

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE "UNIÓN DE MEDICOS ANESTESIÓLOGOS LIMITADA-UNIMEDAS" VS HOSPITAL BOCAGRANDE S.A.- EN LIQUIDACIÓN.

FECHA LAUDO: 22 de diciembre de 2010

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: "UNIÓN DE MEDICOS ANESTESIÓLOGOS LIMITADA-UNIMEDAS"

PARTE CONVOCADA: HOSPITAL BOCAGRANDE S.A.- EN LIQUIDACIÓN.

ÁRBITRO (S): ARLENA HOYOS CAÑAVERA, LILIANA BUSTILLO ARRIETA y ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

SECRETARIO (A): HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

TEMAS: Terminación unilateral de los contratos de duración definida (prestación de servicios profesionales); Principio de obligatoriedad de los contratos; Disolución de sociedad comercial como causal de terminación de contrato de prestación de servicios.

Resumen Temático: El artículo 1602 del Código Civil colombiano, consagra el postulado de la obligatoriedad de los contratos, en los siguientes términos: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Sin duda alguna, esta norma consagra la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones negociales, hasta el punto de que algunos doctrinantes llegan a asimilar el elemento manifestación de la voluntad a verdaderas normas jurídicas obligatorias, tal como si las prestaciones a que se obligaron las partes fueran impuestas por el propio legislador. Lo anterior quiere decir que las partes ligadas en virtud de un contrato, tienen el deber ineludible de cumplir sus prestaciones y solo podría ser cesado en sus efectos, por mutuo acuerdo o por causas legales. El presupuesto de la fuerza obligatoria de los contratos que trata el referido artículo, -pilar fundamental del derecho de los contratos y garante de la seguridad jurídica- debe ser complementado con otro principio quizá más importante que es el de *la buena fe* contenido en el artículo 1603 del Código Civil, para concluir que con esta norma es posible controlar el comportamiento de las partes en la ejecución de sus prestaciones, exigirles deberes de lealtad, cooperación, diligencia y deducirles obligaciones no pactadas en el contrato pero que son consecuencia natural del mismo. Cuando una de las partes incumple sus deberes contractuales, y se considera el cese de los efectos del negocio jurídico en cuestión por esta causa, es menester identificar si el mismo es de ejecución inmediata o sucesiva a fin de verificar si se está en presencia de uno de dos fenómenos: resolución o terminación.

La primera con efectos retroactivos y reservada para contratos de ejecución instantánea, y la segunda con efectos hacia el futuro, y aplicable a contratos de ejecución sucesiva. De cualquier forma, sea que hablemos de resolución o de terminación por incumplimiento, la regla general es la necesidad de acudir al juez para que la decrete, pues ante el incumplimiento de una de las partes el contrato no se resuelve de pleno derecho.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

NORMAS:

Código Civil, artículos 1501, 1551, 1600, 1.601, 1602, 1603, 1613, 1614, 2066 ; Código de Comercio, artículos 222, 867868, 870, 973, 977, 1060, 1068, 1107, 1197 y 1389; Ley 446 de 1998, artículo 16, 116.

DOCTRINA:

- ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil T.II Derecho de Obligaciones V.I. Bosch Editores S. A, Barcelona, 9ª. Ed. 1994.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles, Tomo I, Teoría General del Negocio Mercantil, 12ª ed. 2.008.
- AZEMA, J. La duree des contrats succesifs, Paris, LGDF, Bibliotheque de Droit privé, t.102, 1969.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ. Derecho Civil Español Comun y Foral T. III, Derecho de Obligaciones. Reus S. A. 1992.
- CLEMENTE MEORO, Mario E. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Tirant lo blanch. Valencia, 1998
- DELL'AQUILA, Enrico. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981
- DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Pág. 710. Editorial Civitas. Madrid, 1996.
- DÍEZ PICAZO, Luis. Los incumplimientos resolutorios. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005.
- HINESTROSA, Fernando, Tratado de las obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes, editorial Universidad Externado de Colombia, 2002.
- IBÁÑEZ, Carlos Miguel. Resolución por incumplimiento. Astrea. Buenos Aires, 2006.
- LARROUMET, Christian. Droit civil: les obligations, le contrat, 5ª ed., III, París, Économica, 2003.
- LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Pág. 153. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999.
- MESSINEO, Doctrina Gene Disolución y liquidación de sociedades comerciales, Ediciones Doctrina y Ley, segunda edición, 1994.

- MOLINA MORALES, Ranfer. “La terminación unilateral del contrato ad nutum”. Revista de Derecho Privado número diez (10) editada por la Universidad Externado de Colombia.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, reimpresión de la cuarta edición.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, sexta edición.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis. Derecho de daños T. II, editorial Bosh, 1995.
- PEÑA NOSSA, Lisandro, De los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales. Ed. 2.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y liquidación de sociedades comerciales, Ediciones Doctrina y Ley, segunda edición, 1994.
- SUESCUN MELO; Jorge, Estudios de Derecho privado, editorial Legis.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I, editorial Legis, segunda edición 2007.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, tomo IV, de los perjuicios y su indemnización, 1999
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones, La responsabilidad Civil Fuente de las Obligaciones.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, De las obligaciones. Págs. 178 y 179
- VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones, editorial Temis, edición 2010.

JURISPRUDENCIA:

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 7 de mayo de 1968.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 14 de marzo de 1996, M.P Pedro Lafont Pianeta.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 3 de mayo de 1977
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 4 de marzo de 1998, M.P Esteban Jaramillo
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 9 de septiembre de 2010, M.P William Namen Vargas
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 13 de junio de 1997, expediente 4471
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 18 de diciembre de 2008, M.P Arturo Solarte Rodríguez.

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 24 de febrero de 1975
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 7 de mayo de 1968, CXXIV
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 9 de septiembre de 2010, M.P William Namen Vargas
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil Nov. 5/79
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 14 de marzo de 1996, M.P Pedro Lafont Pianeta

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 30 de abril de 1976, M.P Humberto Murcia Ballén.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 22 de junio de 1940, XLIX, 548.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 14 de diciembre de 2001, M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil 30 de octubre de 2007, M.P Edgardo Villamil Portilla
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil G.J., CLXXVI.
- Tribunal de Arbitramento convocado por Piedad Barrios Angulo y otros contra Tele Cartagena S. A. E. S.P.” En Liquidación”, el cual se tramitó por conducto del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.

(TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO)

Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, veintidós (22) de diciembre de dos mil diez (2.010)

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescriben el decreto 2279 de 1.989, la ley 23 de 1.991, el decreto 2651 de 1.991 y la ley 446 de 1.998 en concordancia con lo dispuesto por la sentencia C-1038 de 2.002 de la Corte Constitucional, este Tribunal procede a proferir el laudo arbitral que resuelve las diferencias entre las partes que han sido sometidas a este proceso arbitral, en el siguiente orden.

ANTECEDENTES

Generalidades

1. Contrato origen de las controversias

Se trata del contrato denominado por las partes de prestación de servicios de tipo civil, aportado como anexo a la demanda que tiene por objeto, según lo consignado en la cláusula primera

“ la prestación de servicios de anestesiología: *atención a los pacientes, exámenes clínicos o técnicos propios de dichos servicios, el diagnóstico respectivo; la explicación de los alcances de dichos servicios de manera detallada a el CONTRATANTE, en formatos escritos suministrados por ésta o de manera electrónica, según ella lo disponga; el suministro de la información necesaria para la remisión de los pacientes a otros servicios o a otros profesionales y toda otra actividad conexas o complementaria de las mismas.*” (Folio 28-34 del expediente)

2. El pacto arbitral

Las partes convocante y convocada, en la cláusula décima tercera del contrato de prestación de servicios mencionado acordaron resolver sus diferencias mediante un Tribunal de Arbitramento en los siguientes términos:

“Diferencias. Las partes resuelven que las diferencias que se presenten entre ellas con ocasión de la celebración del presente contrato su terminación y/o liquidación serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento designado por ellas de la lista de árbitros que tiene el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena. El fallo será en derecho y el Tribunal así conformado se sujetará a la Reglamentación que tenga establecido dicho Centro”

3. Partes procesales y su representación

3.1. Convocante “UNIÓN DE MEDICOS ANESTESIÓLOGOS LIMITADA-UNIMEDAS” sociedad regular de comercio con domicilio principal en Cartagena de Indias identificada con N.I.T. 806012351-6 y Matrícula Mercantil No. 09-174254-03 representada legalmente por JUAN MANUEL BENEDETTI SARASTI mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.092.908 circunstancias y condiciones acreditadas con certificado de existencia representación legal expedido por la Cámara de Comercio Cartagena (folios 25-26 cuaderno principal)

3.2 Convocada: “HOSPITAL BOCAGRANDE S.A.- EN LIQUIDACIÓN” sociedad regular de comercio con domicilio principal en Cartagena de Indias e identificada con N.I.T. 8904 80020-5 y Matrícula Mercantil No 09-116-04 representada legalmente por ALFONSO PIÑERES PERDOMO mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.075. 420, circunstancias y condiciones acreditadas con certificado de existencia representación legal expedido por la Cámara de Comercio Cartagena (folios 21-24 cuaderno principal)

3.3. Apoderados judiciales

Por tratarse de un arbitramento en derecho, conforme lo exigido en el artículo 138 del Decreto 1818 de 1998 las partes comparecieron al proceso arbitral representadas por abogados, a quienes se les reconoció personería para actuar en este asunto en su debida oportunidad

4. Naturaleza del proceso

De conformidad lo expresado en los libelos de demanda y contestación, en el presente Tribunal se debaten controversias que versan sobre derechos de contenido eminentemente patrimonial, carácter que resulta propio en los procesos arbitrales.

Se trata de un proceso de arbitramento voluntario, institucional, modalidad prevista en el artículo 123 del Decreto 1818 de 1998 y demás normas que lo complementan por así haberlo acordado las contratantes en su cláusula arbitral.

El laudo será proferido en derecho dentro de los seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, o sea, dentro del término establecido en el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989.

5. Hechos

La parte convocante basó su reclamación en los siguientes:

“1. El día trece (13) de agosto de 2005, la sociedad HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. a través de su representante legal MILENA HERNANDEZ SIADO, suscribió un contrato de prestación de servicios de tipo civil con la sociedad que represento, denominada UNION DE MEDICOS ANESTESIOLOGOS UNIMEDAS LTDA, en el cual el objeto de dicho contrato era la prestación por parte de mi poderdante, de los servicios de anestesiología; Los cuales comprendían: Atención a los pacientes, exámenes clínicos o técnicos propios de dichos servicios el diagnostico respectivo, la explicación de los alcances de dichos servicios de manera detallada entre otras, como se deja ver en la cláusula primera del contrato en mención.

2. En la cláusula cuarta del contrato suscrito, se estableció que la duración del mismo sería de diez (10) años contados a partir de su legalización, esto es desde el día trece (13) de agosto del IPC para el respectivo año, a título de indemnización. (Negrillas Cursivas fuera de texto 2005. Igualmente acordaron las prórrogas automáticas del mismo.

3. En la cláusula cuarta inciso segundo se estableció, que durante la prórroga cualquiera de ellas podía ponerle termino de manera unilateral, mediante preaviso escrito entregado a la otra parte con una anticipación no inferior a seis (6) meses y cancelando a la otra una suma equivalente al promedio de la facturación de los servicios que faltaren para ser prestados y que en todo caso no podría ser inferior al equivalente a la facturación del año inmediatamente anterior multiplicado por el tiempo que faltare para su ejecución incrementado

4. Las causales de terminación del contrato están consagradas en la cláusula novena, en la cual en el literal A, las partes manifiestan la terminación del contrato por "incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes

5. El HOSPITAL BOCAGRANDE S.A, ha entrado en liquidación voluntaria y sin mediar escrito

de manera unilateral y de hecho, ha dado por terminado el contrato. Así mismo no ha dado cumplimiento con lo establecido en la cláusula cuarta, inciso segundo supra referenciada en el hecho tercero de esta solicitud.

6. La entidad que represento hasta el día en que el HOSPITAL BOCAGRANDE S.A entro en la figura de liquidación voluntaria venia cumpliendo las obligaciones a su cargo.

7. De igual forma en la cláusula undécima del contrato se estableció una cláusula penal pecuniaria en la cual se manifestó sin perjuicio de la reclamación que hiciera una de las partes a la otra por concepto de daños y perjuicios, que la parte incumplida debería pagar a la otra una suma equivalente a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin necesidad de notificación, constitución en mora o requerimiento alguno. Por lo que corresponde a EL HOSPITAL BOCAGRANDE S.A, cancelar la suma correspondiente a SETENTA YSIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$77.250.000.00), por haber incumplido las obligaciones contractuales.

8. Hasta la fecha la sociedad HOSPITAL BOCAGRANDE S.A por su incumplimiento adeuda a UNION DE MEDICOS ANESTESIOLOGOS UNIMEDAS LTDA de acuerdo al equivalente al promedio de los 12 últimos meses según lo narrado valores contenidos en la siguiente en el hecho tercero de este escrito los liquidación:

FACT	FECHA	TOTAL FACTURA	R.F. 11%	R.ADMON. 10%	TOTAL A PAGAR
5271	10/05/2008	58.457.114	\$ 6.430.283	\$ 5.845.711	\$ 46.181.120
5285	10/06/2008	47.270.265	\$ 5.199.729	\$ 4.727.027	\$ 37.343.509
5290	10/06/2008	20.127.672	\$ 2.214.044	\$ 2.012.767	\$ 15.900.861
5307	09/07/2008	48.897.646	\$ 5.378.741	\$ 4.889.765	\$ 38.629.140
5308	09/07/2008	12.955.708	\$ 1.425.128	\$ 1.295.571	\$ 10.235.009
5353	13/08/2008	59.498.847	\$ 6.544.873	\$ 5.949.885	\$ 47.004.089
5354	13/08/2008	24.203.484	\$ 2.662.383	\$ 2.420.348	\$ 19.120.752
5385	08/09/2008	44.023.962	\$ 4.842.636	\$ 4.402.396	\$ 34.778.930
5390	08/09/2008	16.603.366	\$ 1.826.370	\$ 1.660.337	\$ 13.116.659
5414	09/10/2008	44.807.212	\$ 4.928.793	\$ 4.480.721	\$ 35.397.697
5415	09/10/2008	17.572.172	\$ 1.932.939	\$ 1.757.217	\$ 13.882.016
5443	12/11/2008	50.071.725	\$ 5.507.890	\$ 5.007.173	\$ 39.556.663
5444	12/11/2008	20.257.944	\$ 2.228.374	\$ 2.025.794	\$ 16.003.776
5468	10/12/2008	23.014.195	\$ 2.531.561	\$ 2.301.420	\$ 18.181.214
5469	10/12/2008	15.565.892	\$ 1.712.248	\$ 1.556.589	\$ 12.297.055
5486	05/02/2009	29.261.082	\$ 3.218.719	\$ 2.926.108	\$ 23.116.255
5487	05/02/2009	22.426.675	\$ 2.466.934	\$ 2.242.668	\$ 17.717.073
5505	10/02/2009	25.174.303	\$ 2.769.173	\$ 2.517.430	\$ 19.887.699

5506	10/02/2009	17.921.102	\$ 1.971.321	\$ 1.792.110	\$ 14.157.671
5520	06/03/2009	30.316.492	\$ 3.334.814	\$ 3.031.649	\$ 23.950.029
5521	06/03/2009	15.475.310	\$ 1.702.284	\$ 1.547.531	\$ 12.225.495
5545	01/04/2009	29.083.683	\$ 3.199.205	\$ 2.908.368	\$ 22.976.110
5546	01/04/2009	12.377.204	\$ 1.361.492	\$ 1.237.720	\$ 9.777.991
5547	01/04/2009	12.377.204	\$ 1.361.492	\$ 1.237.720	\$ 9.777.991
5565	30/04/2009	16.181.313	\$ 1.779.944	\$ 1.618.131	\$ 2.783.237
5566	30/04/2009	11.192.474	\$ 1.231.172	\$ 1.119.247	\$ 8.842.054
		\$ 725.114.046	\$ 79.762.546	\$ 72.511.404	\$ 572.840.096

Liquidación Contrato

	CONCEPTO	MESES	V/MES	TOTAL	
1	MULTA SMMLV	150	\$ 515.000	\$ 77.250.000	
2	PROMEDIO 12 ULT MESES	75	\$ 47.736.675	\$ 3.580.250.602	
				\$ 3.657.500.602	

9. Las partes plasmaron en el contrato tantas veces mencionado, en la cláusula décimo primera que las diferencias que surgieran ente ellas con ocasión de la celebración del contrato su terminación y/o liquidación, serian resueltas por un tribunal de arbitramento designado por ellas de la lista de árbitros que tiene el centro de conciliación arbitraje y amigable composición de la cámara de comercio de Cartagena...”.

6. Pretensiones

En lo que respecta a las cuestiones sometidas a decisión arbitral, las pretensiones de la parte convocante, son:

“1. Solicito se sirva declarar la resolución del contrato de prestación de servicios de tipo civil suscrito entre la sociedad que represento UNION DE MÉDICOS ANESTESIOLOGOS UNIMEDAS LTDA y la sociedad denominada HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. (hoy en liquidación), por incumplimiento de esta última

2. Como consecuencia del incumplimiento por parte de la sociedad HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. (hoy en liquidación) solicito se condene al pago de la suma de TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$3.657.500.602 MCTE, Valor que resulta de multiplicar los 75 meses que

restan para el cumplimiento del contrato por el promedio de la facturación de los 12 meses anteriores los cuales suman un valor de QUINIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL NOVENTA Y SEIS PESOS (\$572.840.096)

3. Como consecuencia del incumplimiento por parte de la sociedad HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. (hoy en liquidación) solicito se condene al pago de la suma de los ciento (150) salarios que contiene el contrato de prestación de servicios de tipo civil como cláusula penal en razón al incumplimiento.

4. Solicito se sirva cancelar intereses moratorios desde que la sociedad entró en mora hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones.

5. Solicito que se condene en gastos y costas y agencias en derecho a los demandados”.

7. Defensas

Como excepciones de fondo la parte convocada propuso las que denominó “BUENA FE”, “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”, “ILEGITIMIDAD PARA INCOAR LA ACCIÓN RESOLUTORIA” y la de “CONTRATO TERMINADO POR MUTUO DISENSO”.

Trámite del proceso arbitral

1. Solicitud de convocatoria

Mediante escrito presentado en la secretaría del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, “UNIMEDAS LIMITADA” presento solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento en contra del “Hospital Bocagrande S.A. – en liquidación”

2. Audiencia de integración e instalación del tribunal

En cumplimiento de lo pactado en la cláusula compromisoria en cuanto se refiere a la integración del Tribunal, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena citó a audiencia a las partes, en su sede de esta ciudad, la que se realizó el 17 de febrero de 2010 y contó con la asistencia del representante legal de la sociedad convocante Juan Manuel Benedetti Sarasti, de su apoderado especial, del representante legal de la sociedad convocada Alfonso Piñeres Perdomo y de su apoderado especial.

Durante la audiencia, de común acuerdo, fueron designados como Árbitros los Abogados ARLENA HOYOS CAÑAVERA, LILIANA BUSTILLO ARRIETA y ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS (folio 40 cuaderno principal) quienes en su debida oportunidad aceptaron la designación, razón por la cual, previa citación a las partes y a sus apoderados, el 9 de marzo del 2010 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal en la que además, se decidieron estos asuntos de trámite: i) se designaron como Presidente del Tribunal al Árbitro ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS y cómo y Secretaria a la Abogada HELENE

ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI; ii) Conforme a la cláusula arbitral se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal la ciudad de Cartagena de Indias y su sede la Secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio de Cartagena; iii) se reconoció personería para actuar a los apoderados de las partes.

3. Admisión de la demanda

La demanda arbitral fue admitida por auto proferido en audiencia de instalación el 9 de marzo del 2010, ordenándose la notificación personal a la parte convocada, quien estando presente en la misma audiencia se dio por notificada y se le hizo entrega de la copia de la demanda y de sus anexos (folio 57 cuaderno principal)

4. Contestación de la demanda

Oportunamente, la convocada contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, solicitó el decreto y práctica de pruebas, propuso excepciones de fondo y llamó en Garantía a los socios de la sociedad, JUAN MANUEL BENEDETTI SARASTI y JAIRO IVAN BETANCOURT RODRÍGUEZ. (Folios 61-75 cuaderno principal)

5. Llamamiento en Garantía

Antes de pronunciarse sobre el llamamiento en garantía, el Tribunal constató que las personas naturales a quienes la convocada pedía citar no aparecían suscribiendo el pacto arbitral, razón por la cual dispuso notificarlos con el fin de que manifestaran su adhesión o no al pacto y de consiguiente su vinculación al proceso. (Folios 126-129 cuaderno principal)

Los citados, mediante escritos radicados en la secretaría del Tribunal el día 22 de abril del 2010 (folios 161-162) expresamente manifestaron su intención de no hacerse parte del proceso y no adherir al pacto arbitral, decisión que fue aceptada por el tribunal en audiencia realizada – con intervención de las partes - el 3 de mayo del 2010 (folios 168 cuaderno principal)

6. Audiencia de fijación de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal y su respectiva consignación

Trabada la Litis, en audiencia realizada el 3 de abril del 2010 procedió el tribunal a fijar el monto de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaría, así como el de los gastos de administración, protocolización y registro, teniendo en cuenta la suma indicada en la demanda y como la suma total fue consignada por ambas partes dentro del término legal y en las condiciones previstos, se señaló fecha para la realización de la audiencia de conciliación y primera de trámite para el evento de que no se llegara a un acuerdo. (Folios 165-173 y 178-179 cuaderno principal)

7. Audiencia de conciliación

Esta Audiencia inició el 31 de mayo del 2010 y se suspendió para continuarla el 10 de junio del 2010 fecha en la cual se declaró fracasada la oportunidad de conciliación en atención a que ambas partes ratificaron su decisión de que el trámite arbitral se continuara sin lograr acuerdo alguno que extinguiera sus diferencias. (Folios 180-184 y 350-362 cuaderno principal)

Al inicio de esta audiencia el apoderado del parte convocada hizo entrega formal al tribunal, de unos documentos, para ser incorporados el expediente y ser tenidos como prueba, petición que pidió la parte convocante no fuera atendida.

8. Primera Audiencia de Trámite

Se realizó el 10 de junio del 2010 (folios 350-362 cuaderno principal) con el siguiente orden:

8.1. Lectura de los documentos contentivos de la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral.

8.2. Lectura de las pretensiones esbozadas y de las excepciones propuestas y cuantía estimada.

8.3. Pronunciamiento sobre competencia de este tribunal.

8.4. Pronunciamiento sobre las pruebas. Además de tener como prueba los documentos aportados por ambas partes en la demanda y en la contestación, se decretaron las siguientes (folios 31-362)

8.4.1. Pruebas solicitadas por la parte convocante:

Interrogatorio de Parte, recepción de los testimonios de Antonio María Martínez Pizarro, Alicia Herrera Sáenz y Jaime Trucco Lemaitre, inspección judicial en las oficinas de la parte convocada situadas en el barrio Bocagrande de esta ciudad, Avenida San Martín, carrera 2 No. 8-142, Centro Comercial Bocagrande, oficina 311.

8.4.2. Pruebas solicitadas por la parte convocada:

Recepción de los Testimonios de Ricardo Segovia Brid, Ramiro Ensuncho Barcenás y Jorge Segovia Ospina, Inspección Judicial en los libros archivos y demás papeles y documentos de la empresa convocante; Oficios dirigidos al “NUEVO HOSPITAL DE BOCA GRANDE” y/o “PROMOTORA BOCA GRANDE S.A. – PROBOCA” S.A.

La solicitud de esta parte para que los documentos aportados durante la audiencia celebrada el día 31 de mayo de 2010 fueran tenidos como prueba no fue atendida por el Tribunal por cuanto fueron aportados fuera de las oportunidades legales.

8.4.3. Pruebas Decretadas de Oficio

En uso de las facultades en esta materia, el Tribunal decretó las siguientes: inspección judicial, con exhibición de los libros contables, correspondencia y demás documentos en poder de ambas partes con el fin de constatar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la celebración, ejecución y terminación del contrato, conjuntamente con experticia contable para determinar el monto de los perjuicios que en la modalidad de lucro cesante hubiera podido ocasionar la convocada la convocante de llegarse a declarar responsabilidad en los hechos materia de este Tribunal y, para su desarrollo designó como perito al Contador Público Eliécer Antonio Quiroz Ruiz quien tomó posesión de su encargo en audiencia realizada el 17 de junio del 2010.

9. Audiencias de pruebas.

Se practicaron las siguientes pruebas:

9.1. Diligencias de inspección judicial: la inspección de los documentos de la entidad convocada se realizó el 17 de junio del 2010, en la sede de este tribunal de arbitramento, atendiendo el dicho de la apoderado de esta parte en el sentido de que como consecuencia de los hechos que son objeto de estudio la empresa que representa cerró sus instalaciones y, para tal efecto, trasladó hasta la Cámara de Comercio toda la documentación requerida. La inspección en las instalaciones de la empresa convocante se realizó el mismo día y en la dirección arriba anotada (folios 1-8 del cuaderno de pruebas)

9.2. Interrogatorio de parte de la convocada: absuelto por el representante legal y liquidador Alfonso Piñeres Perdomo, el día 5 de agosto del 2010 (folio 10-20 cuaderno de pruebas)

9.3. Testimonios: Ramiro Ensuncho Bárcenas el 9 de agosto; Alicia del Carmen Herrera Sáenz y Antonio María Martínez Pizarro el 13 de agosto; Ricardo Toribio Segovia Brid y Jorge Ignacio Segovia Ospina el 1 de septiembre (folios 21-27, 28-30, 33-37, 118-130 del cuaderno de pruebas).

De la declaración de Jaime Trucco Lemaitre, señalada para el 13 de agosto, el solicitante desistió y dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal (folio 31 cuaderno de pruebas)

9.4. Prueba pericial contable. El dictamen fue rendido el 23 de agosto del 2010 (folios 38-113 del cuaderno de pruebas) y en audiencia con presencia de las partes, el 1 de septiembre del 2010, se dio traslado. (Folios 129 cuaderno de pruebas).

El apoderado de la parte convocada pidió adición y complementación, lo cual fue ordenado en decisión que se tomó en Audiencia sin intervención de las partes el 7 de septiembre del 2010. (Folio 427

cuaderno principal) Aclarado y complementado, fue sometido nuevamente a contradicción y cobro firmeza jurídica sin objeción de las partes.

10. Audiencia de alegaciones.

En Audiencia sin intervención de las partes realizada el 12 de octubre del 2010, visto por el Tribunal que había concluido la instrucción del proceso se dispuso citar a las partes a la audiencia para que presentaran sus alegaciones lo cual se hizo el 3 de noviembre del 2010. Ambas partes concurren y si bien argumentaron en forma verbal presentaron sendas memorias escritas las cuales se incorporaron al expediente. Allí mismo se señaló como fecha para audiencia de fallo el día 22 de diciembre del 2010 a las 4:00 p.m.

9. Temporalidad del Laudo.

Este laudo, es proferido dentro de los seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera Audiencia de Trámite, que se inició el 31 de mayo del 2010 y que luego de ser suspendida concluyó el 10 de junio del 2010 término que finalizaría el 10 de diciembre del 2010 pero que, habiendo atendido la petición de ambas partes en el sentido de suspender los términos procesales deben descontarse los días transcurridos dentro de estas suspensiones, por lo que este laudo se dicta dentro del término de ley .

10. Consideraciones.

10.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del conflicto que se ha suscitado entre las partes, por las siguientes razones: entre las partes convocante y la convocada se celebró contrato de prestación de servicios de tipo civil de fecha 13 de agosto de 2005 cuyo objeto es la prestación de servicios de anestesiología conforme a la cláusula primera. Dentro del mismo se incluyó PACTO ARBITRAL en su cláusula DECIMA TERCERA – DIFERENCIAS, que textualmente dice *“Las partes resuelven que las diferencias que se presenten entre ellas con ocasión de la celebración del presente contrato su terminación y/o liquidación serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento designado por ellas de la lista de árbitros que tiene el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena. El fallo será en derecho y el Tribunal así conformado se sujetará a la Reglamentación que tenga establecido dicho Centro”*; el presente conflicto se deriva de la terminación del citado contrato, es decir, se trata de un asunto contractual, cuyas diferencias las partes pactaron resolver a través del procedimiento arbitral de conformidad con lo previsto en la cláusula anteriormente citada y los asuntos sometidos a este Tribunal de Arbitramento son susceptibles de transacción, por cuanto se trata de intereses económicos o patrimoniales disponibles por las partes.

10.2 Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

El Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones que obran en el expediente, las personas jurídicas que conforman las partes en este proceso, se encuentran legalmente constituidas y tienen existencia legal, con domicilios en la ciudad de Cartagena, los representantes legales de las partes son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes y las dos partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre circunstancia irregular alguna que afecte la presente actuación.

10.3 Problemas jurídicos planteados y soluciones.

Conforme se desprende de los antecedentes, puede sostenerse que los problemas jurídicos que debe abordar y resolver este tribunal, son los siguientes: el hecho o la circunstancia de que una sociedad sea disuelta y colocada en estado de liquidación, por voluntad de sus accionistas, es causal legítima para dar por terminados los contratos de tracto sucesivo que tenga celebrados con terceros, a término fijo, sin que se hayan vencido los términos del mismo? ; Qué incidencia tendría que los representantes legales de esos terceros contratistas con la sociedad, hayan participado en la toma de la decisión de disolver y liquidar la sociedad, como accionistas de la misma y-o miembros de la junta directiva?; cuáles son los elementos básicos para que prospere la excepción de contrato no cumplido? ;Cuál es el efecto práctico de la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido? ; Cualquier incumplimiento daría lugar a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido?; la sociedad disuelta y en estado de liquidación, puede dar por terminado dichos contratos con terceros, con la consiguiente obligación de indemnizar los perjuicios?; en caso afirmativo, cuáles son los parámetros para liquidar el monto de dichos perjuicios? ; es posible acumular penas, perjuicios e intereses moratorios?.

La parte convocante sometió a consideración de este Tribunal de Arbitramento conflicto consistente, según la solicitud de convocatoria, en incumplimiento, por parte de la convocada, de contrato de prestación de servicios de anestesiología y la consiguiente resolución del mismo con indemnización de perjuicios. La parte convocada, a su turno, niega dicho incumplimiento y por lo mismo su obligación de resarcir perjuicios, por cuanto considera que la terminación se produjo por una causa lícita consistente en la disolución y liquidación de la convocada, debido a problemas económicos y financieros, que conllevó a que la sociedad dejara de ejercer su objeto social, además de que los socios de la firma convocante participaron en la decisión de disolver y liquidar la compañía convocada.

Este es, en síntesis y a grosso modo, el contenido del conflicto y por lo mismo el ámbito de este proceso arbitral, obviamente haciendo un pronunciamiento tanto sobre las pretensiones de la parte convocante como de las excepciones de la parte convocada.

Se trata de una discusión eminentemente jurídica sobre si fue o no ajustada a derecho la extinción del contrato de prestación de servicios y dependiendo de ello, si la convocada debe o no resarcir los perjuicios a la convocante y en qué cuantía.

Para abordar el citado problema, este Tribunal parte de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual. El tratadista Javier Tamayo Jaramillo³² señala tres presupuestos: que haya un contrato válido; que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato y finalmente que el daño sea causado por el deudor al acreedor contractual.

La Corte Suprema de Justicia reitera tales elementos así:

“...en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.³³”

En lo que concierne al primer elemento, no existe duda en el plenario que entre las partes convocante y convocada se celebró un contrato escrito el trece (13) de agosto de 2005, que las partes denominaron contrato de prestación de servicios, en virtud del cual, la parte convocante se obligó a favor de la parte convocada a:

” la prestación de servicios de anestesiología: *“atención a los pacientes, exámenes clínicos o técnicos propios de dichos servicios, el diagnóstico respectivo; la explicación de los alcances de dichos servicios de manera detallada a el CONTRATANTE, en formatos escritos suministrados por ésta o de manera electrónica, según ella lo disponga; el suministro de la información necesaria para la remisión de los pacientes a otros servicios o a otros profesionales y toda otra actividad conexas o complementaria de las mismas.”* (Cláusula primera del contrato, ver folios 28-34).

Como contraprestación por esos servicios, la parte convocada se obligó a pagar a la parte convocante una suma de dinero equivalente al 90% del valor de las tarifas por los servicios prestados a pacientes

³² Tratado de Responsabilidad Civil, tomo I, editorial Legis, segunda edición 2007, páginas 68 y siguientes.

³³ Sentencia del 14 de marzo de 1996, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Pedro Lafont Pianeta

de prepago y particulares, en los plazos y previo el cumplimiento del procedimiento señalados en la cláusula segunda del contrato.

Las partes no discuten la existencia, contenido y demás particularidades del contrato de prestación de servicios, así como tampoco que el mismo se extinguió antes del vencimiento del término de duración pactado, razón por la cual este Tribunal no profundizará sobre este tema, desde el punto de vista probatorio.

El segundo elemento, consistente en que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato implica que "...el daño surja de la inejecución del contrato, es decir, que haya una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas"³⁴ y el tercero, radica en que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual, es decir, "...cuando en virtud de la inejecución o de la ejecución tardía o imperfecta de un contrato válidamente celebrado, es el acreedor la víctima de un daño causado por el deudor"³⁵. Estos dos elementos, para efectos del caso que nos ocupa, serán examinados por este Tribunal de manera conjunta.

Para abordar el problema jurídico planteado este Tribunal tratará en una secuencia lógica los siguientes temas : una interpretación de la solicitud de convocatoria en cuanto a lo que pretende la parte convocante , la problemática de los efectos del negocio jurídico y en especial su obligatoriedad ; el principio de la obligatoriedad de los contratos aplicado a los negocios jurídicos de duración y sus alcances ; los efectos del negocio jurídico de prestación de servicios de anestesiología en el caso concreto ; las causas que invoca la parte convocada para justificar legalmente la terminación del contrato con un pronunciamiento expreso de este Tribunal sobre dichas causas; concluirá sobre la procedencia o no de responsabilidad civil contractual de la parte convocada en el caso que nos ocupa, despachando de paso las excepciones de mérito propuestas y finalmente, si el asunto lo amerita, abordará el tema de los perjuicios derivados de la terminación unilateral del contrato, haciendo un pronunciamiento sobre la procedencia de todos los pedidos por la parte convocante.

10. 4 Interpretación de la solicitud de convocatoria en cuanto a sus pretensiones

La parte convocante plantea su primera pretensión en los siguientes términos:

*"1. Solicito se sirva declarar la **resolución** del contrato de prestación de servicios de tipo civil suscrito entre la sociedad que represento UNION DE MÉDICOS ANESTESIOLOGOS UNIMEDAS LTDA y la sociedad denominada HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. (hoy en liquidación), por incumplimiento de esta última" (Las negrillas no corresponden al texto).*

³⁴ Obra citada, página 78

³⁵ Obra citada, página 106

La pretensión procesal determina los contornos del territorio en el que la actividad decisoria del juez debe desenvolverse. La jurisprudencia patria ha manifestado en reiteradas ocasiones, que el juez está facultado para interpretar la demanda de manera racional y lógica; especialmente cuando ésta es oscura e imprecisa. En ese orden de ideas la misión de tal interpretación no es otra que precisar su verdadero alcance, mediante una operación con la que se verifica el significado jurídicamente relevante del libelo introductorio.

El Tribunal estima, luego del estudio y análisis del contenido integral de la solicitud de convocatoria o demanda que, no obstante que en la primera pretensión de la demanda, la parte convocante solicita se decrete la resolución del contrato de prestación de servicios, lo que en realidad pretende es la terminación del citado contrato.

Aunque los conceptos de resolución y terminación tienen como sustento básico el incumplimiento, el primero tiene efectos retroactivos y se aplica para negocios jurídicos de ejecución instantánea, en tanto que la terminación solo se aplica a negocios jurídicos de tracto sucesivo y solo tiene efectos hacia el futuro.³⁶

Lo anterior no tiene reparo alguno, no solo porque la parte convocante, en su demanda, utilizó la expresión terminación en los hechos cuarta y quinta, sino también porque ha puesto de presente el fenómeno del incumplimiento tanto en los hechos de la demanda como en las pretensiones.

Frente a la procedencia de la interpretación de la demanda por parte del juzgador, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil³⁷ expresó:

“Ciertamente, según lo tiene averiguado la doctrina del derecho procesal, cuando al tiempo de fallar el juez se encuentra frente a una demanda que adolece de imprecisión, bien sea en la forma como se hallen concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho o ya en las unas o en los otros está en el deber de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tomar en cuenta todo el conjunto de ese libelo, y, además, en los casos en que ello fuere menester para precisar su verdadero alcance, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Solo así puede llegar, frente a la demanda, a su procedente interpretación racional y lógica (...).”

En la sentencia del 15 de diciembre de 1970, Tomo CXXXVI, Pag. 177, 1ª. Dijo la corte al respecto: *“La conformidad o consonancia que debe existir entre el petitum y la sentencia estimatoria no debe ser de tal naturaleza que el fallo tenga que reproducir textualmente las peticiones del libelo. El deber que tiene el sentenciador de interpretar la demanda para conocer el verdadero alcance de ella, está acorde con la obligación que le impone el artículo 471 del Código Judicial, en su último inciso, al*

³⁶ Más adelante este Tribunal complementará esta idea con ayuda de la doctrina.

³⁷ Sentencia del 30 de abril de 1976, con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén.

establecer que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Estos dos deberes no se rechazan o se excluyen; por el contrario, se complementan en el logro del común destino de los procedimientos que es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial (...)”

En conclusión este Tribunal entiende que la parte convocante busca que se declare la terminación del contrato de prestación de servicios de anestesiología, por incumplimiento de la convocada, más las demás pretensiones consecuenciales de perjuicios contenidas en la demanda, de tal manera que el análisis del tema de fondo de este proceso se abordará y resolverá bajo esta perspectiva.

10.5 Los efectos del negocio jurídico especialmente su obligatoriedad³⁸

El artículo 1602 del Código Civil colombiano, consagra el postulado de la obligatoriedad de los contratos, en los siguientes términos:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Sin duda alguna, esta norma consagra la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones negociales, hasta el punto de que algunos doctrinantes llegan a asimilar el elemento manifestación de la voluntad a verdaderas normas jurídicas obligatorias, tal como si las prestaciones a que se obligaron las partes fueran impuestas por el propio legislador.³⁹

Lo anterior quiere decir que las partes ligadas en virtud de un contrato, tienen el deber ineludible de cumplir sus prestaciones y solo podría ser cesado en sus efectos, por mutuo acuerdo o por causas legales.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil-Agraria⁴⁰, comentando los alcances de este postulado expresó lo siguiente:

“.1. Es regla principalísima, amen que vertebral del derecho contemporáneo de los contratos y de las obligaciones, que aquellos, lato sensu, son ley para las partes y que, por ende, no pueden ser “invalidados” sino por mutuo asentimiento o por motivos legales.

³⁸ Algunas de las ideas desarrolladas en este punto del laudo, fueron tratadas en un Tribunal de Arbitramento convocado por Piedad Barrios Angulo y otros contra Tele Cartagena S. A. E. S.P.” En Liquidación”, el cual se tramitó por conducto del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.

³⁹ Teoría General del contrato y del negocio jurídico, Guillermo Ospina Fernández.

⁴⁰ Sentencia del 14 de diciembre de 2001, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

“Así, expresa y categóricamente, fue establecido en el artículo 1602 del Código Civil patrio, tributario, en este puntual tópico, del artículo 1134 del Código Civil Francés, a su turno influido por la doctrina volitiva-o voluntarista- prohijada con hincapié por la célebre Escuela Clásica del Derecho Natural, así como por el pensamiento liberal e individualista que acentuadamente campeó en la Escuela de la Exégesis y en la generalidad de las legislaciones decimonónicas.

“La fuerza vinculante que emerge del contrato (*pacta sunt Servanda*), en particular el nacido por la conjunción o convergencia de voluntades individuales (*mutuum consensus*) imposibilita entonces que una de las partes, *motu proprio*, derogue la ley negocial-o *lex contractu-* y por esa vía, pueda válidamente sustraerse de atender el deber de prestación que le incumbe, propósito que-por regla-sólo puede lograrse por la aquiescencia expresa o tácita de quienes estructuraron primigeniamente la convención (axioma de la intangibilidad *in negotio*), pues, al fin y al cabo, como de antiguo se ha predicado, nada es tan natural y consecuente de cara a la lógica, como disolver un vínculo de la misma manera como inicialmente se gestó, esto es, en virtud de la exteriorización de las voluntades coincidentes de los propios cocontratantes (*mutuum disensus*).

“Bajo este entendimiento, fácil resulta comprender que los negocios jurídicos, por regla general, fenecen por el mutuo disenso de las partes (artículos 1602 y 1625 del C. C.) ; o por la declaración judicial de resolución o de terminación cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts.1546 y 1625 num.9 C. C. y 870 C. de Co.) ; o por el pronunciamiento judicial de nulidad absoluta o relativa, fundado en la existencia de una causal concerniente a su invalidez (arts. 1625 num 8 y 1740 y ss. *ib.*). Fuera de estos conocidos supuestos- y de algunos otros expresamente previstos por el legislador (peje : tratándose de la aplicación de la teoría de la imprevisión), importa acotarlo, las partes de un contrato, merced a la ratio que lo inspira, deben plegarse al designio negocial expresado *ex- ante* (principio de fidelidad negocial) lo que implica que la solitaria e insular voluntad de una de ellas de apartarse del contenido de las cláusulas que contribuyó a diseñar, o a las que adhirió en señal de aceptación-una de ellas referente a la vigencia del acuerdo respectivo- es insuficiente y, por contera, anodina para producir el resultado de ponerle fin al contrato- y, de paso, privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial, e interrumpir su pervivencia espacio temporal”.

Más recientemente, en sentencia del 30 de octubre de 2007, con ponencia del Magistrado Edgardo Villamil Portilla, utilizando un lenguaje más sencillo, sobre este postulado de la obligatoriedad de los contratos, expresó la Corte:

“1. Lo que ha quedado expuesto muestra que el debate trata de la interpretación del contrato, asunto en el cual desde luego va involucrada la capacidad de comunicación humana y de modo especial la escrita, pues las partes dejaron huella de cómo se propusieron coordinar sus voluntades y recursos para el logro de unos fines contractuales de interés común. Acontece en casos como el presente, que una vez emitida la declaración contractual, ella gana cierta autonomía y pasa a vivir no sólo en el texto de las prescripciones y descripciones del contrato, sino en la experiencia negocial

misma, es decir, en la forma de ejecución práctica que las partes hacen. “---Entonces, no está demás señalar que cuando los contratantes emiten la declaración, pierden el dominio sobre ella, pues la conjugación de las dos voluntades y su emisión crean una realidad que gana independencia, de modo que después de expresado el acuerdo, sus autores de manera individual no pueden recoger los pasos andados, para fijar, a la manera de cada uno el genuino alcance de su manifestación de voluntad, pues tal intento particular, que invariablemente lleva un sesgo, carece de eficacia para hallar el sentido mediante un laborío aislado y singular, sin tomar en cuenta que el contrato se concertó pluralmente. Rehacer el significado de un negocio jurídico, fijar sus alcances, es asunto que no está en poder de una sola de las partes, sino que forzosamente concierne a ambas y en últimas al juez en caso de desacuerdo insuperable. Y en general, si una de ellas procura adscribir significado al contrato, con exclusión de la otra, se descarta ese intento porque se sabe de antemano que cada quien buscará salvar los silencios y las penumbras del contrato del modo que mejor convenga a sus particulares intereses.”

Frente al tema de los efectos del contrato, Francesco Messineo⁴¹, considera que los principales son: su fuerza vinculante, la irresolubilidad por voluntad unilateral y el deber de ejecución del mismo.

El primer efecto consiste, según el autor citado

“ ..Que las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas.

“En algunos casos el estímulo a la actividad jurídica del sujeto está constituido por el interés en actuar, puesto que él se promete con esa actividad la consecución de un resultado...

“En el fondo, en la observancia y en la ejecución, reside el resultado práctico del contrato; es el resultado para cuya consecución se estipuló éste. Y que el contrato deba ser observado, es decir, que las partes cumplan con lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquel (de orden ético) del respeto a la palabra dada y de la consideración de que (aun prescindiendo del hecho de que el contrato es por lo común de prestaciones recíprocas y que, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes es el presupuesto de la observancia por el otro) el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas...”

“b) Observar el contrato significa, como se ha dicho, deber de ejecutarlo.

“La ejecución del contrato consiste en la prestación de la actividad necesaria para hacer posible su cumplimiento...”

⁴¹ Doctrina General del Contrato, página 143 y siguientes

“La ejecución del contrato es definitiva, es decir, es algo irrevocable y no sujeto a ser materia de arrepentimiento. Lo que las partes hacen, en ejecución del contrato válido, causa estado y no puede ser reducido a la nada, a menos que el contrato esté, por cualquier razón, destinado a caer...”

“d) El art. 1372 encierra, además, un segundo principio igualmente importante: a saber, el de que el contrato no puede ser disuelto o modificado ni aun parcialmente por voluntad unilateral, salvo los casos expresamente admitidos por la ley, porque, así como el contrato es el resultado de la voluntad concorde de las partes, así por lo común es preciso el concurso de dichas voluntades (el llamado mutuo consentimiento) también para efectuar su disolución o modificación”.

10.6 El principio de la obligatoriedad de los contratos en los negocios jurídicos de duración y sus alcances.

Conforme al artículo 1501 del Código Civil

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, la que son de su naturaleza y las puramente accidentales”.

La norma indica en la parte final

“Son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusula especiales”.

Uno de los ejemplos clásicos que trae la doctrina⁴² sobre elementos accidentales de un contrato son las cláusulas que contienen plazos o condiciones.

Según el artículo 1551 del Código Civil

“El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito...”.

Conforme al tratadista Guillermo Ospina Fernández⁴³

“El plazo o término puede definirse con la mayor propiedad como un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho (C. C., art. 1138)”.

El plazo, según el mismo autor, puede ser suspensivo o extintivo,

⁴² Véase, Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, sexta edición, página 36.

⁴³ Régimen General de las Obligaciones, reimpresión de la cuarta edición, página ,234 y siguientes.

“según que suspenda el ejercicio del derecho o que extinga el derecho mismo...”.

El plazo se puede extinguir de tres maneras: por vencimiento del mismo, por renuncia o por caducidad.

El vencimiento

“Tiene lugar cuando el hecho futuro y cierto acaece, como por ejemplo, cuando llega la fecha determinada que se ha señalado para el cumplimiento de la obligación”⁴⁴

En el evento de que las prestaciones derivadas del contrato estén sujetas a plazo extintivo, mientras este pende, las obligaciones producen los mismos efectos que cualquier obligación pura y simple. El vencimiento del plazo pactado acarrea la extinción de las obligaciones derivadas del negocio jurídico y pone fin a su eficacia futura.

Guillermo Ospina Fernández describe las características del plazo extintivo en los siguientes términos:

“..a) Ser un hecho futuro en relación con el momento del otorgamiento o de la celebración del acto modalizado por él ; es claro que un acto no puede extinguirse antes de existir ; b) ser cierto, es decir, saberse dentro de las previsiones humanas que seguramente se realizará el hecho que lo constituye, así la llegada de un día determinado o la muerte de una persona, y c) que de tal hecho penda la extinción de un derecho o, en general, la eficacia del acto modalizado”.⁴⁵

10.7 Los efectos del negocio jurídico de prestación de servicios de anestesiología en el caso concreto.

Atendiendo las anteriores consideraciones de carácter jurídico, este Tribunal se propone seguidamente examinar el caso que nos ocupa.

Entre las partes convocante y convocada se celebró por escrito un contrato de prestación de servicios el 13 de agosto de 2005, en virtud del cual, la parte convocante se obligó a favor de la parte convocada a:

” la prestación de servicios de anestesiología: *“atención a los pacientes, exámenes clínicos o técnicos propios de dichos servicios, el diagnóstico respectivo; la explicación de los alcances de dichos servicios de manera detallada a el CONTRATANTE, en formatos escritos suministrados por ésta o de manera electrónica, según ella lo disponga; el suministro de la información necesaria para la remisión de los pacientes a otros servicios o a otros profesionales y toda otra actividad conexa o complementaria de las mismas.”* (Cláusula primera del contrato, ver folios 28-34).

⁴⁴ Obra citada, página 238.

⁴⁵ Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, página 543.

Como contraprestación por esos servicios, la parte convocada se obligó a pagar a la parte convocante una suma de dinero equivalente al 90% del valor de las tarifas por los servicios prestados a pacientes de prepago y particulares, en los plazos y previo el cumplimiento del procedimiento señalado en la cláusula segunda del contrato.

En la cláusula cuarta del contrato las partes pactaron un término de duración de diez (10) años contados a partir de la legalización del contrato, entendiéndose por tal la aprobación de las garantías de que trata el artículo séptimo del mismo contrato.

Este contrato se extinguió al adoptar la parte convocada la decisión de disolver la sociedad y entrar en estado de liquidación, lo que generó la cesación en el desarrollo del objeto social de la compañía.

El contrato de prestación de servicios celebrado y que venía ejecutándose por ambas partes de manera normal, está sometido a plazo de carácter extintivo, lo que quiere decir que los efectos del mismo se gestaron con su celebración y debían culminar con el cumplimiento de dicho término o plazo.

Por tanto la expectativa que cada uno de los contratantes tenía una vez celebrado el contrato se centraba en el cumplimiento cabal de todas las obligaciones derivadas del mismo, entre las cuales se encontraba el plazo del contrato. Mientras que la convocada tenía la expectativa de que la parte convocante que suscribió el contrato mantuviera a su disposición la prestación de los servicios de anestesiología durante todo el término pactado, de la misma manera la parte convocante guardaba la expectativa de que se le permitiera la prestación de sus servicios, en la forma acordada y por ende recibir el pago de la remuneración pactada durante ese mismo lapso.

En otras palabras, las partes convocantes y convocada, una vez celebrado el contrato en mención, asumieron el deber de respetar no solo el contrato en su integridad, sino cada una de sus cláusulas, obviamente incluyendo el término o plazo pactado.

10.8 La terminación de los contratos de tracto sucesivo de duración definida y en particular del contrato celebrado entre las partes convocante y convocada.

Anteriormente se dijo que, aunque la parte convocante pidió en la demanda la resolución del contrato de prestación de servicios, este Tribunal, en uso de la facultad de interpretar la demanda, estima que se trata de una pretensión de terminación, con las demás consecuencias patrimoniales pedidas en la demanda.

Para desarrollar este tema nos apoyaremos en el artículo denominado “La terminación unilateral del contrato ad nutum” del profesor Ranfer Molina Morales,⁴⁶ quien al hacer un estudio detenido y juicioso

⁴⁶ Este artículo hace parte de la Revista de Derecho Privado número diez (10) editada por la Universidad

del tema, nos ilustra con diversos aspectos que son pertinentes para el caso que ocupa la atención de este Tribunal.

En primer lugar el citado autor parte del presupuesto de la fuerza obligatoria de los contratos que trata el artículo 1602 del Código Civil, que es pilar fundamental del derecho de los contratos y garante de la seguridad jurídica, el cual, dice que debe ser complementado con otro principio quizá más importante que es el de la buena fe contenido en el artículo 1603 del Código Civil, para concluir que con esta norma es posible controlar el comportamiento de las partes en la ejecución de sus prestaciones, exigirles deberes de lealtad, cooperación, diligencia y deducirles obligaciones no pactadas en el contrato pero que son consecuencia natural del mismo.

Al referirse a la diferencia entre los conceptos de resolución y terminación, el citado autor expresa:

“El Código de Comercio acoge la distinción doctrinal y jurisprudencial entre resolución y terminación, la primera con efectos retroactivos y reservada para contratos de ejecución instantánea, y la segunda con efectos hacia el futuro, y aplicable a contratos de ejecución sucesiva. De cualquier forma, sea que hablemos de resolución o de terminación por incumplimiento, la regla general es la necesidad de acudir al juez para que la decrete. Ante el incumplimiento de una de las partes el contrato no se resuelve de pleno derecho.

La resolución y terminación judicial están subordinadas al incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes y deben ser decretadas por el juez, mientras que la terminación unilateral es un acto de libertad individual que produce efectos extintivos por la sola voluntad de su autor. Adicionalmente, la resolución tiene efectos retroactivos mientras que la terminación unilateral, efectos hacia el futuro”.⁴⁷

“...No obstante la divergencia terminológica, sin lugar a dudas la denominación que mejor se acomoda al derecho colombiano para calificar la ineficacia de un contrato de ejecución sucesiva sin alterar los efectos ya producidos es “terminación”, que es precisamente la que utiliza el legislador nacional.⁴⁸ Al añadirle la palabra “unilateral” queremos significar que la ineficacia futura de un contrato es el resultado de la voluntad de uno de los contratantes y no del común acuerdo de las partes”.

“No existe ninguna norma con carácter general ni en el Código Civil ni en el de comercio que defina o reglamente la terminación. Le ha correspondido a la doctrina estudiar la figura, para concluir que no es aplicable a todo tipo de contratos sino únicamente a los de tracto sucesivo, principalmente a

Externado de Colombia, páginas 125 y siguientes.

⁴⁷ Obra citada, página 131 y 132

⁴⁸ Cfr., los siguientes artículos del Código de Comercio : 868,870,973,977, 1060,1068, 1107,1197 y 1389

aquellos en los que no se pactó término de duración, y excepcionalmente a los de duración determinada”.⁴⁹

Al referirse a la diferencia que se presenta entre la terminación unilateral en los contratos de duración definida e indefinida, el autor citado, con propiedad expresa

“...Si hemos hecho alusión a los contratos de ejecución instantánea, es únicamente para contraponerlos a los de ejecución sucesiva, la categoría que nos interesa, por cuanto solo a ella le es aplicable el régimen de la terminación unilateral. En esta categoría podemos distinguir entre los contratos de duración indefinida, aquellos concluidos sin determinación de tiempo y los contratos de duración definida, en los que las partes han pactado un término de duración. Esta distinción tiene importancia en la medida en que condiciona el ejercicio de la terminación unilateral.⁵⁰ En efecto, el derecho de terminación unilateral es la regla general tratándose de contratos de duración indefinida, mientras que es la excepción en los contratos de duración definida. Para Azema, la distinción entre los contratos de duración definida y los de ejecución indefinida no tiene interés alguno durante la etapa de la ejecución, y no es sino al momento de la terminación de la relación contractual cuando surgirán todas las consecuencias de la determinación o indeterminación de la duración....⁵¹.....”⁵²

En efecto, el citado autor, al desarrollar el concepto de terminación unilateral de los contratos de duración definida⁵³ parte del respeto por el término pactado y plantea algunas excepciones a esa regla general:

“Regla general: el término debe respetarse. Si la regla general en los contratos de duración indefinida es la posibilidad para las partes de darlos por terminado en cualquier momento, tratándose de contratos de duración definida la regla general es que los contratantes deben respetar el vencimiento del término. El fundamento no es otro que la fuerza obligatoria del contrato. No obstante lo anterior, de manera excepcional la ley consagra algunos casos en los cuales es posible dar por terminado un contrato de manera unilateral, no obstante existir un término de duración.

Excepciones al cumplimiento del término. Las hipótesis especiales de libre terminación son autorizadas por la ley por razones diferentes, las cuales podemos agrupar en dos categorías dependiendo de si la facultad de terminación es concedida a uno o a ambos contratantes”.⁵⁴

A continuación, el autor menciona los casos señalados en la ley en que la facultad de terminar el contrato de manera unilateral es concedida a ambos contratantes, como en los contratos de cuenta

⁴⁹ Obra citada, página 134

⁵⁰ Ch.Larroumet. Droit civil : les obligations,le contrat,5^a ed,III, París, Económica,2003

⁵¹ J.Azema.La duree des contrats succesifs, Paris, LGDF, Bibliotheque de Droit privé,t.102, 1969

⁵² Obra citada, página 137

⁵³ Que es el que interesa a este Tribunal para decidir el presente caso.

⁵⁴ Obra citada, páginas 143 y 144

corriente bancaria, de seguros, de mandato, de arrendamiento de servicios inmateriales; así como también los eventos en que la facultad de terminación le es concedida a una sola de las partes contractuales: negocios jurídicos de depósito y anticresis.

Atendiendo que el contrato terminado en este caso es de prestación de servicios que, en el lenguaje del Código Civil se denomina “arrendamiento de servicios inmateriales”,⁵⁵ es preciso que este Tribunal se detenga a analizar el alcance del artículo 2066 del estatuto civil que textualmente dice:

“Cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado.

“Si la retribución consiste en pensiones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en este no se haya estipulado desahucio y la anticipación será de medio periodo a lo menos”.

No obstante la perentoriedad de la norma, ésta ha sido interpretada en el sentido que solo tiene aplicación cuando en dicho contrato no se haya pactado término de duración. El autor citado⁵⁶ es elocuente al comentar el alcance de dicha norma, amparado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“El artículo 2066 C.C. establece que cualquiera de las partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado. Nos parece que la contundencia de la expresión cuando quiera da a entender que esa facultad de terminación opera en todo momento, sin importar que exista término de duración o no. Las mismas razones que justifican la terminación anticipada del mandato sirven para explicar la facultad de terminación unilateral en este contrato. No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, dar por terminado el contrato de servicios cuando se haya fijado un término de duración, y que el artículo 2066 solo tiene aplicación cuando en el contrato no se hubiere estipulado término de duración.⁵⁷”

De lo anterior se concluye que el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes convocante y convocada, pactado por el término de diez (10) años, el cual venía ejecutándose y que terminó una vez disuelta y en estado de liquidación la sociedad convocada, no tiene una justificación en la ley para ello.

Falta aún por establecer a este Tribunal si hubo una causa diferente que permitiera a la parte convocada terminar dicho contrato, sea que esté en la ley o haya sido pactada en el mismo contrato, para lo cual atenderá los argumentos que expuso en su defensa.

⁵⁵ Regulado en los artículos 2063 al 2069 del Código Civil

⁵⁶ Página 145

⁵⁷ Casación del 22 de junio de 1940, XLIX, 548.

10.9 Las causas que invoca la parte convocada para justificar legalmente la terminación del contrato

El autor citado Ranfer Molina Morales⁵⁸, al hablar de las cláusulas previstas por las partes para la terminación, señala que en los contratos de duración indeterminada

“...una cláusula de terminación unilateral en principio es innecesaria y simplemente sería un recordatorio de la facultad que la ley reconoce a las partes de poner fin al contrato en cualquier momento...En cambio, en los contratos de duración determinada una cláusula de terminación unilateral permite poner fin al contrato antes del vencimiento del término. Este pacto es perfectamente válido siempre que no se oponga a una norma imperativa...”.

Luego de revisado el contenido integral del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes convocante y convocada, este Tribunal concluye que no existe pacto alguno expreso sobre esa facultad de terminación unilateral, antes del vencimiento del término pactado. La cláusula cuarta que señala el término de duración no contiene una previsión en tal sentido, así como tampoco se observa otra cláusula contractual al respecto.

Por el contrario, la voluntad de las partes plasmada en el contrato se inclina en sentido contrario, es decir por el respeto absoluto del término de duración. La cláusula novena del contrato en el literal B), consagra dentro de las causales de terminación del contrato, el vencimiento del término de duración siempre y cuando no se haya prorrogado en los términos del contrato, lo que está previsto en el párrafo primero de la cláusula cuarta por cinco años adicionales.

Comentario especial merece el párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato, que dispone

“PARAGRAFO SEGUNDO: Durante la vigencia inicial de diez años del contrato cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato dando un aviso de seis (6) meses de antelación, caso en el cual la parte que desea terminarlo deberá cancelarle a la otra una suma equivalente al promedio de la facturación de los servicios que faltaren para ser prestados, que en todo caso no podrá ser inferior al equivalente a la facturación del año inmediatamente anterior multiplicado por el año, a título de indemnización”.

En esta disposición puede apreciarse como la intención de las partes celebrantes del contrato, fue que se respetara el término de duración del mismo; era de tal importancia este aspecto, que en el evento que en desarrollo del contrato una de ellas decidiera hacer uso del derecho a solicitar la terminación unilateral, previo aviso, asumiría una consecuencia económica.

⁵⁸ Obra citada, páginas 150 y 151

Esta disposición puede prestarse para imprecisiones o malos entendidos, respecto de su alcance, máxime si la parte convocante ha invocado esa cláusula para efectos de cuantificar los perjuicios que reclama.

El tratadista mencionado⁵⁹ al comparar la noción de terminación unilateral con otras figuras cercanas, expresa lo siguiente:

“El derecho de retracto, de arrepentimiento o de desistimiento, designa la manifestación de voluntad de desligarse unilateralmente de un contrato, retomando el consentimiento previamente otorgado, como si éste nunca hubiere existido. El derecho de retracto tiene su origen en el contrato o en la ley. En el primer caso encontramos las arras penitenciales, en las que cualquiera de los contratantes puede dejar sin efectos el contrato celebrado, perdiendo las arras el que las haya dado, o entregándolas dobladas el que las haya recibido (arts.1859 C.C. y 866 C. Co.).

“La ley prevé algunos casos de retracto, como cuando le permite al pasajero desistir del transporte contratado (art.1002 C. Co.), al comprador desistir del contrato de compraventa cuando el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega de la cosa (inc.2 art.1882 C.C.),... ”.

“El derecho de retracto es siempre potestativo en la medida en que queda al arbitrio de su titular decidir si lo ejercita o no. En algunos casos es discrecional puesto que depende de la sola voluntad de quien lo ejerce, sin necesidad de justificar nada. Otras veces el derecho a desistir es consecuencia del incumplimiento de una de las partes. En fin, la retractación puede hacerse efectiva antes de la ejecución del contrato (tratándose de las arras es obligatorio), otras veces puede hacerse cuando la ejecución ya ha comenzado, como en el contrato de obra.

“Existen algunas diferencias entre derecho de retracto y la terminación unilateral. En primer lugar, el derecho de retracto concierne tanto a contratos que todavía no han comenzado a ejecutarse como aquellos cuya ejecución ha principiado, mientras la terminación unilateral solo tiene relevancia en contratos cuya ejecución se está desarrollando. En segundo lugar, mientras la retractación opera en todo tipo de contratos, sin importar que sean de ejecución instantánea, de ejecución prolongada (locatio operis) o de tracto sucesivo, la terminación unilateral concierne exclusivamente a estos últimos. Finalmente el retracto puede tener tanto efectos retroactivos como hacia el futuro, mientras que la terminación unilateral opera solo hacia el futuro”.

Examinadas las características que tiene el derecho de retracto y su relación con la terminación unilateral, este Tribunal concluye que en el caso que se desata y conforme a la forma cómo ocurrieron los hechos, no se configuró el derecho de retracto, sino la terminación unilateral.

⁵⁹ Obra citada, páginas 130 y 131

En efecto la extinción del contrato de prestación de servicios de anestesiología no estuvo precedido de aviso alguno, verbal o escrito, dado por la parte convocada a la parte convocante; en el expediente no existe prueba alguna en tal sentido; tampoco hay evidencia de que ese aviso se haya hecho con la anticipación de seis meses de que trata el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato. En síntesis no hubo la voluntad desplegada por la parte convocada de desligarse del contrato, en ejercicio de esa previsión contractual.

Más bien, las pruebas obrantes en el proceso, apuntan a demostrar que se dio fue una terminación unilateral del contrato, que fue consecuencia directa de la decisión de la asamblea general de accionistas de disolver y liquidar la sociedad convocada, tal como se aprecia con el material probatorio obrante en el proceso.

El señor Alfonso Piñeres Perdomo, en su condición de representante legal, como liquidador, de la parte convocada Hospital de Bocagrande S.A. “En Liquidación”, al responder el interrogatorio de parte a que fue sometido, frente a la pregunta de cómo se dio la terminación del contrato de prestación de servicios que nos ocupa, expresó:

“Como representante legal del HOSPITAL DE BOCAGRANDE S.A., y hoy en mi condición de Representante Legal de HOSPITAL BOCAGRANDE EN LIQUIDACIÓN no he expedido comunicación alguna dando por terminado el contrato de prestación de servicios entre UNIMEDAS LIMITADA y HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. Como quiera que en Asamblea de Accionistas de marzo 27 del año 2008 se definió y se aprobó la disolución y liquidación de la entidad que represento, acto que fue protocolizado mediante Escritura Pública y registrado en la Cámara de Comercio de Cartagena, y por mandato de la ley a la entidad HOSPITAL BOCAGRANDE hoy EN LIQUIDACIÓN se le prohíbe seguir desarrollando su objeto social, **lo que obligó a la suspensión de actividades dentro del marco legal.**”⁶⁰(Las negrillas no corresponden al texto).

El testigo Ricardo Segovia Brid⁶¹ al preguntársele sobre este específico asunto contestó:

“Ni a UNIMEDAS ni a ningún tercero se le comunicó terminación de contrato, por sustracción de materia, al desaparecer la institución era imposible continuar con la prestación de servicios a través de esos contratos”.

“...sabíamos que en el instante que declaramos la liquidación, no podíamos prestar los servicios objeto de la existencia de nosotros”.

“Si, existió asesoría, lo que no sé es, porque no soy abogado, es si al día siguiente de votada la liquidación, el hospital podía seguir prestando servicios, lo que si entiendo es que la institución, una vez entrada oficialmente y por ley en liquidación, no podía seguir desarrollando su objeto social”.

⁶⁰ Folio 16 al 19 cuaderno de pruebas.

⁶¹ Folio 118 al 123 cuaderno de pruebas.

Al preguntársele sobre si la declaratoria de disolución por parte de la asamblea generaba la terminación de facto de todas las contrataciones con terceros, respondió no saberlo.

El problema jurídico que debe abordar este Tribunal seguidamente consiste en determinar si son jurídicamente procedentes las causales esgrimidas por la parte convocada para adoptar la decisión de terminar el contrato de tracto sucesivo de prestación de servicios de anestesiología celebrado con la parte convocante, a término fijo, sin que se haya vencido el término pactado en el mismo, es decir, si ellas configuran causas legales que justifiquen la ruptura anticipada del contrato, sin la consiguiente obligación de reparar los perjuicios derivados de esa terminación.

La parte convocada al contestar la demanda ha planteado varias causas que, en su criterio, la legitimaron jurídicamente para adoptar la decisión de darlo por terminado, antes del vencimiento del plazo pactado. En primer lugar, aduce el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte convocante⁶²; en segundo término, justifica la terminación del contrato como una consecuencia del estado de disolución y liquidación en que se encuentra la convocada, por decisión adoptada por los accionistas, para evitar el estado de liquidación obligatoria que podría sobrevenir como consecuencia de las pérdidas acumuladas y la no viabilidad del desarrollo del objeto social, estado que, por ministerio de la ley y según la parte convocada, implica que no puede desarrollar su objeto social⁶³ y en tercer lugar, la circunstancia de no existir pacientes que permitieran el desarrollo del contrato⁶⁴.

Veamos cada una de estas causales, detallando los argumentos de la parte convocada, las pruebas de las mismas y finalmente el pronunciamiento de este Tribunal.

10.10 El incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la parte convocante.

Sostiene la parte convocada que la parte convocante incumplió con varias de las obligaciones a su cargo y que debió honrar con anterioridad a las suyas.⁶⁵

Al desarrollar los hechos y argumentos de la excepción de mérito que denominó “EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO”⁶⁶, la parte convocada plantea que la parte convocante no cumplió con dos obligaciones pactadas en el contrato: una en el parágrafo del artículo quinto del contrato y otra en el artículo duodécimo, consistentes, respectivamente, en que no envió mensualmente, por mensualidades vencidas, dentro de los quince primeros días hábiles de cada mes la evidencia del pago a sus trabajadores de salarios, aportes a la seguridad social y demás conceptos a su cargo, por una parte, y que no constituyó las pólizas de cumplimiento del contrato, de pago de prestaciones

⁶² Ver en la contestación de la demanda, respuesta al hecho cuarto de la demanda. (Folio 62 del cuaderno principal).

⁶³ Esta circunstancia se extrae de la respuesta al hecho quinto de la solicitud de convocatoria, aunque con una redacción un poco defectuosa (folio 62 cuaderno principal).

⁶⁴ Se desprende de la lectura de la respuesta al hecho quinto de la solicitud de convocatoria.

⁶⁵ Ver respuesta al hecho sexto de la solicitud de convocatoria.

⁶⁶ Folios 66 al 68 cuaderno principal.

sociales y demás conceptos laborales de las personas contratadas o que llegue a contratar en desarrollo del contrato.

Concluye la parte convocada que habiendo incumplido la parte convocante con esas obligaciones a su cargo, no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de la parte convocada, ya que estas deben cumplirse después de aquellas. Estos mismos supuestos fácticos, en esencia, son desarrollados por la parte convocada en la excepción de mérito que denominó “ILEGITIMIDAD PARA INCOAR LA ACCION RESOLUTORIA”.

Al descorrer el traslado de la excepción de mérito citada, la parte convocante, sostiene que el cumplimiento de un contrato obedece a las obligaciones principales, sin las cuales este no puede ejecutarse; que cumplió como contratista con las obligaciones principales pactadas pues el servicio de anestesiología fue prestado de manera eficiente, sin reproches ni llamados de atención por parte del Hospital de Bocagrande, lo cual no ocurrió con esta sociedad por cuanto fue morosa en el pago de los servicios prestados.⁶⁷

Un sector de la doctrina⁶⁸ sostiene que los elementos axiológicos de la excepción de contrato no cumplido son los siguientes: reciprocidad de las obligaciones, el incumplimiento del actor, que el demandado no esté en mora y que el incumplimiento del actor sea grave. Este autor, al referirse a éste último requisito expresa:

“Finalmente para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irroque al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta. Si tal incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio es irrisorio, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisibles abusos de las vías procesales, como lo han declarado la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia en que rechazó la procedencia de la excepción en el caso en que un asegurador se negaba a pagar cuantiosa indemnización pactada, porque el asegurado, autorizado para pagar la prima por instalamentos, aún debía una suma irrisoria. (Sentencia no publicada)”.

De la misma manera que nuestra jurisprudencia exige un incumplimiento significativo del contrato para que pueda abrirse paso a la resolución contractual, para que el contratante demandado en resolución contractual se defienda alegando la excepción de contrato no cumplido de manera exitosa, tal incumplimiento debe revestir las características de ser importante y grave.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al respecto dijo:

⁶⁷ Folio 131 al 134 del cuaderno principal.

⁶⁸ Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, Teoría general del contrato y del negocio jurídico, Temis, sexta edición, páginas 588 y siguientes.

“6.1. Preliminarmente, se debe recordar que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento requiere la presencia de varios presupuestos o requisitos que, aunque no generan unanimidad en la doctrina, se han concretado tradicionalmente en la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento de uno de los contratantes y el cumplimiento o la disposición a cumplir del otro. Igualmente, se ha indicado que en la institución de que se trata resulta protagónica la figura del incumplimiento, como elemento estructural de esta causa de extinción de los contratos, pues, sobre la base del respeto al principio de normatividad de los negocios jurídicos, se establece una circunstancia excepcional que permite solicitar a la administración de justicia la aniquilación de la relación contractual, consistente en que uno de los contratantes –deudor de determinados deberes de prestación- ha incumplido o desatendido sus compromisos, y dicho incumplimiento es de tales características que puede dar lugar a que se adopte una solución del mencionado temperamento o rigor. Por lo anterior, cuando se alude al señalado requisito se lo denomina como *incumplimiento resolutorio*⁶⁹, por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato.

“Es decir, es bien sabido que la expresión *incumplimiento* tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.). Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del “programa obligacional” previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento⁷⁰,

⁶⁹ Díez Picazo, Luis. Los incumplimientos resolutorios. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005. Clemente Meoro, Mario E. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Tirant lo blanch. Valencia, 1998. Págs. 237 y ss. Ibáñez, Carlos Miguel. Resolución por incumplimiento. Astrea. Buenos Aires, 2006. Págs. 176 y ss. Dell’Aquila, Enrico. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981. Págs. 170 y ss.

⁷⁰ El artículo 1455 del Código Civil italiano establece que “[e]l contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra”. En sentido semejante el canon 325 del Código Civil alemán. Valencia Zea, Arturo. Derecho

determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un *término esencial*-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la *economía del contrato*.

6.2. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a considerar la gravedad del incumplimiento como elemento que se debe tener en cuenta para definir la prosperidad de la pretensión resolutoria. Así, por ejemplo, en sentencia del 11 de septiembre de 1984, la Corte señaló que *“[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra” (...)*. Y en esa misma providencia se señaló que la gravedad del incumplimiento debe ser analizada de manera específica según el asunto particular objeto de estudio, para lo cual *“[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.”*.⁷¹

Por otra parte, el tratadista Hernán Darío Velásquez Gómez⁷² al referirse a los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido señala la existencia de un contrato del que surjan obligaciones para ambas partes y la ausencia de mora del demandado.

Más adelante el autor señala que

“La excepción de contrato no cumplido procede aun cuando el incumplimiento del demandante no sea grave, siempre y cuando el del demandado no haya sido grave, o exista una enorme desproporción entre el incumplimiento del demandante y la prestación del demandado, o el incumplimiento del demandante sea calificable como irrisorio...”

“La excepción de contrato no cumplido no es más que una legítima defensa que tiene uno de los contratantes frente al otro que le ha causado daño con el incumplimiento. En tal medida los criterios de razonabilidad y proporcionalidad deben ser tenidos en cuenta para determinar hasta dónde esa legítima defensa es admisible. Medios irrazonables o desproporcionados no pueden justificar una

Civil. Tomo III, De las obligaciones. Págs. 178 y 179. Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Pág. 153. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999. En el mismo sentido para el derecho español, Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Pág. 710. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

⁷¹ G.J., CLXXVI, p. 247.

⁷² Estudio sobre obligaciones, editorial Temis, edición 2010, páginas 305 y siguientes

excepción de contrato no cumplido. Cada caso exigirá un análisis de los hechos para llegar a una conclusión justa...”

Examinados los presupuestos fácticos de la excepción de contrato no cumplido propuesta por la parte convocada, este Tribunal estima, que si bien es cierto las obligaciones a que se refiere la parte convocada no se cumplieron, tal cual fueron pactadas, ello no es circunstancia que sirva para configurar la excepción de contrato no cumplido, debido a que dichas obligaciones no son trascendentales y esenciales en el desarrollo del contrato.

En efecto, se demostró en este proceso que la parte convocante, durante la ejecución del contrato de prestación de servicios no envió mensualmente, por mensualidades vencidas, dentro de los quince primeros días hábiles de cada mes la evidencia del pago a sus trabajadores de salarios, aportes a la seguridad social y demás conceptos a su cargo. Ello se encuentra acreditado con la aseveración hecha por parte del perito contable Eliecer Quiróz Ruíz, quien en su dictamen expresó:

“Al revisar la documentación y correspondencia de la parte convocante, puesta a mi disposición, no encontré remisión alguna de parte de la convocante a la convocada de documentos que evidencia el pago a sus trabajadores de salarios, aportes a la seguridad social y demás conceptos a su cargo”.⁷³

No obstante lo anterior, este Tribunal estima que éste incumplimiento preciso no tiene una trascendencia, importancia o gravedad frente al contexto del contrato celebrado, pues la obligación por excelencia de la parte convocante era la prestación del servicio de anestesiología, en los términos de la cláusula primera del contrato, de tal manera que el no cumplimiento cabal de la obligación que se echa de menos no produjo ninguna afectación en el interés de la parte convocada, que resquebrajara el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato, así como tampoco produjo un impacto frente a la *economía del contrato*. Prueba de ello es que esa prestación se encuentra incluida como parágrafo de la cláusula quinta del contrato, que se refiere a la autonomía de la parte convocante frente a la parte convocada, para los efectos de futuras incidencias laborales.

Además, se demostró en el proceso, que la parte convocante, en términos generales, cumplió con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social de sus trabajadores, tal como se aprecia del dictamen pericial ya mencionado.⁷⁴

Pero lo más importante es que esta específica obligación que invoca la parte convocada como fuente de la excepción de contrato no cumplido, no causó perjuicios de ninguna índole a la parte convocada; no hay evidencia de ello en el expediente, ni siquiera afirmación en tal sentido.

⁷³ Folio 145 cuaderno de pruebas.

⁷⁴ Folio 140 del cuaderno de pruebas.

Igualmente la falta de importancia de esta prestación se sustrae y evidencia del hecho de que la parte convocada, durante la ejecución del contrato, no haya mostrado evidencia de preocupación alguna por el no cumplimiento de este deber contractual de información. El representante legal de la parte convocada, al contestar interrogatorio de parte manifestó que luego de constituidas las pólizas no requirió por escrito a la parte convocante sobre el cumplimiento de este deber contractual.⁷⁵

El perito al responder la pregunta número 9 del cuestionario de aclaración del dictamen manifestó no encontrar evidencias de renovaciones o modificaciones de la póliza inicial,⁷⁶ pero tampoco se configura un incumplimiento grave y trascendental por el hecho de que la parte convocante no haya renovado las pólizas de cumplimiento del contrato, de pago de prestaciones sociales y demás conceptos laborales de las personas contratadas o que llegue a contratar en desarrollo del contrato. Para no ser repetitivos valen las mismas razones expuestas anteriormente, en cuanto a la no gravedad del incumplimiento y su no incidencia en el desenvolvimiento normal del contrato y no ser generadora de perjuicios para la parte convocada.

10.11 El estado de disolución y liquidación de la convocada por decisión de los accionistas

Dice la parte convocada, que El Hospital de Bocagrande S. A. “En Liquidación” a través de sus accionistas, adoptó la decisión de disolverse y colocarse en estado de liquidación, para evitar el estado de liquidación obligatoria que podría sobrevenir, como consecuencia de las pérdidas acumuladas y la no viabilidad del desarrollo del objeto social y que, por tanto, estando en esa situación jurídica, por ministerio de la ley, no puede desarrollar su objeto social.

Al desarrollar los hechos y argumentos jurídicos de la excepción de mérito que la parte convocada denominó inapropiadamente “BUENA FE”⁷⁷, sostiene que los señores Juan Manuel Benedetti Sarasti y Jairo Betancourt eran tanto accionistas como miembros de Junta Directiva del Hospital Bocagrande S. A., hoy en Liquidación y, como tales, participaron en la decisión de disolver y liquidar la compañía, además de que conocieron de primera mano la forma en que se gestó la decisión de declarar tal estado.

Igualmente sostiene la parte convocada que ambos participaron en las sesiones de junta directiva en que se abordaron los temas relacionados con la disolución y liquidación, sobre todo las causas por las cuales se llevaría dicha recomendación a la asamblea general de accionistas; que en tales sesiones no manifestaron inconveniente u objeción alguna a las causas de la disolución, conociendo las propuestas formuladas para entregar las instalaciones de la IPS en arrendamiento a distintos proponentes y lo que ello significaba con relación al contrato de prestación de servicios cuya

⁷⁵ Respuesta a la pregunta número dos del cuestionario. Folio 17 cuaderno de pruebas.

⁷⁶ Folio 145 cuaderno de pruebas.

⁷⁷ Este Tribunal entiende, en uso de las facultades de interpretación de los actos procesales, que la parte convocada quiso decir “MALA FE”.

terminación operó en virtud de esa decisión; que tampoco manifestaron objeción o reparo alguno y , más bien aprobaron la proposición tendiente a la disolución y liquidación de la sociedad convocada.

Concluye la parte convocada que esta actitud de la parte convocante no es coincidente con los hechos planteados y las pretensiones que reclaman en este proceso arbitral, por cuanto se estaría aprovechando de su propia incuria o culpa, con ausencia total de buena fe.

Por tanto, debe este tribunal, abordar y resolver dos problemas jurídicos: si la disolución y liquidación voluntaria de una sociedad, por si sola, es causal legal, para dar por terminados contratos de ejecución sucesiva cuyo término de duración aún no se había vencido ; y si la licitud de esa terminación puede desprenderse de la circunstancia de que los socios y representantes legales de la sociedad contratista hayan participado de manera personal, como accionistas y miembros de junta directa de la sociedad contratante, en la decisión de disolver y liquidar la compañía.

Este tribunal no ha encontrado un solo argumento jurídico para concluir que la decisión de disolver y liquidar una sociedad le permita sustraerse lícitamente del deber de respetar el término de duración de un contrato y por lo mismo su obligatoriedad.

En las normas que regulan las sociedades no existe una norma que así lo indique de manera expresa.

Para mayor claridad este Tribunal ilustra sobre los conceptos de disolución y liquidación de las sociedades y su incidencia práctica, con la obra del reconocido tratadista Francisco Reyes Villamizar⁷⁸ , quien sostiene sobre el particular:

“...la disolución, implica el final de la plenitud jurídica de la compañía, la resolución de las relaciones jurídicas vinculantes en que sea sujeto y la cesación de las actividades comprendidas en su objeto social.

El hecho de la disolución de la sociedad trae como consecuencia inmediata la liquidación, que no es otra cosa que el estado legal en que queda la compañía, por virtud del cual debe reducir sus bienes a dinero, pagar sus deudas y, finalmente distribuir el remanente de los activos entre los asociados”.⁷⁹

Respecto a los efectos de la disolución dice el autor:

“...Evidentemente, las operaciones del ente societario no solamente se traducen en derechos y obligaciones para los asociados sino que permanentemente involucran intereses de personas extrañas a la compañía. Y es precisamente por esta razón por la que, después de disolverse la sociedad, es legalmente obligatorio cumplir con la liquidación de la misma, en la forma y términos

⁷⁸ Disolución y liquidación de sociedades comerciales, Ediciones Doctrina y Ley, segunda edición, 1994, páginas 18 y siguientes.

⁷⁹ Obra citada, página 18

establecidos en la ley. Desde luego las normas que rigen el proceso liquidatorio son de orden público y no pueden ser desconocidas ni alteradas por las partes. Ello obedece naturalmente, a que el legislador es consciente de que los trascendentales efectos de la disolución no afectan únicamente a los individuos inicialmente vinculados al contrato y por lo tanto, el interés que se protege deja de ser particular para convertirse en general o común”.

El autor trae una relación de diversos efectos de la disolución, pero para efectos del asunto que nos ocupa, este tribunal transcribirá apartes sobre la disolución frente a la empresa social y a la capacidad de la compañía:

“Parece existir unanimidad en el sentido de que la disolución pone fin a la empresa social. Este aserto es incontrovertible, pues si lo que se deriva necesariamente del acaecimiento de la respectiva causal, es la liquidación y extinción del ente societario, no resulta lógico que este continúe realizando operaciones en cumplimiento del objeto...

De acuerdo con lo expuesto resulta apenas obvio que las operaciones relativas a la liquidación del patrimonio de la compañía (v.gr. ventas de bienes, cancelación de hipotecas, pago a acreedores, etc.) se vuelven incompatibles con el ejercicio paralelo de las actividades económicas regulares de la sociedad, esto es con el ejercicio del objeto social.

En Colombia, la situación está claramente definida en el artículo 222 del Estatuto Mercantil, a cuyo tenor, disuelta la sociedad “no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”.⁸⁰

En cuanto a los efectos de la disolución de la sociedad frente a la capacidad de la misma, el autor mencionado sostiene:

“En la actualidad es, pues, incontrovertible que la sociedad experimenta a partir del momento en que queda disuelta, una limitación en sus posibilidades de actuación en el comercio jurídico. La imperiosa necesidad de que la liquidación se lleve a cabo con la mayor celeridad posible, es incompatible con la realización de nuevas operaciones de explotación económica. Existe, sin embargo, algún grado de dificultad para armonizar el principio en cuestión con la norma contenida en el ordinal 1 del artículo 238 del Código de comercio. En efecto, ésta última disposición ordena al liquidador “continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución”. Aunque la norma en cita no se refiere a la iniciación de nuevos negocios en desarrollo del objeto social, si significa que el representante legal tiene la facultad y el deber de realizar los actos y contratos necesarios para dar cumplimiento a negocios celebrados por la compañía con anterioridad al advenimiento de la disolución. De manera que si, por ejemplo, la sociedad se había comprometido con un tercero a suministrarle productos terminados durante un lapso determinado, el liquidador o representante legal podrá

⁸⁰ Obra citada, página 22

completar el suministro, en la medida en que el cumplimiento de dicho contrato no sea incompatible con la finalidad de liquidar la sociedad. Para este efecto podrá no solamente disponer de los productos que tenga en inventario, sino también adquirir las materias primas y celebrar los contratos que sean necesarios para la adecuada satisfacción de las prestaciones a cargo de la sociedad. **Desde luego que si los requerimientos que demanda el cumplimiento del contrato implican una continuación prolongada de la actividad de la compañía, el mismo deberá darse por terminado unilateralmente sin perjuicio de las indemnizaciones que esta determinación ocasione.** Ello obedece a que en ésta última hipótesis la realización ininterrumpida de actividades en ejercicio del objeto social, resulta contraria a la necesidad de cumplir con el proceso liquidatorio y compromete por lo mismo, la responsabilidad de los representantes legales y revisores fiscales, en los términos del referido artículo 222 del Código de Comercio”. (Las negrillas y subrayas no corresponden al texto y se utilizan para destacar la idea que encierra).

En conclusión, para este Tribunal es supremamente claro que la decisión de disolver la sociedad convocada, con todos los efectos que hemos anotado, no es, por si sola, una causa legal que legitime la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios de anestesiología que vinculó a las partes.

La otra arista del problema consiste en determinar si la licitud de la terminación del contrato de prestación de servicios puede desprenderse de la circunstancia de que los socios y representantes legales de la sociedad contratista hayan participado activamente de manera personal, como accionistas y miembros de junta directiva de la sociedad contratante, en la decisión de disolver y liquidar la compañía.

Existe en el proceso evidencia de algunos hechos planteados por la convocada en esta excepción: en primer lugar que los señores Juan Manuel Benedetti Sarasti y Jairo Iván Betancourt Rodríguez son los únicos socios de la sociedad convocante Unión de Médicos Anestesiólogos Ltda. “Unimedas Ltda.”⁸¹ ; en segundo lugar, que ellos eran para el momento de la ocurrencia de los hechos objeto de este proceso, los representantes legales principal y suplente de dicha compañía, respectivamente ; en tercer lugar que ellos, en nombre propio, eran accionistas del Hospital Bocagrande S. A. (hoy en liquidación) para el momento en que la asamblea adoptó la decisión de disolver la sociedad y declararla en estado de liquidación y finalmente que ellos fueron miembros de junta directiva de la compañía convocada, durante la etapa anterior a esa declaratoria de disolución y liquidación.

Surge, entonces, el interrogante: ¿hasta qué punto la intervención de ellos en dicha decisión, puede legitimar la terminación del contrato, sin consecuencias económicas para la parte convocada?

⁸¹ Así consta en el certificado de existencia y representación aportado con la solicitud de convocatoria, folios 25 y 26 del cuaderno principal.

Lo que cuestiona la parte convocada es la participación de los señores Juan Manuel Benedetti Sarasti y Jairo I. Betancourt Rodríguez , como accionistas y miembros de Junta Directiva del Hospital Bocagrande S. A., hoy en Liquidación, en la decisión de disolver y liquidar la compañía y más concretamente su actitud de no manifestar durante las reuniones inconveniente u objeción alguna a las causas de la disolución, conociendo las propuestas formuladas para entregar las instalaciones de la IPS en arrendamiento a distintos proponentes y lo que ello significaba con relación al contrato de prestación de servicios; que tampoco manifestaron objeción o reparo alguno y , más bien aprobaron la proposición tendiente a la disolución y liquidación de la sociedad convocada, lo cual , según la convocada, no es coincidente con los hechos planteados y las pretensiones que reclaman en este proceso arbitral, por cuanto se estaría aprovechando de su propia incuria o culpa, con ausencia total de buena fe.

En otras palabras, la parte convocada lo que trata de sostener es que ese comportamiento de los socios de Unimedas Ltda. Fue indicativo de aceptación de la terminación del contrato de prestación de servicios, derivada del efecto propio y esencial de la disolución.

Este tribunal estima, de antemano, que tal comportamiento no tiene la virtud de tener el efecto jurídico que le atribuye la parte convocada, es decir, como una especie de aceptación de la terminación del contrato en mención, por varias razones.

El hecho de no plantear objeción o reparo alguno durante las reuniones de junta directiva o en la asamblea en que se adoptó la decisión de disolver y liquidar la sociedad, no tiene el efecto jurídico de una aprobación o asentimiento a la terminación del contrato, sin consecuencias económicas, porque el silencio como tal, por regla general, no tiene consecuencias jurídicas para el que calla. El silencio solo tiene consecuencias jurídicas en los casos en que se lo otorgue la ley o el mismo contrato, para sancionar el silencio culpable.

No puede considerarse esa conducta como una especie de aceptación tácita de una propuesta de negocio jurídico extintivo de otro anterior, que es el contrato de prestación de servicios, porque de los textos de las actas de junta directiva y de la asamblea pertinente, no se desprende que la parte convocada haya siquiera propuesto el tema de la extinción de ese contrato con Unimedas Ltda., estando presentes los respectivos representantes legales. Para mayor claridad de este planteamiento, examinemos los contenidos temáticos de las reuniones de juntas directivas que precedieron la decisión de disolución y liquidación de la sociedad convocada para luego hacer las apreciaciones pertinentes.

En la reunión de junta directiva del 11 de noviembre de 2008, contenida en el acta número 343 , Juan Manuel Benedetti Sarasti, manifestó que los terceros no serán un obstáculo para la negociación con la Universidad de Miami ; se analizaron los factores que llevaron a la crisis del Hospital y se propusieron algunas salidas para sortearla ; entre los temas propuestos para esto último se planteó el cambio de los contratos con terceros que se beneficien del Hospital, de manera general ; en la reunión

del 2 de diciembre de 2008⁸² se continuó con la temática anterior, se habló de negociación con los proveedores y de salarios con los trabajadores ; en la reunión del 19 de diciembre de 2008⁸³ se continuó hablando de propuestas de solución para salvar el Hospital como minimizar los gastos de la compañía, aplicación de la ley 550 de reestructuración económica ; el directivo Carlos Garzón expresó la no viabilidad de la vinculación de la Universidad de Miami, que el hospital no es viable por lo que estaría de acuerdo en liquidarlo, pero que se debe buscar la forma de que la ciudad no se quede sin hospital y Juan Manuel Benedetti Sarasti manifiesta que cree en el hospital y sugiere que se contrate un asesor que estudie la situación y recomiende el rumbo a seguir ; en la junta del 16 de enero de 2009⁸⁴ el gerente plantea todos los pormenores de una posible disolución y liquidación de la sociedad, tanto de orden legal como logístico ; el gerente manifiesta que solo Cendig ha sido la única empresa que ha manifestado estar en disposición de negociar las actuales condiciones ; el presidente expone la alternativa de la liquidación voluntaria de la compañía y la entrega de la operación mediante alquiler de sus instalaciones y equipos ; el gerente expresa su conformidad con esta posibilidad, porque es una salida que consulta con los siguientes aspectos : la ciudad sigue contando con la oferta de salud de hoy, conservación de los puestos de trabajo tanto de empleados como de profesionales de la salud y que los accionistas puedan recibir a mediano plazo dividendos sobre su inversión ; el doctor Jairo Morales manifiesta que de darse la disolución debe pedirse permiso al Ministerio de Protección Social para despedir al personal de empleados con una indemnización, por darse una terminación unilateral de los contratos de trabajo y finalmente se propuso la integración de una comisión negociadora que estudie la propuesta del directivo Garzón ; en la reunión del 16 de febrero de 2009⁸⁵ se hizo una presentación de un memorando de entendimiento que contiene todos los pormenores relacionados con la propuesta liderada por un grupo de empresas y profesionales de la salud, entre los que se encuentra el directivo garzón González ; en la cláusula 8 de dicho documento las partes pactaron lo siguiente : “8. Contratos con terceros. Las partes reconocen que existen contratos de prestación de servicios entre EL HOSPITAL y terceros prestadores. Para el efecto EL HOSPITAL debe suministrar a EL OFERENTE, para su evaluación jurídica, el total de los contratos con estos terceros. EL OFERENTE su vez se compromete a negociar de manera discrecional con los terceros. En todo caso, EL OFERENTE como arrendataria, IPS distinta, autónoma e independiente, contratará y pactará las condiciones comerciales con los terceros y se encargará de la administración de los contratos que él suscriba con éstos, lo que implica la comercialización y facturación de los servicios, y cada tercero, se encargará de la prestación del servicio” , en la cláusula 12.1.3. del citado memorando de entendimiento se convino que : “Bajo ningún supuesto las negociaciones que se adelantan generarán la expectativa, creencia o derecho, entre las partes, o frente a los trabajadores y terceros de una eventual sustitución patronal, figura expresamente excluida por EL OFERENTE” ; en la reunión del 6 de marzo de 2009⁸⁶ la junta aprobó por unanimidad señalar el día 27 de marzo de 2009 a las 5 p.m. para la celebración de asamblea general de accionistas, dejando claro que deberá incorporarse en el orden del día el tema

⁸² Ver acta número 345, folios reverso del 99 a la 103 cuaderno de pruebas.

⁸³ Ver acta número 345.

⁸⁴ Ver acta número 346, folios reverso del 103 a la 106 cuaderno de pruebas

⁸⁵ Ver acta número 347, folios 106 reverso al 117 reverso cuaderno principal.

⁸⁶ Ver acta número 348, folios 118 al 123 del cuaderno principal.

de la disolución y liquidación de la sociedad, tal como se ha venido estudiando en el seno de la junta directiva. En la reunión del 17 de marzo de 2009⁸⁷ la parte convocada expresó por consenso los puntos que a juicio del Hospital eran de importancia en una posible negociación, entre los cuales se destaca uno que se denomina “Contratos terceros”, cuya cláusula dice: “El arrendatario aceptará los contratos vigentes, manteniendo indemne al hospital con relación a ellos. Sin embargo, podrá negociar con estos terceros tales contratos”. Durante la reunión de junta directiva del día 19 de marzo de 2009⁸⁸ se aprobó por unanimidad la propuesta presentada por Prominsa.

El 27 de marzo de 2009 se celebró la asamblea general de accionistas⁸⁹ en que se aprobó por mayorías la disolución y liquidación del Hospital Bocagrande S. A. y se designó como liquidador principal a Alfonso Piñeres Perdomo y suplente a Luis Jorge Benedetti Sarasti ; igualmente se aprobó por unanimidad la siguiente propuesta : “La Asamblea General de Accionistas reunida en el día de hoy, marzo 27 de 2009, teniendo en cuenta que se ha autorizado la disolución y liquidación de la sociedad Hospital de Bocagrande S. A. autoriza al señor liquidador y a su junta para que arrienden las instalaciones de la institución como un sistema económico integral, con el fin de lograr su conservación, evitando de esta manera el deterioro de las instalaciones físicas y de los equipos médicos, con la finalidad de atender las obligaciones con todos los acreedores INTERNOS Y EXTERNOS de la sociedad y las necesidades de la prestación de los servicios de salud, evitando de esta manera la conmoción social que sería el cierre definitivo de sus instalaciones”.

Examinadas las actuaciones desplegadas por la parte convocada, tanto a nivel de junta directiva, como en la asamblea de accionistas, este Tribunal arriba a las siguientes conclusiones : no existe una sola actuación en que los directivos del Hospital Bocagrande hayan abordado concretamente el tema de la terminación del contrato de prestación de servicios celebrado con Unimedas Ltda., ni con otro tercero contratista ; este tribunal no considera que ello haya sido fruto del olvido, porque, en cambio sí se refleja la preocupación del Hospital por concluir exitosamente los contratos con terceros, hasta el punto de que propusieron una cláusula encaminada a que el arrendatario que se quedara ocupando el inmueble donde funcionaba el Hospital , asumiera tales contratos, pero ello no fue aceptado por el arrendatario, tal como se evidencia en la cláusula del memorando de entendimiento, en que se palpa la discrecionalidad en la negociación con esos terceros contratistas.

No se observa en el expediente diligencia alguna de la parte convocada encaminada a negociar concretamente con Unimedas Ltda. La terminación del contrato de prestación de servicios y sus consecuencias económicas. Solo casi dos meses después de aprobarse la disolución y liquidación de la sociedad es que la parte convocada intenta lograr un acuerdo negociado de terminación del contrato.

⁸⁷ Ver acta número 349, folios 122 al 123 cuaderno principal.

⁸⁸ Ver acta número 350, folios 124 hasta 125 cuaderno principal.

⁸⁹ Ver acta número 41, folios 80 hasta la 83 reverso cuaderno principal.

En efecto, el 11 de mayo de 2009⁹⁰ el gerente liquidador envió a Unimedas Ltda. Un documento para su revisión y estudio, el cual configura una propuesta u oferta de transacción, que tiene como finalidad dar por terminado, por mutuo acuerdo, el contrato de prestación de servicios. En la consideración C. de dicho documento se expresa:

“Que las partes, independientemente del término de duración del mencionado contrato y sus prorrogas o renovaciones han decidido, por mutuo acuerdo, darlo por terminado en los términos y condiciones que se contienen en el presente documento”.

En la primera cláusula del contrato de transacción frustrado dan por terminado el contrato de prestación de servicios entre ellas celebrado y se declaran a paz y salvo en su recíproco beneficio y renuncian a cualquier acción judicial o extrajudicial derivada del mencionado contrato, sus prorrogas y/o renovaciones. En la tercera cláusula las partes declaran que con esa transacción se entienden dirimidas en forma íntegra y definitiva la totalidad de las diferencias existentes entre las partes o que eventualmente se presenten entre ellas en la medida en que han sido sustituidas por las consignadas en dicho documento; y, en la cláusula cuarta se expresa que ese acuerdo o transacción produce los efectos de cosa juzgada entre las partes y que,

“.. En consecuencia y dada la sustitución que opera entre éste acuerdo y las obligaciones contenidas en el contrato **que se declara terminado anticipadamente**, se abstendrán por simple inoperancia de hacer efectivas cualquier expectativa de derecho contenido o derivado a su favor del referido contrato, sus prorrogas y/o renovaciones porque, como ha quedado dicho, sus efectos son nugatorios al haber sido sustituido por los términos del presente acuerdo o transacción”. (Las negrillas están fuera del texto)

Examinado en su conjunto este proyecto de negocio jurídico de terminación del contrato propuesto por la parte convocada, este Tribunal lo entiende e interpreta, como la convicción o certeza que tenía la sociedad convocada en el sentido que la disolución por sí sola no constituía una causa legal para que se produjera esa terminación, así como tampoco era suficiente el hecho de que los dos socios de Unimedas Ltda. Hubieran votado esa decisión de disolución.

Obsérvese como en ese proyecto se utiliza la expresión terminación anticipada, lo cual es indicativo de que la parte convocada tenía la certeza que como consecuencia del cese de actividades del Hospital de Bocagrande había generado la terminación de hecho del contrato, cuando en ese momento no se había vencido su término de duración.

Por otra parte la intervención de los señores Juan Manuel Benedetti Sarasti y Jairo Betancourt Rodríguez, tanto en las juntas directivas, como en la asamblea general de accionistas fue personal, actuando en nombre propio, en su condición de socios, no como representantes legales de Unimedas

⁹⁰ Folios 143 al 147 del cuaderno principal.

Ltda. En esa calidad, los citados señores tenían unos intereses propios y diferentes a los que ostentan como socios de Unimedas.

En sus actuaciones como tales estaban defendiendo los intereses económicos que tenían como accionistas de la sociedad convocada, en tanto la decisión de disolución y liquidación era para todos la mejor opción frente al futuro de la compañía y por ende frente a sus propios intereses como accionistas.

Por otra parte debe destacarse que el voto de los señores Juan Manuel Benedetti Sarasti y Jairo Betancourt Rodríguez no era definitivo ni trascendental en la decisión de declarar disuelta y en liquidación la sociedad convocada, pues tenían una participación accionaria equivalente a 3,35% y 2,22% de la totalidad de las acciones del Hospital Bocagrande⁹¹, de lo cual se infiere, que aun cuando hubieran votado en contra, tal decisión hubiera salido adelante, pues eran socios minoritarios.

En conclusión este Tribunal considera que no son procedentes los argumentos expuestos por la parte convocada para considerar que la terminación del contrato de prestación de servicios celebrado con la parte convocante fue lícito, es decir, ajustado a derecho, en virtud de la disolución de la sociedad y la intervención de los socios de Unimedas Ltda.

10.12 Inexistencia de pacientes que permitieran el desarrollo del contrato

La parte convocada solo enuncia esta circunstancia como causal legal para dar por terminado el contrato⁹², haciendo la claridad que estando o no en situación de disolución y liquidación, de todas maneras no existirían pacientes que permitieran la ejecución del contrato.

Este Tribunal no considera procedente esta causal, por cuanto no existe prueba alguna en el expediente en tal sentido. De lo que si hay prueba es que hasta el final de la ejecución del contrato hubo atención de pacientes que justificara la existencia y continuación del mismo, tal como lo evidencia el dictamen pericial rendido por el contador Eliecer Quiroz Ruiz.

10.13 Excepción de mérito denominada “contrato terminado por mutuo disenso”.

La parte convocada basó esta excepción en que hubo un abandono recíproco de las obligaciones a cargo de ambas partes y las mismas continuaron con otro contrato celebrado consensualmente.

Considera este tribunal que la excepción propuesta no debe prosperar, porque en primer lugar, no hay evidencia en el expediente de que se configuren los presupuestos facticos del mutuo disenso tácito, así como tampoco que entre las partes se haya convenido en otro contrato de manera consensual.

⁹¹ Ver acta número 41 de la asamblea general de accionistas.

⁹² Ver respuesta al hecho quinto de la solicitud de convocatoria.

Recordemos que la figura del mutuo disenso tácito, según la Corte Suprema de Justicia,

“...se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual...”

La jurisprudencia de la Corte, en este preciso punto, es la de que "para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo.

No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita o expresamente de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...". (CSJ, Cas. Civil, Sent. nov. 5/79).

10.14 Consecuencias que se derivan de la terminación unilateral de los contratos de tracto sucesivo con término de duración definido, sin una causa que lo justifique y concretamente en el caso del contrato de prestación de servicios objeto de este tribunal.

Examina este Tribunal a continuación las consecuencias que se derivan de la terminación unilateral de un contrato, para lo cual analizará el perjuicio, como elemento integrante de la responsabilidad civil contractual.

Concepto de perjuicios y sus modalidades.

En relación con el concepto de perjuicios y de su importancia en la responsabilidad civil, el Tratadista Alberto Tamayo Lombana, plantea,

“Sin un perjuicio sufrido por la víctima, no se cuestionaría la responsabilidad.

“Puesto que el fin de la responsabilidad civil es el de reparar, carecería de interés una acción de este género por carencia de perjuicios. Sin interés no hay acción tiene dicho la doctrina⁹³.”

Adicionalmente la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reciente ha dicho con relación a la comprensión del daño:

⁹³ Manual de Obligaciones, La responsabilidad Civil Fuente de las Obligaciones, Alberto Tamayo Lombana, página 33

“La premisa básica consiste en la reparación del daño causado, todo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica.

“En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (*damnum emergens*), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (*lucrum cessans*), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. Sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV).”⁹⁴

Nuestra legislación no define el concepto de perjuicio, pero tal como lo establece el mismo tratadista Tamayo Lombana⁹⁵ en la obra citada, la noción de perjuicio coincide con el significado corriente de la palabra, se concibe como un daño, lesión en el patrimonio etc.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como:

“1. Detrimiento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa “2. Efecto de perjudicar” 3. Indemnización que se ha de pagar por este detrimento”⁹⁶.

En la literatura jurídica encontramos diversas definiciones de daño, como la que nos presenta el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, cuando expresa que

“Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima⁹⁷”.

El Código Civil no define el concepto de daño pero si consagra sus modalidades. El artículo 1613 dispone que

“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

A su turno, el artículo 1614 define estos conceptos así:

⁹⁴ Sentencia del 9 de septiembre de 2010, con ponencia de William Namen Vargas

⁹⁵ Ob. Cit. Página 33

⁹⁶ <http://buscan.rae.es/drael/Srultconsulta?LEMA=perjuicio>.

⁹⁷ De la Responsabilidad Civil, tomo IV, de los perjuicios y su indemnización, 1999, página 5.

“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

En materia de daños prevalece el criterio de la reparación integral, el cual viene definido por el artículo 116 de la ley 446 de 1998:

“La valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Con respecto a las modalidades del perjuicio, corresponde al Tribunal, profundizar sobre las modalidades del perjuicio material previstas en las normas civiles; la Corte Suprema de Justicia⁹⁸, ha dicho sobre el concepto de daño emergente y lucro cesante lo siguiente:

“Noción de daño emergente y lucro cesante. “El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión.”

Los perjuicios materiales pueden presentarse en un caso de responsabilidad civil como daño emergente y lucro cesante, ambos o solo uno de ellos, pero en todo caso debe probarse como elemento que es de la responsabilidad civil.

“Sin embargo, como todos los elementos del incumplimiento que estructuran la responsabilidad, son autónomos, vale decir, que cada uno tiene existencia por sí mismo y no depende de los demás; se hace indispensable, entonces, la demostración de todos ellos.

“2. Luego, consecuencia de lo expuesto es que en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

“2.1. Pero en materia de lucro cesante, hay que probar su existencia y cuantía de manera separada

⁹⁸ Sentencia del 7 de mayo de 1968

al daño emergente, salvo que se presuma tal como lo hace la ley cuando se trata de lucro cesante de prestaciones dinerarias.”⁹⁹

La jurisprudencia también trata la clasificación de perjuicios compensatorios y moratorios:

“Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de indemnización, exigibles a opción del acreedor, como cumplimiento del contrato por parte del deudor constituido en mora: la **moratoria** y la **compensatoria**. Corresponde la primera al retardo (falta transitoria de pago), y la segunda, a la inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación (falta definitiva de pago en todo o en parte). La diferencia entre la una y la otra radica en que la indemnización moratoria se agrega a la ejecución del objeto tal como se pactó, en tanto que la compensatoria excluye esta ejecución, pero comprende, en cambio, el valor o precio del objeto debido, en todo o en parte.

Ambas indemnizaciones reparan todos los perjuicios sufridos por el acreedor, en concepto de daño emergente y lucro cesante”.¹⁰⁰

Concepto de lucro cesante, sus alcances, características y su aplicación al caso concreto

Tal como decíamos, el Código Civil define el lucro cesante como

“..La ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

El tratadista citado anteriormente Alberto Tamayo Lombana¹⁰¹, expresa que el lucro cesante es la ganancia frustrada en razón del incumplimiento del Contrato.

La doctrina y la jurisprudencia ha elaborado una serie de principios en relación con el lucro cesante, entre los cuales merecen destacarse: es un concepto incierto; como tal es imposible su prueba fehaciente en la práctica y finalmente parte del presupuesto de ganancias frustradas razonablemente posibles.

El profesor Jorge Suescun Melo¹⁰² es claro al definir los alcances y las características del lucro cesante, cuando expresa:

“Respecto del lucro cesante, esto es, de las ganancias que se dejan de percibir, ha de decirse que este demérito puede ser actual o futuro, pero en cualquier caso suele ser incierto, de suerte que su

⁹⁹ Sentencia del 14 de marzo de 1996, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Pedro Lafont Pianeta

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, sentencia del 3 de mayo de 1977

¹⁰¹ Ob. Cit, página 41

¹⁰² Estudios de Derecho privado, editorial Legis.

demostración fehaciente es muy difícil o enormemente compleja, sino imposible en la práctica. De ahí que si se exigiera certidumbre absoluta en cuanto a su ocurrencia, el lucro cesante- como lo afirma el profesor Diez Picazo- nunca se resarciría, pues por definición el lucro cesante es contingente o dudoso.

“Por tanto, “de lo que se trata es de que las ganancias que se invocan como pérdidas (...) sean razonablemente posibles, que no se fundamenten en ilusorias esperanzas”, de manera que se exigen “características de verosimilitud”. “El *lucrum cesans*, a diferencia del *damnum emergens*, participa de todas las vaguedades e incertidumbres de los conceptos imaginarios, lo que hace que para su apreciación reclame de una prueba razonable acerca de lo que hubiera podido ser el verdadero lucro dejado de percibir por causa de la eventualidad perjudicial y en relación con lo que solo pudieran suponerse que son meros sueños de ganancias (...)” (Pascual Estevill, Luis. Derecho de daños T. II, editorial Bosh, 1995, pp.867 y ss.).

“Por ende, lo que debe aparecer en el proceso es una demostración razonable de la verosimilitud de la ganancia que se habría percibido de no mediar el incumplimiento. De otra manera, vale decir, si para el lucro cesante “se exigiere la demostración absoluta y segura de lo que se iba a obtener y se frustró por el incumplimiento, se impedirían muchas indemnizaciones en casos en que probablemente se habría obtenido el lucro en cuestión, pero cuyo resarcimiento no prosperaría porque no se puede justificar de forma indudable que en efecto se habría obtenido” (Albaladejo, Manuel. Derecho Civil T.II Derecho de Obligaciones V.I.Bosch Editores S. A, Barcelona, 9ª. Ed.1994, p.195).

“El criterio del juez, entonces, habrá de jugar un papel significativo en la determinación de la existencia cierta del lucro cesante, pues “ se considera ganancia frustrada aquella que, con cierta probabilidad, fuese de esperar, atendiéndole curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto y particularmente a las medidas y providencias adoptadas. No basta, pues, la simple posibilidad de realizar la ganancia, como no se exige tampoco la absoluta seguridad de que ésta se habría verificado, sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad objetiva” (...) (Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Español Comun y Foral T. III, Derecho de Obligaciones. Reus S. A. 1992 pp 274 y ss.), La cual será sopesada por el juzgador, pues “las cuestiones relativas a la realidad de los daños y perjuicios lo son de hecho, y, por consiguiente, la apreciación de las mismas corresponde al Tribunal sentenciador. O como lo enseñan otros comentaristas, “se trata de una cuestión fundamentalmente casuística que, por tanto, depende en gran medida de la apreciación del juez (Lasarte A.C. Op.Cit. p.196).

“En síntesis se reparan las utilidades dejadas de percibir cuando éstas son “verosímelmente probables atendiendo el curso normal de los acontecimiento (Diez Picazo, Luis, Op.Cit,pag.687.).”.

La Corte Suprema de Justicia, por conducto de su Sala de Casación Civil¹⁰³, también ha tenido oportunidad, en diversos fallos, de pronunciarse sobre las características y alcances del concepto de lucro cesante:

“En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).

“Las más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de experiencia, la lógica y el sentido común (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 1999, exp. 4424).”

En sentencia del 4 de marzo de 1998, con ponencia del Magistrado Esteban Jaramillo Schloss, la Corte dijo:

“Sabido es que en los daños patrimoniales tomados como objeto de indemnización, ha de computarse no sólo la disminución efectiva que sufra el perjudicado en sus bienes (*damnum emergens*), **sino también aquellos aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) con que al mismo perjudicado le era dado contar pues, atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto, se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad.** Desde antiguo y con apoyo en conocidos textos romanos, tiene declarado la jurisprudencia que la idea fundamental inspiradora de las normas en esta materia, consistente en procurar que de ser posible el perjudicado sea restituido a la misma situación en que actualmente se encontraría de no haber mediado ese hecho dañoso, exige que también reciban adecuada compensación las mermas de ganancia aludidas y, en el ordenamiento positivo vigente en el país, así lo señalan en forma expresa los artículos 1613 y 1614 del Código Civil al reconocer, en línea de principio por lo menos, el “lucro cesante” como una de las modalidades en que puede manifestarse el daño patrimonial indemnizable, modalidad que por su propia índole, no puede operar sino dentro de severas restricciones algunas de las cuales, a juicio de la Corte y porque es necesario hacerlo frente al cargo en estudio, ahora corresponde recordar. (Las negrillas no corresponden al texto).

¹⁰³ Sentencia del 9 de septiembre de 2010, con ponencia de William Namen Vargas

a) Sea lo primero advertir que salvo contados eventos de verdadera excepción en que legislaciones especiales, acudiendo a criterios de cálculo abstracto de ordinario justificados por la existencia de un tráfico de bienes y servicios que lleva a cabo el empresario damnificado, establecen alternativas indemnizatorias fundadas en la presunción de las condiciones que deben concurrir para que pueda tenerse por configurada la pérdida de una ganancia esperada, **nunca ha sido tarea fácil demostrar detrimentos económicos de esta naturaleza y su real extensión, pues a diferencia de lo que sucede con el “daño emergente” que por definición, en tanto referido siempre a hechos pasados, tiene una base firme de comprobación, el lucro cesante, al decir de los expositores, “...participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios...”, toda vez que “...el único jalón sólido de razonamiento es la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la perdida ganancia, de no haberse interpuesto el evento dañoso. Pero siempre cabrá la duda, más o menos fundada, de si, a no ser esa, otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Sería demasiado severo el derecho si exigiese al perjudicado la prueba matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente. Mas, por obra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en ese concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe, entonces, al derecho separar cuidadosamente estos sueños de ganancia (...) de la verdadera idea de daño...” (Hans A. Fischer. Los Daños Civiles y su Reparación. Cap. 1, B, num. 4).**

“Así, pues, ante la necesidad de que la indemnización por fijar se adecue al postulado que acaba de indicarse, salta a la vista que el problema que entraña la determinación del “lucro cesante” se encuentra fincado en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho en que se sustenta la pretensión resarcitoria, luego en este terreno no queda otra alternativa que conformarse por lo general con juicios de probabilidad objetiva elaborados hipotéticamente tomando como referencia procesos causales en actividades análogas, juicios que en consecuencia, no deben confundirse con la existencia de simples posibilidades más o menos remotas de realizar ganancias puesto que, según se dejó dicho líneas atrás y no sobra insistir en el punto, para los fines de la indemnización del daño en la forma de lucro frustrado, el ordenamiento jurídico no tiene en cuenta quiméricas conjeturas en cuanto tales acompañadas de resultados inseguros y desprovistos de un mínimo de razonable certidumbre; “...la posibilidad de importantes ganancias, abonada apenas por una exigua probabilidad, y la de ganancias insignificantes relacionada con una gran verosimilitud —explica en afortunada síntesis el expositor recién citado—, si bien pueden adoptar una relación económica equivalente, sin embargo la ley sólo aprecia como lucro frustrado la segunda...”. (Las negrillas no corresponden al texto).

b) En este orden de ideas, dando por supuesto desde luego que en el ámbito patrimonial la indemnización no debe exceder los detrimentos ciertos experimentados por quien la reclama y que además reconozcan su causa adecuada en el hecho que al responsable le es imputado, la

jurisprudencia se orienta sin duda en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del “lucro cesante” y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, **prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido.** (Las negrillas no corresponden al texto)

Corresponde seguidamente al Tribunal abordar la procedencia de los perjuicios en el caso que nos ocupa.

Conforme a las consideraciones anteriormente expuestas, la sociedad convocada Hospital Bocagrande S.A. “En liquidación”, ha incumplido con lo estipulado por las partes en el contrato y su incumplimiento radica precisamente en desconocer el termino de duración del contrato previsto en la cláusula cuarta que estipula el termino de diez (10) años contados a partir de la legalización del contrato, lo que trae como consecuencia que sea declarada civil y contractualmente responsable, con la consiguiente condena a indemnizar los perjuicios causados con ese incumplimiento.

El contrato de prestación de servicios que vinculó a las partes se caracteriza por ser bilateral, en la medida en que las partes se obligan recíprocamente, oneroso, pues es de mutuo beneficio para las partes contratantes, conmutativo, dado que se puede apreciar la equivalencia en las prestaciones a cargo de las partes, pero se resalta que es un contrato de ejecución sucesiva, porque las obligaciones contractuales que vinculan a las partes no se agotan en un solo momento sino durante todo el término de duración del contrato, y es por ello que el termino previsto por las partes para la ejecución de sus prestaciones tiene gran incidencia en su interés contractual y en la satisfacción de las necesidades que llevaron a la celebración del mismo.

Nuestra Corte Suprema de Justicia¹⁰⁴, ha expresado que para el cálculo del lucro cesante en la responsabilidad contractual, es decir, las ganancias dejadas de percibir en virtud del contrato, debe examinarse los términos puntuales de las prestaciones, en cuanto a su objeto y duración:

“Por su proximidad a los planteamientos que se dejan expresados, pertinente es memorar que la Corte tiene dicho que, *[a]l tenor del artículo 1614 del C.C., existe respecto de la noción de lucro cesante una relación de causa a efecto entre el incumplimiento de las obligaciones contractuales en los términos en que éstas fueron concebidas en el contrato y la ganancia o provecho que la convención deja de reportar justamente en razón a la infracción de las mismas; es decir que, en principio, el provecho que deja de reportar el otro contratante debe resultar de contrastar los exactos términos de*

¹⁰⁴ Sentencia del 13 de junio de 1997, expediente 4471

las prestaciones acordadas, no solo en cuanto a su objeto sino también a su duración. De manera que quien a raíz de un acuerdo de voluntades espera recibir por largo tiempo unas ganancias y fue precisamente esa la razón de ser del compromiso y la del plazo pactado, en principio debe recibirlas completas y no disminuidas, pues de lo contrario quedaría al arbitrio de la parte incumplida reducir los efectos temporales del contrato; todo ello sin perjuicio, claro está, de que el demandado demuestre que aún terminado a su antojo el vínculo, por la no ejecución del contrato en el término que resta no se generaron los perjuicios reclamados por el actor a la luz del pacto roto, o que los que se puedan generar son inferiores a los deducibles a primera vista del contrato mismo”

En el mismo sentido se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia¹⁰⁵ respecto a los parámetros para determinar el lucro cesante cuando el conflicto se genera en un contrato de ejecución sucesiva. En ese caso se trató de un contrato de arrendamiento de establecimiento de comercio incumplido por la parte arrendadora al darlo por terminado antes del término del vencimiento pactado y donde se discutió el quantum del lucro cesante

“Por otro lado las aludidas bases -utilidades que efectivamente dejaron de percibirse o privación de ingresos que se irían a producir con posterioridad, por una parte, y el tiempo de duración del contrato, por la otra-, permitirán al interesado demostrar, o al juez de la causa buscar la prueba -art. 307 del C. de P.C., que sirva al propósito de cuantificar el lucro cesante así estructurado, en el entendido que no es lo mismo el daño, en sí mismo considerado, que su valor.

“Ahora bien, en el entendido de que el lucro cesante ha de concretarse en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia o provecho, que ya devengaba o que habría obtenido la víctima según el curso normal de las cosas o de las circunstancias del caso concreto, y que el citado interés no es, ni puede ser, de naturaleza abstracta, sino que, se insiste, el mismo ha de hacer referencia a la situación concreta y particular de la víctima,...”

La parte convocante ha solicitado en las pretensiones de la demanda que se condene a la parte convocada a pagar por concepto de perjuicios la suma de tres mil seiscientos cincuenta y siete millones quinientos mil seiscientos dos pesos (\$3.657.500.602.00) que resulta de multiplicar los 75 meses que restan para el cumplimiento del contrato por el promedio de la facturación de los 12 meses anteriores los cuales suman un valor de quinientos setenta y dos millones ochocientos cuarenta mil noventa y seis pesos (\$572.840.096), más una cláusula penal en razón del incumplimiento por la suma de ciento (150) salarios pactada en el contrato de prestación de servicios, más intereses moratorios desde que la sociedad entró en mora hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones.

Para determinar la acumulación de estas pretensiones, este Tribunal parte del análisis de la cláusula penal pactada, porque finalmente esta configura una estimación anticipada de los perjuicios por las

¹⁰⁵ Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2008, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez

partes, lo que, en principio eximiría a la parte convocante de la prueba de la existencia y cuantía de los perjuicios reclamados.

La cláusula penal esta prevista en el ordenamiento jurídico Colombiano en el Código de Comercio, artículo 867 en los siguientes términos,

“Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.” (Las subrayas son nuestras).

Por otro lado el Código Civil Colombiano dispone en su artículo 1.592,

“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

El tratadista Lisandro Peña Nossa, la define como

“... una prestación que debe satisfacer una parte por haber incumplido o incurrido en mora de una o más obligaciones originadas en un contrato.¹⁰⁶”

La cláusula penal es uno de los denominados por la ley y la doctrina, elementos accidentales del contrato, porque para que aparezca y vincule a las partes contratantes deben ellas estipularla, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

Normalmente responde a necesidades de las partes, en este caso de seguridad, porque tal como lo resalta el tratadista Peña Nossa,

“La cláusula penal sirve como mecanismo de apremio o medio de coerción para que las partes, desde el momento mismo en que celebran el contrato, conozcan que en caso de mora o incumplimiento de una o varias obligaciones del contrato se causará en su contra una pena¹⁰⁷”

La cláusula penal es más de las veces una estimación anticipada de perjuicios que disponen las partes contractualmente para el caso de que alguna de ellas incumpla en sus obligaciones contractuales.

En el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes se pactó una cláusula penal en los siguientes términos

¹⁰⁶ De los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales. Lisandro Peña Nossa, ed. 2, página 116.

¹⁰⁷ Ob. Cit, página 117

“UNDECIMO” Sin perjuicio de la reclamación que haga una de las partes a la otra, por concepto de daños y perjuicios a raíz del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, establecidas en el presente contrato, las partes establecen como clausula penal pecuniaria que pagará la que incumpla con sus obligaciones a aquella que la haya cumplido o se haya allanado a hacerlo por una suma equivalente a 150 salarios mínimos legales vigentes, sin necesidad de notificación , constitución en mora o requerimiento alguno, puesto que las partes han renunciado a ellos en su reciproco beneficio.” (Las subrayas son nuestras)

Resalta el Tribunal como las partes contratantes al celebrar el contrato, en la citada clausula penal establecen que la estimación anticipada que hacen de 150 salarios mínimos legales vigentes, es sin perjuicio de la reclamación que haga una parte a la otra, por concepto de daños y perjuicios.

Estamos en presencia de una clausula penal de las denominadas por la doctrina¹⁰⁸ como clausula penal de apremio, pues las partes le dieron a la misma el efecto punitivo o de apremio que el tratadista en cita resalta, previeron expresamente que frente al incumplimiento contractual la parte afectada podría exigir además de la cláusula penal la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Por todo lo anterior para que la indemnización sea integral, no se limitara solo a la cláusula penal.

Pero, en criterio de este Tribunal, el monto de esta cláusula penal debe reducirse, por cuanto el contrato de prestación de servicios que la contiene había sido ejecutado o cumplido parcialmente durante varios años.

El tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar en la obra citada al analizar el alcance de la facultad para el Juez prevista en el último inciso del Artículo 867 del Código de Comercio, en cuanto a la reducción de la cláusula penal, expresa

“Se establece una facultad para el Juez de reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva, habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación

“Esta facultad para el Juez procede, siempre que se trate de obligaciones donde la obligación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero. La misma facultad se concede al Juez cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

“Es lógico que en aquellos contratos donde la obligación principal no sea determinable, o podríamos agregar apreciable, sea el criterio del juez quien venga a establecer tal circunstancia y a decidir el monto de la reducción de la pena” (las subrayas están fuera del texto)

¹⁰⁸ Contratos Mercantiles, Tomo I, Teoría General del Negocio Mercantil, Jaime Alberto Arrubla Paucar, 12^a ed. 2.008, pág. 188

Por otro lado el artículo 1.601 del Código Civil prevé,

“Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.”

En el caso que nos ocupa, el dictamen pericial rendido por el contador Eliecer Quiroz Ruíz,¹⁰⁹ ha concluido que el contrato en mención se ejecutó durante cuarenta y cinco (45) meses lo que equivale al 37.5% del término de duración total del contrato, por tanto en este porcentaje se reducirá el reconocimiento de la cláusula penal, razón por la cual la condena se hará por el equivalente en pesos a 94.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del laudo.

Este dictamen no ha sido controvertido y por lo tanto ofrece toda la certeza requerida para tenerlo como prueba.

En conclusión este Tribunal condenará a la parte convocada a pagar a la parte convocante por concepto de pena la suma de \$48.667.500,00 que equivale a 94,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2010, en razón del incumplimiento de la obligación de acatar el plazo del contrato de prestación de servicios y darlo por terminado anticipadamente.

Tal como se dijo antes, al pactarse la cláusula penal se previó que podría acumularse con otros perjuicios, pues las partes señalaron que la estimación anticipada que hacen de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es sin perjuicio de la reclamación que haga una parte a la otra, por concepto de daños y perjuicios.

En este orden de ideas, se reitera, estamos en presencia de una cláusula penal de las denominadas por la doctrina¹¹⁰ como cláusula penal de apremio, pues las partes le dieron a la misma el efecto

¹⁰⁹ Folios 139 y 140 del cuaderno de pruebas

¹¹⁰ Contratos Mercantiles, Tomo I, Teoría General del Negocio Mercantil, Jaime Alberto Arrubla Paucar, 12^a ed. 2.008, pág. 188

punitivo o de apremio que el tratadista en cita resalta, previeron expresamente que frente al incumplimiento contractual la parte afectada podría exigir además de la cláusula penal la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, para que la indemnización sea integral y no se limitara solo a la cláusula penal.

El artículo 1.600 del Código Civil prevé que,

“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.” (Las subrayas son nuestras).

Entonces es claro que en principio por el incumplimiento contractual la parte contratante no puede pedir paralelamente la pena y la indemnización de perjuicios a menos que hayan estipulado expresamente esa posibilidad.

El tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar expresa sobre los efectos de la Cláusula penal,

“Al momento de celebrar el contrato mercantil, observamos un doble efecto en la cláusula penal: un efecto “valorativo”, pues las partes realizan una evaluación anticipada del perjuicio que ocasionará el incumplimiento; y un efecto “persuasivo”, pues tal valoración se supone que inducirá a las partes al cumplimiento de sus obligaciones dentro del término concedido en el mismo contrato.

Una vez se produzca el incumplimiento contractual, podemos observar en la cláusula penal otros efectos importantes, pues en ese momento la Cláusula cumple una función “indemnizatoria” generalmente, pues se resarcirá con ella el perjuicio que ha ocasionado el incumplimiento; pero también en ciertas ocasiones en las cuales así lo estipulan expresamente los contratantes cumplirá una función meramente punitiva, pudiendo exigirse el pago de la pena, independientemente de la indemnización de perjuicios a que haya lugar¹¹¹. (Las subrayas están fuera del texto)

De antemano este Tribunal descarta la condena en perjuicios solicitada por la parte convocante, en los términos y con el enfoque planteado en los hechos y pretensiones de la solicitud de convocatoria, por cuanto la ha enfocado con base en el párrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios, que dice así :

“PARAGRAFO SEGUNDO”: ***Durante la vigencia inicial de diez años, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado el contrato dando un aviso de seis meses de antelación*** , caso en el cual la parte que desea terminarlo deberá cancelarle a la otra una suma equivalente al promedio de la facturación de los servicios que faltaren para ser prestados, que en todo caso, no podrá ser inferior,

¹¹¹ Contratos Mercantiles, Tomo I, Teoría General del Negocio Mercantil, Jaime Alberto Arrubla Paucar, 12ª ed. 2.008, pág. 184.

al equivalente a la facturación del año inmediatamente anterior multiplicado por el tiempo que faltare para su ejecución incrementado en el IPC, respectivo a título de indemnización”.

Para el Tribunal esta disposición es clara en el sentido que cualquiera de las partes puede, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y en respeto del pacto contractual, darlo por terminado en cualquier momento del término inicial, previo aviso de 6 meses de antelación, y asumir la consecuencia económica de cancelarle a la otra una suma equivalente al promedio de la facturación de los servicios que faltaren para ser prestados, que en todo caso, no podrá ser inferior, al equivalente a la facturación del año inmediatamente anterior multiplicado por el tiempo que faltare para su ejecución incrementado en el IPC respectivo, a título de indemnización.

Para el Tribunal esa cláusula refleja un típico derecho de retracto en donde las partes dispusieron que cualquiera de ellas podía dentro del marco contractual dar por terminado el contrato, previo aviso a la otra parte con seis (6) meses de antelación.

Anteriormente este Tribunal analizó las características que tiene el derecho de retracto y su relación con la terminación unilateral, concluyendo que en el caso que se desata y conforme a la forma como ocurrieron los hechos, no se configuró el derecho de retracto, sino la terminación unilateral.

En efecto la extinción del contrato de prestación de servicios de anestesiología no estuvo precedido de aviso alguno, verbal o escrito, dado por la parte convocada a la parte convocante; en el expediente no existe prueba alguna en tal sentido; tampoco hay evidencia de que ese aviso se haya hecho con la anticipación de seis meses de que trata el parágrafo segundo de la cláusula cuarta del contrato. En síntesis no hubo la voluntad desplegada por la parte convocada de desligarse del contrato, en ejercicio de esa previsión contractual.

Las pruebas obrantes en el proceso, apuntan más bien a demostrar que se dio fue una terminación unilateral del contrato, que fue consecuencia directa de la decisión de la asamblea general de accionistas de disolver y liquidar la sociedad convocada, tal como se aprecia con el material probatorio obrante en el proceso y que fue objeto de análisis anteriormente.

Esa terminación unilateral generó el incumplimiento grave de una de las principales obligaciones derivadas del contrato, como es la de respetar el término duración del mismo.

Ese preciso incumplimiento del contrato generó, sin lugar a dudas, para la parte convocante, perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante, en la medida en que, como consecuencia de dicha terminación, se le privó de recibir las ganancias o provechos que venía devengando durante el desarrollo normal del contrato.

La cuantía de dicha ganancia o provecho se encuentra acreditada en el proceso con el dictamen pericial rendido por el contador Eliecer Quiróz Ruíz,¹¹² quien en el punto 1.3 de su trabajo, de manera coherente y clara, hace un cálculo del lucro cesante ocasionado, a partir del promedio de los ingresos mensuales, de los doce últimos meses de facturación, promedio de costos y gastos de los últimos 12 meses de operación generados para el contrato entre Hospital Bocagrande S.A. y Unimedas Ltda. Resultando previa fórmula utilizada en atención a los 75 meses que faltaban para terminar el contrato, un lucro cesante identificado con la letra “P”, por la suma de mil setecientos sesenta y nueve millones siete mil ochocientos tres pesos (\$1.769.007.803.00), cifra calculada a mayo de 2009, que a julio de 2010 equivalen a mil ochocientos seis millones ochocientos sesenta y cuatro mil quinientos setenta pesos (\$1.806.864.570.00), en virtud de la actualización de la primera cifra con base en el IPC.

Una vez analizado el contenido general y completo de este dictamen, el Tribunal le otorga valor probatorio pleno, por la calidad, firmeza y precisión de sus fundamentos. El perito que rindió el dictamen ELIECER QUIROZ RUIZ, respondió con precisión y claridad todas las preguntas que le fueron formuladas por las partes y que de oficio decretó este Tribunal.

En cuanto a la pretensión de la parte convocante de que se le cancelen intereses moratorios desde que la sociedad entró en mora hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones, este Tribunal considera que esa pretensión no debe prosperar por cuanto los intereses moratorios, por si solos configuran una modalidad de perjuicios, que como tales no serían acumulables a otros perjuicios; en este caso la condena que profiere este Tribunal no es por sumas de dinero que adeude la parte Convocada a la parte Convocante por concepto de la ejecución del contrato, sino precisamente por concepto de perjuicios en su modalidad de lucro cesante y de pena. Resalta el Tribunal la incompatibilidad de ese tipo de acumulaciones. Además los intereses moratorios solo son aplicables cuando de sumas liquidadas pendientes de pago se refiere.

El tratadista Fernando Hinestrosa¹¹³ al referirse a los intereses moratorios expresa

“Que cumplen la función de resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que se presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida, presunción iuris et de iure de la producción de un quebranto por la sola mora del deudor, lo que no obsta para que el acreedor pueda optar por la pretensión de resarcimiento ordinario, caso en el cual tendrá que probar el monto del perjuicio sufrido. Se considera que el dinero es un bien productivo, sus frutos son los intereses. Y por esa razón, cuando el acreedor no entra en posesión del dinero a él debido, se reconoce el perjuicio que está injustamente está recibiendo con la mora del deudor...”.

¹¹² Folios 38 al 113 del cuaderno de pruebas

¹¹³ ¹¹³ Tratado de las obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes, editorial Universidad Externado de Colombia, 2002, página 165.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 24 de febrero de 1975 al referirse a las clases de intereses, expresó que

"Los intereses **remuneratorios** son los causados por un crédito de capital durante el plazo que se le ha otorgado al deudor para pagarlo, y los **moratorios**, los que corresponden a la indemnización de perjuicios que debe satisfacer el deudor cuando ha incurrido en mora de pagar la cantidad debida. En las obligaciones de origen contractual llámense **convencionales**, cuando han sido fijados por las partes que celebraron el contrato y **legales** los que por falta de estipulación al respecto son determinados por la ley."

10.15 Las costas y su liquidación

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.

Teniendo en cuenta que en el presente caso no prosperaron la totalidad de las pretensiones de la demanda, es del caso condenar en costas a la parte Convocada de manera parcial en un 50% de conformidad con la siguiente liquidación.

- A. SUMA TOTAL POR CONCEPTO DE HONORARIOS DE LOS ARBITROS MAS IVA LIQUIDADO PARA DOS ARBITROS....\$67.576.577,34
- B. SUMA POR CONCEPTO DE HONORARIOS DE LA SECRETARIA MAS IVA... \$11.805.546,65
- C. GASTOS DE ADMINISTRACION CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA ... \$11.805.546,65
- D. GASTOS DEL PROCESO, PROTOCOLIZACION LAUDO Y OTROS... \$4.000.000,00
- E. GASTOS DE PERITACION DEL CONTADOR..... \$500.000,00
- F. HONORARIOS PERITO CONTADOR..... \$3.500.000,00

SUBTOTAL DE GASTOS DEL PROCESO ARBITRAL...\$99.187.670, 00

De los cuales cada parte asumió el 50% es decir la suma \$49.593.835, 00

AGENCIAS EN DERECHO, se fijan como tales la suma de \$20.000.000, 00. Teniendo como referencia el valor de los honorarios que le correspondió a cada árbitro.

Por tanto se liquidan las costas a favor de la parte Convocante y a cargo de la parte Convocada en la suma total de CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS, (\$44.796.917,00) suma que deberá pagarse una vez ejecutoriado el presente laudo.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre UNION DE MEDICOS ANESTESIOLOGOS DE BOCAGRANDE LTDA. “UNIMEDAS S.A.” y HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. “EN LIQUIDACION”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y de conformidad con la habilitación conferida por las partes,

RESUELVE:

Primero. Declárese al HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. “EN LIQUIDACION” civilmente responsable por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios de anestesiología, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior condenase al HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. “EN LIQUIDACION” a pagar a favor de UNION DE MEDICOS ANESTESIOLOGOS DE BOCAGRANDE LTDA. “UNIMEDAS S.A.”, la suma de mil ochocientos seis millones ochocientos sesenta y cuatro mil quinientos setenta pesos (\$1.806.864.570.00), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

Tercero. Como consecuencia de la primera declaración, condenase al HOSPITAL BOCAGRANDE “EN LIQUIDACION” a pagar a favor de UNION DE MEDICOS ANESTESIOLOGOS DE BOCAGRANDE LTDA. “UNIMEDAS S.A.”, la suma de cuarenta y ocho millones seiscientos sesenta y siete mil quinientos pesos (\$48.667.500, 00), por concepto de pena, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

Cuarto. No se accede a condenar al Hospital Bocagrande S.A. “En Liquidación” a pagar intereses moratorios, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

Quinto. Declárense no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, denominadas “Buena fe”, “Excepción de Contrato no cumplido”, Ilegitimidad para incoar la acción resolutoria” y “contrato terminado por mutuo disenso”, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

Sexto. Condenase al Hospital Bocagrande S.A. “En Liquidación” a pagar las costas procesales a favor de UNION DE MEDICOS ANESTESIOLOGOS DE BOCAGRANDE LTDA. “UNIMEDAS S.A.” por la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS, (\$44.796.917, 00.), que deberán pagarse una vez ejecutoriado el presente laudo.

Séptimo. Protocolícese el expediente en la Notaría Quinta del Círculo de Cartagena.

Octavo. Este laudo queda notificado en estrados.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ALFONSO HERNANDEZ TOUS
Arbitro Presidente

LILIANA BUSTILLO ARRIETA
Arbitro

ARLENA HOYOS CAÑAVERA
Arbitro

ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI
Secretaria del Tribunal