocerse que el contrato contiene obligaciones que son extrañas al seguro especialmente aquellas que se radican en cabeza de la entidad contratante, aquellas relativas a la obligación de invertir en salud todos los recursos y, aquellas relativas al manejo presupuestal. Se encuentran también en cabeza de la EPSS obligaciones que pudieran llamarse puramente administrativas que se apartan de la figura estrictamente asegurativa, que son aquellas que se encaminan a garantizar el flujo de recursos, y a establecer mecanismos que protejan y garanticen a los afiliados la adecuada prestación de los servicios.

Así las cosas, para el Tribunal es también claro que parte de las obligaciones contractuales son aquellas de un prestador de servicios, y por ende en lo que a ellas se

refiere, será menester aplicar los principios que gobiernan ese tipo de relaciones negociales.

En síntesis, para el Tribunal el contrato objeto de esta controversia es un contrato atípico que contiene algunas regulaciones legales específicamente en las normas de la seguridad social pero que reposa para su funcionamiento sobre la base de la institución asegurativa de la mano de unas obligaciones puramente administrativas.

Así las cosas y sobre la base de estas premisas se procederá a continuación a estudiar la controversia surgida entre las partes de este trámite.

3.5. EL VALOR DE LOS CONTRATOS Y SU FORMA DE PAGO.

3.5.1. La razón de ser de las UPCS.-

Los contratos previeron como contraprestación a los servicios prestados por la ARS un pago representado en UPCS. Esta forma de pago tiene su fuente legal en la consagración que de los mismos se ha hecho a partir de la expedición de la Ley 100 de 1.993. La unidad de pago por capitación (UPC) es un valor fijo anual que reciben del Sistema las entidades promotoras de salud, EPS, por la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, a cada uno de los afiliados, que define el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y que, para el Régimen Subsidiado, se denomina UPCS.

Es el mecanismo que la ley implementó para cubrir los costos que cada afiliado genera al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, en forma tal que la ARS recibe una UPCS por cada persona de las que componen la población afiliada a su cargo y con dicho ingreso procede a girar los pagos a cargo de la IPS que se contrató para la prestación del servicio.

Este mecanismo está previsto en los contratos, que a su vez incorporaron las previsiones legales que reglamentaron la unidad de pago por capitación:

a) En los contratos: La forma de pago de los contratos está consagrada en los numerales 7 y 8 de la Cláusula Segunda y en la Cláusula Octava⁴. La Secretaría Distrital de Salud debe pagar al CONTRATISTA en forma anticipada y por bimestres las UPCS correspondientes a los afiliados contratados, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes.

⁴ **SEGUNDA** (...) 7) Pagar a EL CONTRATISTA, en forma anticipada y por bimestres, a través del Fondo Financiero Distrital de Salud, las UPCS correspondientes a los afiliados contratados, dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre, según lo contemplado por el artículo 31 del decreto 050 de 2003, previo cumplimiento y acreditación de las condiciones establecidas en la cláusula octava del presente contrato. Los pagos deberán reflejar la afectación de los recursos o fuentes de financiación establecidas en el presente contrato.

8) Calcular las UPCS resultantes a pagar, teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados de cada EPS-S, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes, de acuerdo con lo contemplado por el artículo 31 del Decreto 50 de 2003.

OCTAVA – FORMA DE PAGO: EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA, las UPCSS correspondientes a sus afiliados resultantes del descuento del porcentaje que para acciones de Promoción y Prevención definió el CNSSS, excepto en la ARS o EPS indígenas CONTRATISTAS a las cuales no se le realizará este descuento, en cumplimiento del artículo 46 de la Ley 715 de 2001, en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre. El cálculo de las UPCS a pagar, se realizará teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados entregada a EL CONTRATISTA, sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes. El primer pago deberá corresponder: 1) Al valor proporcional de las UPCS resultantes, de los afiliados incluidos en el contrato que vienen con carné con vigencia indefinida, y 2) Al valor proporcional de las UPCS resultantes, de los afiliados incluidos en el contrato que vienen con carné con vigencia anual, y de los nuevos afiliados, sin perjuicio del descuento posterior de las UPCS resultantes no causadas, por aquellos afiliados, que vienen con carné con vigencia anual y por aquellos afiliados nuevos, no carnetizados. En todo caso, los afiliados no carnetizados, serán descontados por EL CONTRATANTE desde el primer día de contratación. Los pagos posteriores se sujetarán, al informe de carnetización de los afiliados que vienen con carné con vigencia anual y de los nuevos afiliados, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la iniciación del presente contrato de aseguramiento, y al reporte de Novedades mensuales entregadas por EL CONTRATISTA. PARAGRAFO 1. Cuando se presenten novedades que afecten la sumatoria total del valor de las UPCS resultantes inicialmente contratadas, se harán los ajustes necesarios, para determinar lo efectivamente adeudado a EL CONTRATISTA en relación con las UPCS resultantes; estos ajustes, deberán reflejarse en el valor a pactar en el período pactado inmediatamente siguiente. PARÁGRAFO 2- La forma de pago de los recursos del presente contrato, no queda sujeta a las distintas fuentes de financiación, sino exclusivamente a la disponibilidad de recursos con destino al Régimen Subsidiado del Fondo Financiero Distrital de Salud. PARÁGRAFO 3- En los términos del Artículo 65 de la Ley 383 de 1.997 los recursos de las UPCS-S resultantes, no podrán ser sujetos de la reafuente de ningún orden.

b) En la ley: Al describir las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, el artículo 156 literal f) de la Ley 100 dispuso: "*f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud;* "

La ley 100 de 1.993 introdujo la modalidad de pago a través de las UPC, ⁵:

"ARTICULO 182. De los ingresos de las Entidades Promotoras de Salud. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación, UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riegos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

Además, el contrato incorporó la norma del art. 31 del Decreto 50 de 2003 que señala:

"Artículo 31. OPORTUNIDAD DEL GIRO. La entidad territorial deberá pagar a las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), las UPC correspondientes a sus afiliados en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre. El cálculo de las UPC a pagar, se realizará teniendo en cuenta las bases de datos de

⁵ El artículo 216 No. 7 de la Ley 100 de 2003 señala: Las Entidades Promotoras de Salud que afilien beneficiarios del régimen subsidiado recibirán de los fondos seccionales, distritales y locales de salud, de la cuenta especial de que trata el parágrafo del artículo 214, por cada uno de los afiliados hasta el valor de la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la presente Ley.

afiliados de cada Administradora del Régimen Subsidiado (ARS), sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes.”

c) En la Jurisprudencia: Resulta bien didáctico el pronunciamiento de la Corte Constitucional⁶ sobre la razón de ser y la bondad del mecanismo de pago a través de las UPCS.

“En tercer término, el establecimiento de planes únicos de salud, (el POS en el RC y el POS-S en el RS), financiados con las llamadas UPC en el RC (Unidades de Pago por Capitalización) y las UPC-S en el RS, deberían evitar que la introducción de ciertos mecanismos de competencia, a nivel de la prestación de los servicios de salud, pueda traducirse en una inequitativa segmentación del servicio de la salud. En efecto, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el sistema a sus usuarios, la ley diseñó la Unidad de Pago por Capitalización -UPC- (UPC para el régimen contributivo y UPC-S para el Subsidiado), como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud -POS para el Contributivo y POS-S para el subsidiado-) que ofrece el Sistema. Así, se entiende la UPC como el valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. En virtud de lo anterior, mensualmente cada EPS o ARS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del RC y total o parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el caso del RS.

En cuarto término, este mecanismo de las UPC estimula además, según estas perspectivas, la eficiencia de las EPS y de las ARS, así como la economía en la prestación de los servicios médicos por las IPS, pues sólo podrán subsistir aquellas entidades que logren un manejo competente de los recursos que reciben.”

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional No C1489 del 2 de Noviembre de 2000, Exp. 2872. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

3.5.2. Las UPCS son un pago, no un simple anticipo.-

Ante la queja por parte de la ARS, por el incumplimiento en el pago por parte de la Secretaría Distrital de Salud, ésta última argumenta que lo que establece la normatividad para el giro de los recursos producto de los contratos del Régimen Subsidiado es un mecanismo de giro anticipado de recursos, pero no puede pregonarse que ello sea un pago definitivo por cuanto los valores deben ajustarse conforme y teniendo en cuenta las diferentes novedades que se presenten en la ejecución del contrato, y afirma que así lo disponen todas las normas legales que regulan el tema y que la ARS ha hecho una interpretación errónea de dichas normas.

El Diccionario de la Lengua Española define así el término ANTICIPAR: " *Hacer que ocurra o tenga efecto alguna cosa antes del tiempo regular o señalado (...) Tratándose de dinero , darlo o entregarlo antes del tiempo regular o señalado. (...) y entiende por PAGO la "Entrega de un dinero o especie que se debe"*

El artículo 1626 del Código Civil enseña: "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe". Y el 1627 ib: " *El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes*".

El párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1.993 permite que: "En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato"

La noción de anticipo sugiere la entrega del dinero antes de que la parte deudora haya realizado la contraprestación que amerita el pago. En el mundo comercial es muy frecuente la entrega de anticipos que cumplen un doble objetivo, por una parte, asegurar la realización del contrato, y por la otra, proporcionar al contratista los recursos necesarios para iniciar la ejecución del contrato.

En concepto jurídico No. 7461⁷ de febrero de 2006 de la Contraloría General de la República se analiza la diferencia entre el anticipo y el pago anticipado, que resulta ilustrativo para el caso que nos ocupan:

"El anticipo es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, en otras palabras, es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, bajo estas condiciones se exige que el mismo sea amparado con una garantía consistente en una póliza de seguro correspondiente al 100% de su valor, como también que se amortice durante la ejecución del contrato.

La amortización hace referencia al descuento que debe hacer la entidad estatal de la suma entregada al contratista, es decir que tales dineros no entran a formar parte del patrimonio del particular pues su finalidad es financiar el objeto contractual, por tanto poseen el carácter de dineros públicos.

A diferencia del anticipo, el pago anticipado consiste en un pago parcial que el contratante realiza al contratista, en tal sentido las sumas percibidas ingresan al patrimonio de éste, mientras que los dineros que recibe como anticipo son en calidad de préstamo, quiere ello significar que el anticipo continua siendo de propiedad de la entidad pública y su inversión sólo procede en aspectos propios del objeto contractual.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Estatuto de Contratación Pública, es viable pactar anticipo y pago anticipado, de acuerdo con la especificidad del objeto contractual.

El anticipo se estipula para aquellos contratos que por su naturaleza lo requieren tales como los de obra, toda vez que el contratista para dar

⁷ Tomado de la publicación CONCEPTOS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. CONFECÁMARAS. Boletín 1058

inicio al objeto contractual debe realizar la contratación de la mano de obra y la adquisición de materiales, maquinaria u otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución del contrato.” (subrayas fuera de texto).

Revisando la forma de pago prevista en los contratos en estudio encontramos que corresponde al CONTRATANTE: “Pagar a EL CONTRATISTA en forma anticipada y por bimestres, a través del Fondo Financiero Distrital de Salud, las UPCS correspondientes a los afiliados contratados dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre (...)” (subrayas fuera de texto).

En concepto de este Tribunal la forma de pago estipulada no obedeció a la noción de “anticipo” en los términos expuestos, pues no se trató de un desembolso que se hiciera al inicio de los contratos como una forma de financiación al contratista, sino de una forma de pago ajustable por la necesidad de actualizarla permanentemente, debido a la vocación mutante de las bases de datos. Este ajuste podía hacerse en una doble vía, para aumentar afiliados o para eliminar afiliaciones. Los desembolsos bimestrales constituyeron, pues, un real pago y los ajustes que se hicieron no cambian su vocación para calificarlos como simples anticipos. Es el momento de la liquidación de los contratos, en el cual se harán los cruces definitivos para determinar los saldos a favor o en contra del CONTRATISTA.

Así las cosas, no comparte el Tribunal la tesis de la Convocada cuando pretende justificar los descuentos, por considerar que los pagos efectuados eran anticipos y no pagos definitivos.

3.6. LA RESPONSABILIDAD POR LA GESTIÓN Y LA ACTUALIZACIÓN DE LA BASE DE DATOS

La base de datos de afiliados cumple una función de primer orden para efectos del aseguramiento puesto que es ella el instrumento que permite identificar a la población beneficiaria y, cuando se presenten las circunstancias previstas en las normas aplicables, modificar su situación o excluirlos de dicha base mediante el “reporte de

novedades” correspondiente. En este sentido, la base de datos es también una herramienta que contribuye a realizar una gestión más eficiente de los recursos asignados para la ejecución del contrato.

La organización, mantenimiento y actualización de las bases de datos de afiliados en el Sistema de Seguridad Social en Salud ha sido definida en las normas legales y reglamentarias como una función a cargo de las entidades estatales del orden nacional, que ejercen en concurrencia con las entidades territoriales y con la colaboración de las entidades públicas y privadas que participan de la administración de recursos del sistema.

Así por ejemplo, el artículo 173 de la ley 100 de 1993 dispone que es función del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) reglamentar *“...la recolección, transferencia y difusión de la información en el subsistema al que concurren obligatoriamente todos los integrantes del Sistema de Seguridad Social de Salud independientemente de su naturaleza jurídica sin perjuicio de las normas legales que regulan la reserva y exhibición de los libros de comercio. La inobservancia de este reglamento será sancionada hasta con la revocatoria de las autorizaciones de funcionamiento.”*

Por su parte, el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 (Ley Orgánica de Distribución de Recursos y Competencias) establece como parte de la competencia en salud por parte de la Nación, la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional y definir, diseñar, reglamentar, implantar y administrar el Sistema Integral de Información en Salud, con la participación de las entidades territoriales.

A este respecto, contiene el Decreto Ley 1282/02 dos importantes previsiones. La primera de ellas hace referencia al Sistema Integral de Información del Sector Salud, y dispone que la totalidad de las entidades administradoras de recursos del sector salud hace parte de dicho sistema de información para el control de afiliación, y responderán por su reporte oportuno, confiable y efectivo:

"Artículo 5°. Sistema Integral de Información del Sector Salud. Quienes administren recursos del sector salud, y quienes manejen información sobre la población incluyendo los regímenes especiales o de excepción del Sistema General de Seguridad Social en Salud, harán parte del Sistema Integral de Información del Sector Salud para el control de la afiliación, del estado de salud de la población y de los recursos y responderán por su reporte oportuno, confiable y efectivo de conformidad con las disposiciones legales y los requerimientos del Ministerio de Salud.

"Corresponde al Ministerio de Salud definir las características del Sistema de Información necesarias para el adecuado control y gestión de los recursos del sector salud y a la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con tales definiciones, impartir las instrucciones de carácter particular o general que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

"Cuando el incumplimiento de los deberes de información no imposibilite el giro o pago de los recursos, se debe garantizar su flujo para la financiación de la prestación efectiva de los servicios de salud. En todo caso, procederá la imposición de las sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y las demás acciones de carácter administrativo, disciplinario o fiscal que correspondan."

La segunda norma legal establece la obligación genérica de todas las entidades que manejen información que resulte útil para evitar pagos indebidos con recursos del sector, de suministrar la información y las bases de datos que administren, con la oportunidad que las requieran las autoridades nacionales que tienen a su cargo las funciones de control de la información:

"Artículo 6°. Cruces de bases de datos. La Registraduría Nacional del Estado Civil, las Cámaras de Comercio, las entidades que administren regímenes de excepción de la Ley 100 de 1993, y todas aquellas que manejen información que resulte útil para evitar pagos indebidos con recursos del sector salud, deberán suministrar la información y las bases de datos que

administren, con la oportunidad que las requieran el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud para su procesamiento directo o a través del administrador fiduciario del Fosyga.”

Las reglas previas fueron desarrolladas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 053/03, cuyo artículo 22 establece:

"Artículo 22. Información de afiliados al Régimen Subsidiado. Cada dos (2) meses el Ministerio de Salud, efectuará los cruces de las bases de datos de afiliados del Régimen Subsidiado entre sí, con las bases de datos de afiliados al Régimen Contributivo y a los regímenes especiales. El Ministerio de Salud reportará las inconsistencias a la entidad territorial con el fin de que proceda a efectuar los ajustes correspondientes en las bases de datos de afiliados y de ser necesario, sobre los pagos que deban realizarse a las entidades Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que tienen los municipios, distritos y departamentos de efectuar los cruces de información de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud al interior de cada entidad territorial.

"Una vez efectuados los cruces de las bases de datos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Ministerio de Salud deberá remitir la información actualizada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para efectos del mantenimiento del Registro Unico de Aportantes, RUA.

"Sin perjuicio de la responsabilidad de los entes territoriales y de las Administradoras del Régimen Subsidiado, el Ministerio de Salud adoptará los mecanismos conducentes para evitar el múltiple pago de UPC por un mismo afiliado o cualquier pago indebido de UPC dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, e informará las inconsistencias a la entidad territorial respectiva para que de ninguna manera se reconozca UPC dentro del Régimen Subsidiado sobre personas que estén siendo compensadas en el Régimen Contributivo y/o aparezcan multiafiliadas en el Régimen Subsidiado y/o estén atendidas por regímenes excepcionados." (se destaca).

La norma reglamentaria establece entonces la responsabilidad del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) de realizar los cruces a que haya lugar en las bases de datos de afiliados y de reportar las inconsistencias a la entidad territorial, para que ésta realice los ajustes en sus afiliados y en los pagos que deban realizarse. Reitera además que, sin perjuicio de las responsabilidades de las partes en el contrato de aseguramiento, corresponde al Ministerio adoptar los mecanismos conducentes a evitar pagos indebidos o pagos por personas que están siendo compensadas o atendidas en otro régimen de salud.

Por su parte, la Resolución 890/02 del Ministerio de Salud – vigente al momento de la celebración de contrato - establece la obligación de mantener la base de datos debidamente actualizada por todas las entidades que conforman el sistema:

"ARTÍCULO 3.-Disposición, mantenimiento, soporte y reporte de información. Los obligados a mantener y reportar información deberán mantener una base de datos de afiliados o asegurados, debidamente actualizada con la información generada desde el momento de la afiliación o toma de la póliza de seguro, garantizando su disposición y entrega de conformidad con las especificaciones contenidas en el anexo técnico que hace parte integral de la presente resolución. La base de datos se mantendrá actualizada con la información de cada afiliado o asegurado y, en el caso de su desafiliación o retiro, deberá conservarse durante cinco años.

"Los documentos fuente que soportan la información del afiliado o asegurado deberán mantenerse a disposición de los organismos de dirección, vigilancia y control, del Ministerio de Salud y del Administrador Fiduciario del FOSYGA debidamente clasificados y organizados, sin perjuicio de la obligación que les asiste a las administradoras del régimen subsidiado, ARS, de entregar la información a los departamentos, distritos y municipios, de conformidad con lo estipulado en los respectivos contratos y en los acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y de la observancia de las demás normas sobre la materia."

Las obligaciones de las ARS respecto de la administración de la base de datos, se concretaban en el artículo 4º de dicha resolución de la siguiente manera:

"Las administradoras de régimen subsidiado, ARS, conformarán la base de datos de afiliados con la información entregada por las entidades territoriales y por sus afiliados.

"La consolidación de la información, se hará así:

"• Archivo maestro: Con el objeto de actualizar la base de datos con la información contenida en esta resolución, los departamentos y/o distritos entregarán al Administrador Fiduciario del FOSYGA, por una única vez el archivo maestro de sus afiliados con corte a 31 de julio de 2002, durante los últimos diez días del mes de septiembre de 2002 previo calendario y horarios definidos por el Administrador Fiduciario del FOSYGA.

"Se considera archivo maestro en régimen subsidiado, la información de los afiliados activos o vigentes, con corte a 31 de julio de 2002, independientemente de la fecha de inicio de los contratos entre las entidades territoriales y las ARS.

"• Archivo de novedades: Las administradoras de régimen subsidiado, ARS, entregarán mensualmente al municipio o distrito el archivo de novedades de sus afiliados, dentro de los primeros 10 días calendario del mes. Los municipios remitirán durante los 10 días calendario siguientes los archivos de novedades a los departamentos, los cuales consolidarán y validarán lo correspondiente a su jurisdicción y remitirán el consolidado de novedades dentro de los diez días calendario siguientes, independientemente de la fecha de inicio de los contratos entre las entidades territoriales y las ARS, al Administrador Fiduciario del FOSYGA. El Distrito Capital reportará la información directamente al Administrador Fiduciario del FOSYGA en los términos establecidos.

"Los archivos correspondientes a contratos suscritos por ampliación de cobertura deben contener todos los datos definidos en el anexo técnico de esta resolución para el archivo maestro de afiliados al régimen subsidiado.

"Los archivos correspondientes a contratos suscritos por continuidad en la afiliación, se deben reportar como novedad así como los traslados, retiros y demás variables definidas como novedades para este régimen.

"• Archivo de control de contratos: Los departamentos consolidarán la información de los contratos de los municipios de su jurisdicción y la remitirán al Ministerio de Salud junto con el archivo maestro de afiliados o de novedades según corresponda, de acuerdo con la estructura definida en el anexo técnico de esta resolución. El Distrito Capital reportará esta información directamente al Administrador Fiduciario del FOSYGA.

"Los municipios y distritos conformarán la base de datos del régimen subsidiado con la información básica y las novedades reportadas por las administradoras de régimen subsidiado, ARS.

"Los departamentos y distritos conformarán las bases de datos del régimen subsidiado con la información entregada por los distritos y municipios de su jurisdicción."

Adicionalmente, el artículo 5° de la citada resolución establecía la obligación de realizar cruces de las bases de datos para el control de multiafiliación y con el propósito de evitar cobros o pagos indebidos de UPC.

Dentro de este recuento normativo es también pertinente llamar la atención sobre algunas disposiciones del Acuerdo 244/03 del CNSSS, que establece la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

- El artículo 3° prevé que la identificación de potenciales beneficiarios se realizará mediante la aplicación de la encuesta SISBEN;

- El artículo 9° dispone que es responsabilidad de la entidad territorial la aplicación, implementación, administración y calidad de la información de la encuesta SISBEN y de los listados censales de su competencia, y garantizar que las bases de datos de potenciales beneficiarios y priorizados contengan la información con la estructura técnica establecida por el Ministerio de la Protección Social.
- El artículo 29, relacionado con la múltiple afiliación entre los regímenes contributivo y subsidiado, establece el procedimiento que debe seguir la entidad territorial para excluir al afiliado en esta situación. Dispone así mismo que *"A partir del momento en que se notifique esta orden a las Administradoras del Régimen Subsidiado no se reconocerá Unidad de pago por Capitalización por dichas personas."*
- El artículo 31 establece las reglas para el control de la multifiliación en el régimen contributivo y señala que *"La UPC-S no se pagará a partir de la fecha de notificación."*
- El artículo 32 dispone que cada una de las entidades integrantes del Sistema es responsable de la inobservancia de las reglas previstas en el acuerdo en materia de prevención de la multifiliación, y en particular respecto de la no realización de cruces de bases de datos.

En síntesis, las reglas de carácter general y abstracto antes citadas, que se entendían incorporadas al contrato 022/04 distribuían en diversos niveles las responsabilidades atinentes a la construcción, mantenimiento y actualización de las bases de datos de afiliados, como insumo esencial del contrato. En un primer nivel, las responsabilidades regulatorias, de control y de coordinación están asignadas, como es de rigor, al Gobierno Nacional en su condición de ente rector del Sistema. En una segunda instancia, corresponde a las entidades territoriales la aplicación, implementación y actualización de la encuesta SISBEN, como instrumento de identificación de beneficiarios, así como la garantía de la calidad e idoneidad técnica de la información. Por último, corresponde a las ARS (hoy EPS-S) la realización de cruces de bases de datos con cargo a su propia información y la que le sea suministrada por las demás entidades.

También procede la observación de que las reglas del Decreto 053/03 y el Acuerdo 244/03 no contienen una regla explícita en el sentido en que los ajustes en el pago de las UPC que resulten de los cruces de información o multifiliación deban tener efecto

solamente *pro futuro*. Sin embargo, la mera aproximación semántica al texto de estas disposiciones ofrece ya indicios sobre su alcance. Por una parte, habla el decreto 053/03 de los ajustes en los pagos que deban realizarse, y es por tanto legítimo inferir que el uso del subjuntivo sugiere el tiempo futuro. Por otra parte, los artículos 29 y 31 del acuerdo 244/03 hacen alusión a la imposibilidad de hacer pagos de las UPC a partir la fecha de la notificación de la multifiliación.

A la luz de las anteriores reglas e inferencias, corresponde al Tribunal a analizar cuáles fueron las obligaciones específicas asumidas por cada una de las partes de este debate en el contrato 022/04 respecto del mantenimiento y actualización de la base de datos de afiliados, y posteriormente, en consonancia con el acervo probatorio, si es posible asignar responsabilidad a alguna de las partes por una omisión en sus deberes legales o contractuales en esta materia.

Respecto de las responsabilidades relativas al mantenimiento y actualización de la base de datos de afiliados, contiene el contrato 022/2004 las siguientes previsiones:

En la cláusula segunda (obligaciones del contratante):

"6) Entregar a EL CONTRATISTA la base de datos de afiliados del régimen subsidiado que hacen parte del presente contrato, depurada y actualizada, en cumplimiento de los requerimientos del sistema de información definido por las resoluciones 890 y 1375 de 2002 y las demás normas que adicionen, modifiquen, reglamenten, aclaren o complementen. Constituir, depurar y actualizar las bases de datos de afiliados al régimen subsidiado, de conformidad con los requerimientos del Sistema de Información definidos por las Resoluciones 890 de 2002, 1375 de 2002 y las demás normas que adicionen, modifiquen, reglamenten, aclaren o complementen."

En la cláusula tercera (obligaciones de la ARS):

1) Disponer de un sistema de información que permita obtener datos separados con relación al número de personas afiliadas con su correspondiente documento de identidad, de conformidad con lo

establecido en las Resoluciones 890 y 1375 de 2002 y demás normas que las adicionen, modifiquen, aclaren o complementen.

- 2) Carnetizar los nuevos afiliados, o a los que tienen carné con vigencia anual, dentro de los 30 días calendario siguientes a la suscripción del presente contrato, en cumplimiento de lo descrito por el inciso 4° del Artículo 4° del Acuerdo 225 del CNSSS, o la norma que lo aclare o modifique aplicable al presente contrato.*
- 3) Entregar dentro de los tres (3) días siguientes a la suscripción del presente contrato de aseguramiento, a la red prestadora de servicios, los listados o bases de datos correspondientes, identificando en ellos los afiliados con continuidad, los afiliados que vienen con carné de vigencia anual y los nuevos afiliados.*

/.../

- 5) Entregar mensualmente a EL CONTRATANTE, el archivo de novedades de los afiliados contratados dentro de los diez (10) días calendario del mes, y el informe de ejecución de las actividades de promoción y prevención que le correspondan, de conformidad con la reglamentación aplicable para estos efectos.*
- 6) Actualizar los listados o bases de datos de afiliados, según su reporte de novedades, y entregarlos a la red prestadora contratada y a EL CONTRATANTE, dentro de los cinco (5) primeros días del mes correspondiente.*

Y finalmente, en la cláusula cuarta (relativa a responsabilidades conjuntas):

- 1) Constituir, depurar y actualizar las bases de datos de afiliados al régimen subsidiado de conformidad con los requerimientos del sistema de información definidos por el Ministerio de la Protección Social.*
- 2) Tener un sistema de información que permita obtener datos separados por el municipio y el departamento en relación con el número de población afiliada para este contrato, con su correspondiente identificación.*

No contienen pues las reglas contractuales un nivel de responsabilidades en esta materia que sea superior al previsto en las disposiciones generales previamente revisadas, y por tanto la responsabilidad de las partes deberá verificarse a la luz de las normas legales y del debate procesal.

Sostiene a este respecto el convocante en el escrito de la demanda:

"1.8 La Administradora del Régimen Subsidiado ECOOPSOS ESS ARS ejecutó debidamente sus obligaciones contractuales y en consecuencia la prestación de los servicios consagrados en el Plan Obligatorio de Salud de este régimen a los afiliados que fueron asignados de conformidad con el listado o base de datos entregada por la entidad territorial al momento de la suscripción del contrato respectivo y periódicamente de acuerdo a las novedades reportadas por el contratante o el contratista.

"1.10. Dentro de las obligaciones a cargo de las Entidades Territoriales se encuentra la de verificar las condiciones de los beneficiarios del Régimen Subsidiado durante la vigencia de los contratos de aseguramiento, mediante la realización entre otros de cruces de bases de datos de otras entidades como la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social.

"1.11 Legal y contractualmente, la responsabilidad del control de la base de datos es exclusiva del Ente Territorial y el Ministerio de la Protección Social.

"1.12 La Secretaria Distrital de Salud de Bogotá ha adelantado algunos procesos eventuales de depuración y retiro de usuarios en el Régimen Subsidiado en la Ciudad de Bogotá, desde abril de 2004 como consecuencia de un cruce de las bases de datos de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá y el Registro Único de Usuarios (RUA) del Ministerio de la Protección Social.

"De acuerdo con dicho cruce de base de datos, se encontró que un gran número de afiliados al Régimen Subsidiado, en algún momento desde el mes de abril de 2004 y hasta mayo del 2006, contaban con afiliación al Régimen Contributivo o debían contar con esta afiliación por vinculación con otros actores del sistema. Lo anterior generó que la Secretaria Distrital de Salud ordenara irregularmente su "suspensión en la base de datos de manera retroactiva", a partir de los primeros días de la iniciación del contrato de aseguramiento.

"1.14 De conformidad con el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las entidades territoriales deben observar un procedimiento legal en los casos que se detecten múltiples afiliaciones en el régimen subsidiado como en el régimen contributivo, o entre ellos.

"1.15 La Secretaria Distrital de Salud decidió efectuar la suspensión de las afiliaciones que presenten duplicidad de acuerdo con el cruce de base de datos de esa entidad territorial y el Registro único de Usuarios (RUA) del Ministerio de la Protección Social, que en criterio de ellos no cumplen con los requisitos establecidos en la normatividad para permanecer el Régimen Subsidiado, sin observar de su parte el debido proceso frente a los usuarios como a las ARS según lo contemplado en el Acuerdo 244 de 2003."

Las anteriores afirmaciones del convocante se enderezan a probar que la responsabilidad por el control y gestión de la base de datos de los afiliados que son los potenciales beneficiarios de los subsidios no se encuentra en su cabeza. Señala enfáticamente el contratista que esta responsabilidad compete legal y contractualmente a la entidad territorial y al Ministerio de la Protección Social.

A continuación, el demandante se detiene en uno de los elementos que conforman el debate central del presente proceso, cual es el resultado del cruce de las bases de datos realizado por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, y el efecto que la entidad contratante asignó a dicho cruce. Para el convocante, la Secretaría ordenó la suspensión de la base de datos de manera retroactiva de un grupo importante de afiliados sin seguir el procedimiento previsto en las normas para tal fin.

Una consecuencia de primer orden que emerge de dicha "suspensión retroactiva", consiste, como se ha dicho a lo largo de este tribunal, en que la Secretaría realizó un descuento o retención del monto equivalente a la UPCS del grupo de afiliados suspendidos. Este descuento se aplicó en el período correspondiente al último pago bimestral y es el que da origen al presente proceso.

Respecto de la afirmación contenida en el punto 1.8 del escrito de la demanda, la posición de la convocada fue clara al señalar que se trata de un hecho cierto (folio 65 del cuaderno principal), agregando que el contratista cumplió con las obligaciones previstas en el contrato. La parte demandada admite también de manera parcial las afirmaciones fácticas 10 y 13 del convocante, y de manera total las afirmaciones 11, 12 y 14, relacionadas todas ellas con las responsabilidades en la gestión de la base de datos. La convocada negó la afirmación 15, diciendo que la Secretaría Distrital de Salud realizó el procedimiento de suspensión de los beneficiarios teniendo en cuenta las normas aplicables.

Surge del contraste de los hechos afirmados y aceptados que para ambas partes es claro que la responsabilidad por la gestión de la base de datos estaba en cabeza de la entidad convocada, en forma compartida con el Ministerio de la Protección Social.

3.7. LA PROCEDENCIA DE LOS AJUSTES.

Visto como está que en varias cláusulas del contrato en estudio se prevén expresamente los ajustes por novedades -y ello es lógico ya que durante su ejecución se presentan ajustes por que las bases de datos tienen el carácter de mutable-, se pasa ahora analizar cuáles de esos ajustes resultaban previsibles.

Indagando el concepto de "novedad" para el régimen contributivo, que es aplicable al subsidiado con los cambios pertinentes, tenemos que "novedad", es todo hecho que afecte el monto de las cotizaciones de los aportantes o de las obligaciones económicas que éstos tienen frente al sistema. Estas pueden ser permanentes o transitorias.

Las “novedades transitorias” son las que afectan temporalmente el monto de las obligaciones económicas a cargo del aportante, tales como incapacidades, suspensiones del contrato de trabajo y variaciones no permanentes del ingreso base de la cotización.

Las “novedades permanentes” son las que afectan el valor base a cargo del aportante en relación con una determinada entidad administradora, tales como ingreso al sistema, cambio de empleador o retiro, traslado de entidad administradora y cambio permanente de ingreso base de cotización, cambio de condición de independiente a dependiente o viceversa.⁸

Según lo visto en varias cláusulas de los contratos en estudio, se prevén expresamente los ajustes por novedades, y ello es lógico ya que durante su ejecución se presentan ajustes. Ellos pueden provenir de la información producto de los cruces de bases de datos de la entidad territorial con otros actores del Sistema, o de las mismas novedades reportadas periódicamente por la ARS.

Al respecto el numeral 8º de la Cláusula Segunda, al referirse al cálculo de las UPCS resultantes a pagar por parte de la Secretaría, advierte: *“sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes”*, repitiendo a la letra el artículo 31 del Decreto 50 de 2003. Obligación correlativa tiene la misma ARS que se obliga a entregar mensualmente al CONTRATANTE el archivo de Novedades de los afiliados contratados dentro de los 10 días calendarios del mes (numeral 5 de la Cláusula tercera) y a actualizar los listados o bases de datos de afiliados, según su reporte de novedades, y entregarlos a la red prestadora contratada y a EL CONTRATANTE dentro de los primeros 5 días del mes (numeral 6 de la Cláusula tercera). Igualmente la Cláusula Octava al describir la forma de pago también consagra que el cálculo de las UPCS se hará teniendo en cuenta las bases de datos entregadas “sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes”. Por su parte el Parágrafo 1 de la misma cláusula dispone: *“1. Cuando se presenten novedades que afecten la sumatoria total del valor de las UPCS resultantes inicialmente contratadas, se harán los ajustes necesarios, para determinar lo efectivamente adeudado a EL CONTRATISTA en relación con las UPCS resultantes; estos ajustes, deberán reflejarse en el valor a girar en el período pactado inmediatamente siguiente.”* (Subrayado fuera de texto).

⁸ Decreto 396/96, Art. 3º.

Se destaca de lo anterior, que los ajustes obedecen a unos precisos eventos regulados en el contrato y adicionalmente que ellos proceden únicamente en el periodo inmediatamente siguiente.

Este es pues, el marco conceptual en el cual se encuadran los denominados ajustes, su oportunidad, sus causas y su razonabilidad.

3.8. LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Del análisis de la controversia surge que en el mes de agosto de 2006 la entidad contratante realizó un cruce de bases de datos con el RUA (Registro único de aportantes), en la que se consolidan los datos de los aportantes del sistema de pensiones, riesgos profesionales y salud. Producto de ese cruce de datos, la Secretaría de Salud decidió excluir de pago y suspender a los afiliados del régimen subsidiado que aparecían con afiliación a pensiones y riesgos profesionales, de igual forma excluyó y suspendió el servicio de salud a aquellos afiliados sobre los que tenía duda respecto a su documento de identidad. Lo anterior, según los hechos de la demandante, desconoció las disposiciones del contrato teniendo en cuenta que la contratante debía entregar una base de datos depurada y actualizada, ya que se produjo un descuento retroactivo del valor que había girado a la EPS por concepto de sus servicios prestados, sin que legal ni contractualmente estuviera permitido.

Punto éste al que la Secretaría se opuso indicando con respecto al cruce de base de datos realizado en ese momento, que una vez obtenido este cruce se evidenció que algunos afiliados al Régimen Subsidiado se encontraban afiliados en los mismos períodos al régimen contributivo, por lo que no era posible realizar un doble reconocimiento por un mismo servicio. Igualmente sostuvo la Secretaria de Salud, que los registros correspondientes a los afiliados sobre los cuales se realizaría el descuento de las UPC-S descontadas, tenían inconsistencias frente a la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, concluyendo la entidad, que estos registros no cumplían con las condiciones para su aseguramiento.

Visto lo anterior, pasa a precisar el Tribunal como puntos relevantes de la controversia los siguientes:

a. De las manifestaciones de las partes huelga decir que el contrato celebrado entre ellas se desarrolló normalmente hasta que irrumpió el ajuste efectuado por la Secretaría en el mes de agosto de 2006. Sin embargo, es de mérito precisar que la conducta contractual que genera la disputa se derivó de la actuación de la Convocada, toda vez que durante el curso del presente trámite arbitral no existió, ni como manifestación, ni como excepción, ni como argumento de defensa, afirmación por parte de la Secretaría en la cual se le haya imputado incumplimiento a la EPS. Antes por el contrario, la misma demandada en su contestación de la demanda, acreditó este hecho de la siguiente forma: *"Es cierto, la ARS ha cumplido con las obligaciones previstas en el contrato"*⁹. Lo anterior resulta más relevante aún si se tiene en cuenta la referida naturaleza del presente contrato, que como se ha dicho tiene fuertes nexos con la institución asegurativa.

b. De conformidad con lo expuesto precedentemente en el capítulo general, es evidente que la Secretaría debía concretar la población que iba a ser objeto de aseguramiento. Lo anterior lo corrobora el hecho de que uno de los ANEXOS DEL CONTRATO¹⁰ celebrado entre las partes daba cuenta de la base de datos donde se identificaba la población objeto de aseguramiento. Por consiguiente, la información originaria de donde se desprendió la afiliación de los usuarios para la EPSS tuvo como única fuente y responsable las bases de datos suministradas por la Convocada.

c. Asimismo, como se vio, para el Tribunal el contrato determinaba la posibilidad de ajustes, que por definición debían obedecer a las razones obvias de los cambios (nacimientos, fallecimientos, cambios de domicilio, afiliaciones a otros regímenes, etc.), es decir, ligadas al aludido concepto de novedades; más sin embargo, el descuento realizado en agosto de 2006 se produjo por una circunstancia en todo distinta, como ya se manifestó, surgido del cruce que la entidad contratante realizó con de las bases iniciales del contrato con el RUA (Registro Único de Aportantes) en ese momento. Para el Tribunal entonces, lo que aconteció no fue la posibilidad de

⁹ Cuaderno Principal No. 1, folio 65.

¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1.

ajustes prevista en el contrato, es decir, novedades que se venían haciendo mensualmente, sino que definitivamente constituyó una situación excepcional que implicó descuentos que se retrotrajeron al inicio del contrato.

e. De igual forma, al contrario de lo dicho por la Secretaria Distrital de Salud, los pagos efectuados no pueden reputarse como anticipos sino como pagos definitivos. Precisamente la Cláusula Octava del contrato establece la forma de pago y en ella se indica que se pagarán las UPCS correspondientes a sus afiliados, en forma anticipada por bimestre dentro de los 10 días siguientes al inicio de cada bimestre y afirmando que el cálculo de la UPC tendrá en cuenta las bases de datos entregadas al contratista haciendo los ajustes necesarios por concepto de novedades. Como se aprecia lo que se circunscribe a una forma de pago que no obedece a un "anticipo", pues no se trató de un desembolso que se hiciera al inicio de los contratos como una forma de financiación al contratista, sino de una forma de pago ajustable por la necesidad de actualizarla permanentemente, debido a la vocación mutante de las bases de datos y a la finalidad asegurativa, esto es, de disponibilidad de prestación permanente de un servicio.

De lo anterior se puede concluir que como la población fue afiliada con fundamento en la base de datos suministrada para tal efecto por parte de la Secretaría, tal y como ella misma lo reconoce¹¹, y siendo que la ARS tomó como información dicha base, según la Convocante lo afirmó en sus hechos sin que la demandada lo contradijera¹², cumpliendo al respecto sus obligaciones de aseguramiento, como no se desvirtuó, si sobre dichos usuarios se presentaron circunstancias impeditivas de su sostenibilidad en el Régimen Subsidiado presentes al inicio contractual, la única responsable de estas circunstancias es la misma Convocada, por lo que resultaba consecuencial el correspondiente pago de la prestación.

3.9. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

¹¹ Cuaderno Principal No. 1, folio 65: "ES cierto una de las obligaciones de la Contratante es la entrega de la base de datos de afiliados del Régimen de Subsidiado depurada y actualizada...".

¹² Cuaderno Principal No. 1, folio 4: "... los afiliados fueron asignados de conformidad con el listado o base de datos entregada por la entidad territorial al momento de la suscripción del contrato...".

Las pretensiones formuladas por el actor se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1ª. Que se liquide el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado 022/04;

2ª. Que como consecuencia de la liquidación se determine que el valor contratado fue de \$26.968'271.881,00;

3ª. Que el valor ejecutado por el convocante fue de \$21.348.395.235,25;

4ª. Que como consecuencia de la liquidación se determine que ECOOPSOS recibió como parte de pago la suma de \$19.246'735.781,01;

5ª. Que como consecuencia de la liquidación, la Secretaría adeuda a ECOOPSOS la suma de \$2.101.659.474,24 por concepto de capital, suma que en el curso del proceso, la parte convocante redujo a \$1.482.768.566 y posteriormente a \$422.192.950,00.

6ª. Que se condene al Distrito Capital al pago de intereses moratorios, a la tasa prevista para los impuestos administrados por la DIAN, desde la fecha en que cada suma se hizo exigible hasta cuando se satisfaga la obligación.

Procede el Tribunal a analizar cada una de las pretensiones de la siguiente manera:

Primera. En cuanto a la liquidación del contrato.

El Tribunal reitera en este punto lo analizado en el acápite en que efectuó el estudio de su competencia, sin que sea necesario reproducir nuevamente esos argumentos, para concluir que la liquidación solicitada es procedente.

Segunda. En cuanto al valor efectivamente contratado.

No existe controversia sobre este punto pues esta es la misma cifra reconocida por la apoderada de la parte convocada en el escrito de contestación de la demanda.

Tercera. En cuanto al valor ejecutado.

Se trata en este caso de un asunto sobre el cual versa la controversia central del proceso. Sostiene la parte convocante que la suma efectivamente ejecutada al amparo del contrato fue de \$21.348.395.235,25. Por su parte, la convocada reconoció en este aspecto un valor inicial de \$19.390.431.683,00, señalando además que dicho valor surge de la aplicación de las novedades.

Posteriormente, en el documento presentado conjuntamente por las partes al Tribunal (folio 242 y siguientes) señalan respecto del ajuste de las sumas efectivamente ejecutadas:

"En el transcurso del proceso las partes han identificado aspectos susceptibles de corrección y ajustes, así mismo con la expedición del Acuerdo 391 de 2008 se generó un proceso de reconocimientos de los gastos en salud de la población multiafiliada, ello ha conllevado a que se levanten glosas e inconsistencias en los diferentes ítems por valor de \$ 1.060.575.616 quedando un saldo de \$422.192.950. los cuales se encuentra representados conforme a los ítems mencionados así: (...)"

Resulta de lo anterior que las partes realizaron un proceso de depuración de las sumas materia de controversia que redujo el monto en disputa a la suma final de \$422.192.950,00. Sin embargo destaca el Tribunal que ninguna de las partes allegó al expediente prueba del valor total ejecutado por la convocante, limitándose aquellas – como ya se dijo – a precisar el valor en disputa, por lo cual ante la ausencia de elementos probatorios que den certeza del valor total ejecutado, se negará la prosperidad de la pretensión tercera de la demanda.

Cuarta. En cuanto a la suma recibida por ECOOPSOS

La apoderada del Fondo Financiero Distrital de Salud afirmó que su representada pagó en realidad la suma \$19.246.745.784,00, cantidad que era ligeramente superior a la afirmada por el convocante.

Posteriormente, mediante resoluciones 1381 de 2008 y 381 de 2009, la convocada pagó las siguientes sumas:

- a) 17 de diciembre de 2008: \$836.233.093,00.
- b) 02 de julio de 2009: \$224.342.523,00

En consecuencia, las partes reconocieron en documento conjunto presentado ante el Tribunal (folio 243) haber pagado y recibido la suma adicional de \$1.060.575.616,00 con posterioridad a la presentación de la demanda, y aceptaron la existencia de un saldo por la suma de \$422.192.950,00 que no pudo ser conciliado a pesar de los esfuerzos realizados por ellas.

Ocurre con esta pretensión lo mismo que con la tercera, antes estudiada, y es que no existe prueba del valor exactamente recibido por la convocante. Se limitaron las partes simplemente a reconocer que hubo unos pagos, y que quedó un valor en disputa, al cual se reduce, en últimas la controversia sobre la liquidación.

En esos términos no habiendo prueba del monto preciso de los pagos, no se accederá a la pretensión cuarta de la demanda.

Quinta. En cuanto a la suma adeudada por concepto de capital

En cuanto a esta pretensión, sostuvo inicialmente la convocada en la contestación de la demanda que el valor adeudado era exclusivamente la suma de \$143.685.899,00.

En la audiencia de fijación de hechos y pretensiones del proceso, la convocante modificó esta pretensión y la estableció en la suma de \$1.482.768.566,00, según su propia afirmación, como resultado del cruce de bases de datos e inclusión de novedades. No obstante, el convocante mantuvo el resto de las pretensiones sin

variación, en la medida en que estimaba que la imputación de los pagos era objeto de debate en el proceso y, por ende, de decisión del Tribunal.

Posteriormente, como ya se ha señalado, con fundamento en el documento conjunto presentado por las partes, el saldo en discusión se redujo a la suma de \$422.192.950,00.

El Tribunal, de conformidad con las consideraciones jurídicas expuestas en acápites precedentes de este laudo, considera que la convocante tiene derecho al reconocimiento de esa suma, por cuanto su descuento fue injustificado y, por ende, habrá de acceder a la prosperidad de la pretensión quinta de la demanda, en los términos que más adelante se precisan.

Sexta. En cuanto a la condena al pago de intereses de mora

Respecto de los intereses de mora, sostiene la convocada en su defensa que no puede condenarse al Fondo Financiero Distrital de Salud a intereses de mora por cumplimiento de la ley.

En el análisis jurídico y fáctico de este punto proceden las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Decreto Ley 1281 de 2002, aplicable a los contratos aseguramiento en el régimen subsidiado, dispone:

"Artículo 4°. Intereses moratorios. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."

A su turno, el artículo 32 del Decreto reglamentario 50 de 2003 reitera:

"Artículo 32. Intereses moratorios. La entidad territorial que no gire los recursos en los plazos establecidos, siempre y cuando haya recibido los

recursos que la financian por parte de la Nación, deberá reconocer de acuerdo con lo establecido en el Decreto-ley 1281 de 2002, intereses de mora a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

"..."

Por último, el contrato cuya ejecución se revisa en este laudo prevé en su cláusula décima:

"DECIMA.- INTERESES MORATORIOS. EL CONTRATANTE deberá reconocer, a favor de EL CONTRATISTA intereses de mora a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, cuando no gire los recursos en los plazos establecidos en el presente contrato, de acuerdo con lo establecido en el Decreto-ley 1281 de 2002, el artículo 32 del Decreto 050 de 2003 y demás normas que los adicionen, modifiquen, aclaren, reglamenten o complementen. Estos intereses, deberán pagarse con cargo a los recursos propios de la entidad territorial de libre destinación, sin perjuicio de las acciones de repetición a que hubiere lugar."

En la medida en que el contrato no prevé ninguna condición especial que deba verificarse para el pago de interés moratorio, habrá de estarse a las reglas propias del derecho de los contratos y los hechos acreditados en el proceso.

En cuanto a las reglas del derecho de los contratos es menester mencionar que de conformidad con las disposiciones aplicables del Código Civil colombiano el deudor se encuentra en mora por el simple incumplimiento de la obligación dentro del término estipulado, cuando se trata de obligaciones que no requieren reconvención (art. 1608) y que sólo la fuerza mayor y el caso fortuito se consideran circunstancias eximentes de responsabilidad en esta materia (art. 1617).

Por otra parte, ha sostenido la Sala de Casación Civil¹³ que la mora consiste en el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación, una vez se ha surtido la reconvencción, para aquellas obligaciones que no son de plazo cierto. Pero también ha indicado la Corte que una condición de la exigibilidad de las obligaciones es que exista certeza sobre su monto, lo que equivale a decir, que se trate de una suma líquida y que esta se encuentre en firme:

"Por sabido se tiene que los contratos han de ser ejecutados de buena fe y son, tal cual lo dispone el artículo 1602 del Código Civil una ley para las partes, esto es que su voluntad las vincula entre sí a tal grado que solo pueden liberarse de las obligaciones surgidas del contrato mediante la "prestación de lo que se debe", es decir, por la solución o pago efectivo, según las voces del artículo 1626 del mismo Código.

"1.1.- Acorde con tales postulados, el artículo 1546 de ese estatuto autoriza al contratante cumplido, en los contratos sinalagmáticos, a impetrar la resolución o el cumplimiento del mismo por el contratante incumplido, y en ambos casos con la indemnización de perjuicios correspondiente, norma que guarda estrecha relación con lo preceptuado por el artículo 1608 del Código Civil, en cuyos tres numerales el legislador definió cuando se encuentra en mora el deudor.

La mora del deudor no puede en ningún caso confundirse con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, como quiera que aquella, como lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación, consiste en "el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél" (Casación 19 de julio de 1936, G.J. T. XLIV, pág. 65), en tanto que el incumplimiento es la inejecución de la obligación debida, ya sea ésta positiva (dare, facere) o negativa (non facere).

1.2.- Significa entonces lo anterior que exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se predica de las

¹³ Magistrado Ponente: Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA. julio diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995) Referencia: Expediente No.4540.

obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, ya porque nunca han estado sujetas a una cualquiera de estas modalidades, ora porque éstas ya se realizaron y, por ello el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aún acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituír en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, sólo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento éste a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil, o reclamarse el pago de la cláusula penal, que entonces se torna exigible de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil.

1.3.- Como se ve por lo expuesto, si una de las partes contratantes incumple con sus obligaciones, el acreedor, por el solo hecho de este incumplimiento no puede reclamar el pago de los perjuicios que le hubieren sido causados con él, pues para ello se requiere constituír en mora al deudor.

1.3.1.- Sin embargo, en manera alguna puede aseverarse que el acreedor se encuentre entonces impedido para exigir el cumplimiento de la prestación que se le debe, pues este derecho surge de la exigibilidad de la obligación pactada en el contrato y no de la existencia de la mora, que son, sin duda, fuentes diferentes. Porque desde aquel momento pueden los contratantes reclamar el cumplimiento de la obligación contractual cuya certeza jurídica resulta indiscutible, o bien en caso de falta de certeza jurídica sobre su existencia o sobre alguno de sus elementos, pueden los contratantes solicitar previamente la declaración de su existencia jurídica y su posterior cumplimiento, o simplemente solicitar este último bajo la condición implícita de que se establezca dicha certeza.

1.3.2.- En ese orden de ideas, resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto éste sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que "la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida" (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)." (Subrayas fuera del original).

En este orden de ideas, cuando la suma adeudada carece de liquidez o de certeza, no puede predicarse mora del retardo del deudor.

La pertinencia de la anterior disquisición jurisprudencial para los efectos del presente proceso emerge de la circunstancia, evidente en el acervo probatorio, de que si bien en un principio el convocante afirmó con certeza que la suma debida por la demandada era igual a la diferencia que surgía entre el pago efectivamente realizado y el monto al que tenía derecho por las UPCS del bimestre anticipado correspondiente a agosto-septiembre de 2006, en momentos procesales posteriores el mismo convocante reconoció que dicha suma se encontraba pendiente de liquidación o precisión.

Así por ejemplo, en el escrito de solicitud de suspensión recibido el 9 de abril de 2008, (folios 92 y 93) las partes manifestaron encontrarse trabajando "en la revisión de la base de datos de la liquidación y en la determinación de los registros y valores reconocidos." Dicha solicitud fue reiterada ante el Tribunal, en idénticos términos, en solicitud radicada el 19 de septiembre de 2008.

Posteriormente, el 22 de enero de 2009 las partes presentan de manera conjunta un nuevo memorial en el que dan cuenta de las actividades que han venido realizando hasta la fecha con el ánimo de establecer el monto de la obligación adeudada. Manifiestan igualmente que la Secretaría Distrital de Salud celebró contrato con la Universidad Nacional con el fin de "realizar ajustes a las preliquidaciones respecto de las inconsistencias y glosas detectadas". Reportan igualmente las partes que con fundamento en la depuración parcial de la obligación realizada hasta el momento, la Secretaría pagó al contratista una suma que resulta de los ajustes en la base de liquidación.

Más adelante, en la audiencia de fijación de hechos y pretensiones celebrada el 26 de marzo de 2009, la convocante ajusta su pretensión a la suma de \$1.482.768.566, sin modificar las demás pretensiones, lo cual permite inferir válidamente que la reducción de en el monto de la pretensión tiene su origen justamente en el proceso de depuración de la obligación, proceso del cual el demandante ha sido partícipe y en tal sentido puede afirmarse, reconoce la incertidumbre parcial del valor del derecho que pretende.

Por último, en el mencionado escrito conjunto del 9 de octubre de 2009 (folios 242 y siguientes) las partes presentan al Tribunal un informe sobre los registros y conceptos que no fue posible conciliar, lo que permite reiterar la idea de que hasta los momentos finales del proceso la obligación continuó ilíquida.

De acuerdo con la exposición previa, considera el Tribunal que por tratarse de una obligación que carecía de las cualidades de liquidez y certidumbre, no se encontraba en mora la Secretaría Distrital de Salud, pues a ella no le era exigible mientras no existiese delimitación precisa de su extensión.

Y en este punto es tan clara esa indeterminación que precisamente este proceso tiene por objeto la liquidación del contrato, encaminada a establecer las sumas que se adeudan las partes.

Por lo anterior el Tribunal no accederá a la pretensión relativa a la condena por intereses moratorios.

No obstante lo anterior, sí procederá la actualización de la cifra adeudada por la convocada hasta la fecha de este laudo, no solamente por cuanto ello está solicitado en la demanda, sino porque como lo ha sostenido la Corte Suprema, la actualización busca que el pago sea completo al mantenerse con ella el poder adquisitivo de la moneda.

Al respecto, en reciente jurisprudencia sostuvo ese Tribunal:

"5.-El tema de la actualización de las obligaciones pecuniarias, esto es, la necesaria protección frente al fenómeno de desvalorización o depreciación que padecen las monedas de los países, al que no es inmune Colombia, no ha sido ajeno ni al legislador ni a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

"En la sentencia de casación N° 133 de 21 de noviembre de 2007 se hicieron las precisiones que pasan a destacarse:

"Con el propósito de aquilatar tales imputaciones, resulta oportuno recordar que el proceso inflacionario, común en las economías modernas, consistente en el alza sostenida del nivel general de los precios de los bienes y servicios de la comunidad, tiene como efecto inmediato la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que surge la imperiosa necesidad de reconocer la corrección monetaria de ciertas obligaciones afectadas por el referido fenómeno, en aras de atenuar sus evidentes secuelas nocivas, particularmente, la abrogación del contenido conmutativo de las prestaciones. Justamente, como de restablecer el equilibrio se trata, esta institución no se justifica per se, sino en cuanto se aplique-rigiendo el nominalismo-a remediar situaciones manifiestamente injustas e inequitativas. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, habida cuenta que en todos aquellos casos en los cuales ha inferido la necesidad de concederla `ha acudido (...), explícita o implícitamente, a fundamentar tal reconocimiento, en la equidad, entendida ésta, en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política Colombiana, como un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de la `justicia del caso en concreto`, de modo que, en esos eventos, la equidad ha sido la herramienta que le ha permitido a esta Corporación desentrañar el sentido de las distintas normas sustanciales, pero sin llegar a desdeñarlas pretextando aplicar sus propias apreciaciones (...) De ahí que, en las diversas hipótesis en las cuales ha tenido que condenar al pago de la corrección monetaria, la Corte, de la mano de la equidad, ha profundizado en el contenido de las normas que gobiernan algunos casos particulares, hasta advertir en ellos un sentido

que, sin quebrantar los principios que gobiernan el ordenamiento colombiano en la materia, consulten con criterios de justicia y conveniencia y conduzcan a la solución de los graves problemas que en esas específicas ocasiones produce el fenómeno de la depreciación monetaria´, sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035. (...) Por supuesto que junto con la equidad concurren otros principios que igualmente justifican, en su caso, la corrección monetaria, tales como la buena fe, la indemnización plena, la teoría de la causa, la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. Por tanto, su fundamento no puede ubicarse exclusivamente en la necesidad de reparar un daño, punto en el cual hay que recordar que, como lo ha decantado la jurisprudencia "la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía´ (sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035)".

"También la Corporación en otra ocasión, en fallo N° 216 de 19 de noviembre de 2001, expediente 6494, sostuvo sobre el particular:

"(...)

"2. Como se sabe, para que el pago, concebido como arquetípico modo de extinguir las obligaciones, produzca efectos liberatorios, suficientes para diluir el débito preexistente, debe ser completo, lo que implica que corresponde al deudor hacerlo `bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación´ (art. 1627 C.C.), comprendiendo no sólo el capital, sino también `los intereses e indemnizaciones que se deban´ (inc. 2 art. 1649 ib.).

"Este principio: el de la integridad del pago, por regla, presupone que, tratándose de obligaciones dinerarias insolutas, debe existir equivalencia cualitativa-y no simplemente cuantitativa-entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solventar su prestación, si se tiene en cuenta que, como efecto del inexorable, amén de implacable transcurso del tiempo, la moneda se ve

afectada-las más de las veces y, particularmente en países con economías deficitarias o inestables-por procesos inflacionarios que erosionan y, por contera, desdibujan su poder adquisitivo.

"Es por ello por lo que la Corte ha expresado, que el pago no será completo, `especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando éstos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago´ (se subraya; cas. civ. de 30 de marzo de 1984, CLXXVI, pág. 136. Vid: Sents. de 24 de abril de 1979, CLIX, pág. 107; de 15 de septiembre de 1983, CLXXII, pág. 198; de 19 de marzo de 1986, CLXXXIV, pág. 24; de 12 de agosto de 1988, CXCII, pág. 71 y de 24 de enero de 1990, CC, pág. 20).

"Bajo este concreto entendimiento, reconocer, como lo hace el legislador, que `El pago efectivo es la prestación de lo que se debe´ (se subraya; art. 1626 C.C.), implica aceptar, en línea de principio, que la solución de la deuda, cuando de obligaciones de dar se trata, sólo se alcanza si se entrega-in toto-la cosa debida (arts. 1605 ib.). Por tanto, en el caso de obligaciones dinerarias impagadas, no puede premiarse o favorecerse al deudor a través de la morigeración de la deuda-y correlativamente propiciar un empobrecimiento en cabeza del titular del derecho crediticio-, cuando el desembolso que realiza tan sólo cobija el valor engastado físicamente en la unidad monetaria (valor nominal o facial), en veces envilecida, sin verificar si el poder de compra-o adquisitivo-que ésta tiene, como en sana y justiciera lógica corresponde, es igual al que tenía cuando la obligación debió ser satisfecha (realismo jurídico-monetario), porque si ello no es así, si el dinero de hoy no es intrínsecamente el mismo de ayer, entonces el deudor estaría entregando menos de lo que debe, stricto sensu, lo que implica que su pago, por consiguiente, apenas sería parcial y, por

ende, fragmentado, en tal virtud insuficiente para compeler al acreedor a recibir (art. 1649 ib.) e impotente para liberarlo de la obligación, en su cabal alcance y extensión cualitativa y cuantitativa.

/.../

"Por el contrario, admitir que `el pago de obligaciones dinerarias, en época de depreciación monetaria, debe hacerlo el deudor de acuerdo con el correspondiente ajuste´, tiene el laudable propósito de procurar `que no se produzca el rompimiento del equilibrio de las relaciones contractuales´, así como evitar que `no se enriquezca de manera injusta una de las partes de la relación sustancial a costa de la otra´ (cas. civ. de febrero 21 de 1984, CLXXVI, pág. 33), lo que pone de manifiesto, memorando diciente y lozana doctrina-de rectificación-de la Sala, que esta `recomposición económica lo único que busca, en reconocimiento a los principios universales de equidad e igualdad de la justicia a los que de manera reiterada alude la jurisprudencia al tratar el tema de la llamada `corrección monetaria´ (G.J, Ts. CLXXXIV, pág. 25, y CC Pág. 20), es atenuar las secuelas nocivas del impacto inflacionario sobre una deuda pecuniaria sin agregarle por lo tanto, a esta última, nada equiparable a una sanción o un resarcimiento (cas. civ. de 8 de junio de 1999; exp: 5127)", lo que quiere significar que `el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístese, a principios más elevados como el de la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales´, ya que `la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía´ (se subraya; cas. civ. de 9 de septiembre de 1999; exp. 5005; Vid: cas. civ. de 28 de junio de 2000; exp: 5348). Al fin y al cabo, como bien se ha corroborado por la doctrina especializada, `No estamos aquí frente a un problema de responsabilidad civil sino que, por el contrario, nos hallamos en la órbita del derecho monetario, en donde la indexación se produce en razón de haber perdido la moneda poder adquisitivo. ¡Sólo eso, y nada más que eso!´."

Conforme a lo anterior, la liquidación de esa actualización es la siguiente:

La suma inicial que se tomará como punto de partida para actualización o corrección monetaria será la cantidad pretendida por el actor, y ajustada posteriormente en la audiencia de fijación de hechos y pretensiones, esto es, \$1.482.768.566. El punto de partida para dicha actualización será el mes de agosto de 2006, mes en el cual la Secretaría Distrital de Salud debió realizar el pago completo de la obligación.

La metodología a aplicar para la actualización será la reconocida tradicionalmente para estos efectos en la jurisprudencia civil y administrativa, que tiene en cuenta los índices de la serie de empalme DANE, y que permiten actualizar las sumas de dinero debidas con fundamento en los IPC causados en el mes inmediatamente anterior.¹⁴

Es igualmente pertinente reiterar que, mediante resoluciones 1381 de 2008 y 381 de 2009, la convocada pagó las siguientes sumas:

17 de diciembre de 2008: \$836.233.093,00.

02 de julio de 2009: \$224.342.523,00

Los pagos realizados por la demandada en las oportunidades mencionadas se descontarán del valor actualizado de la obligación en la fecha de cada pago parcial.

La actualización de la suma inicial hasta el mes de diciembre de 2008 (fecha del primer abono) se realizará con los índices julio/2006 y noviembre/2008 a efectos de considerar los meses completos e inmediatamente anteriores. Por tanto, a 1º de diciembre de 2008, el valor actualizado de la pretensión es de \$ 1.696.832.626. Al descontar el pago por \$ 836.233.093 realizado en diciembre de 2008, el saldo de la obligación en dicho mes asciende a la suma de \$ 860.599.533.

El saldo anterior, actualizado con el índice de la serie DANE de junio de 2009, arroja un valor de \$ 883.246.889. A continuación, por efecto del descuento del pago realizado en julio de 2009 por un valor de \$ 224.342.523, el saldo queda en la suma de \$ 658.904.366.

¹⁴ http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/oct09/IPC_Indices.xls

Esta última suma, actualizada a noviembre de 2009, fecha del presente laudo, sufre una mínima reducción por efecto de deflación presentada en el país en los meses recientes. La suma final así actualizada asciende a \$ 657.614.672, cantidad en la que se establece el valor final de la liquidación del contrato.

Los valores y el método de actualización se explican en el siguiente cuadro:

Concepto	Fecha	Valor	Serie	f IPC
Pretensión	09/08/2006	\$ 1.482.768.566	jul-06	87,00
Actualización	11/12/2008	\$ 1.696.832.626	nov-08	99,56
1er abono	17/12/2008	\$ 836.233.093		
Saldo		\$ 860.599.533		
Actualización	02/07/2009	\$ 883.246.889	jun-09	102,18
2o abono	02/07/2009	\$ 224.342.523		
Saldo		\$ 658.904.366		
Actualización	30/11/2009	\$ 657.614.672	oct-09	101,98

IV. COSTAS

El Tribunal, con fundamento en los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993, 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, su entendimiento y aplicación por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, al encontrar que la conducta procesal de ambas partes ha sido ética, diligente y transparente, se abstendrá de imponer condena en costas, porque su pertinencia en controversias contractuales está condicionada a una actuación temeraria o abusiva.

V. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD "ECOOPSOS" ESS ARS** y el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL**

DE SALUD DE BOGOTÁ, administrando justicia por delegación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Declarar liquidado el contrato de administración de recursos del régimen subsidiado en salud No. 022 de 2004, celebrado, suscrito y ejecutado entre la **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOPSOS ESS ARS**, en calidad de contratista, y el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ**, en calidad de contratante.

Segundo: Determinar que el valor contratado fue la suma de **VEINTISEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$26.968.271.881)**.

Tercero: Negar la pretensión tercera de la demanda.

Cuarto: Negar la pretensión cuarta de la demanda.

Quinto: Declarar, como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, que el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** adeuda a la **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOPSOS ESS ARS** la suma de **SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CATORCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$657.614.672,00)**, suma que se encuentra debidamente actualizada hasta la fecha de esta providencia.

Sexto: Negar la pretensión sexta de la demanda en lo que se refiere a la condena a la entidad convocada por concepto de intereses moratorios.

Séptimo: Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida "protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de

gastos.

Octavo: Ordenar la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá.

Noveno: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

La anterior providencia fue notificada en estrados.

HERNANDO HERRERA MERCADO
Presidente

ANTONIO PABÓN SANTANDER
Árbitro

GUSTAVO A. OSORIO GARCÍA
Árbitro

LEONARDO BELTRÁN RICO
Secretario

