



GOBERNACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina
Reserva de Biosfera Scaflowier
Nit: 892.400.038-2

RESOLUCIÓN NÚMERO - 006903 -
28 DIC 2012

Por medio de la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos por la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL y SEGUROS DEL ESTADO S.A. contra la Resolución No. 5085 de 25 de septiembre de 2012 y se modifica la liquidación unilateral del contrato de concesión No. 342 de 2007.

La Gobernadora del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en uso de sus facultades legales, y en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que en relación con la celebración y ejecución del contrato suscrito entre la Unión Temporal MISIÓN VITAL y el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, se pueden referir los siguientes antecedentes:

1.- Que en fecha de 31 de diciembre de 2007 el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Unión Temporal MISIÓN VITAL suscribieron el contrato de concesión No. 342 de 2007, cuyo objeto, de conformidad con lo expuesto en la cláusula primera, consistió en "la entrega en CONCESIÓN que hace el Departamento al Concesionario del Hospital Departamental de San Andrés y los otros puntos de atención incluidos en la red en San Andrés y Providencia Islas, para la prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la demanda de los niveles 1, 2 y 3 raizal del Sisben, regímenes especiales y particulares así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios, bajo las condiciones expresas definidas en este documento, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la ENTIDAD CONTRATANTE, a cambio de una remuneración, de conformidad con las condiciones definidas en los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 12 de 2007, y sus anexos, que forman parte del presente contrato así como la propuesta presentada por el concesionario".

2. Que acorde con el objeto contractual de la concesión de la referencia, en la cláusula tercera se establecieron como obligaciones del contratista entre otras, las siguientes: "(...) Responder en todos los casos por los servicios prestados al paciente al paciente y a las aseguradoras así como ante las autoridades, y en consecuencia, pagar las condenas y multas que le sean impuestas; Entregar a la entidad contratante, a título de contraprestación, el porcentaje ofrecido en la propuesta como rentabilidad financiera; prestar los servicios de salud de acuerdo con la normatividad vigente; Asumir por su cuenta el costo de todos los servicios, entre otros, el de aseo del espacio entregado en concesión, los servicios públicos (teléfonos, agua, luz y recolección de aseo), manejo y explotación de la celda de seguridad y el horno incinerador, servicio de nutrición y alimentación de pacientes, archivo clínico y registros estadísticos, personal asistencial y administrativo, pago de honorarios por servicios profesionales; Ejecutar y cumplir como mínimo el plan de negocios con el que funcionará a ejecutarlo y cumplirlo de acuerdo a los planteamientos presentados en la propuesta, los términos previstos en los mismos será el punto de partida para la evaluación del cumplimiento; presentar un documento técnico denominado PLAN DE TRABAJO PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN Y

AJUSTE, que establezca el cronograma de trabajo inicial mientras se da comienzo en forma plena a las actividades propias del concesionario; elaborar, dentro del mes siguiente a la finalización del período de transición y ajuste, un documento definitivo para la prestación del servicio con la totalidad de su capacidad instalada, documento que se integrará a la propuesta técnica e incorporará las mejoras que se hayan introducido en materia operativa, incluyendo las variaciones en los horarios y frecuencias de atención, que resulten de este período (...) Asumir todos los costos, tasas, cobros, gastos e inversiones que demande el cumplimiento del objeto contractual. De igual forma, estarán a cargo del concesionario el mantenimiento preventivo y correctivo de los bienes muebles e inmuebles entregados por la entidad contratante y los gastos que generen estos mismos bienes y su aseguramiento con una compañía de seguro legalmente reconocida en Colombia; Constituir y mantener la garantía única de cumplimiento en las condiciones expresadas en el presente contrato; proveer los equipos, materiales y personal necesario para la ejecución del presente contrato, en las condiciones previstas en el mismo y en los demás documentos que forman parte del contrato; Elaborar y presentar ante las autoridades sanitarias y ambientales el plan integral de residuos hospitalarios; pagar los salarios, prestaciones sociales y las respectivas obligaciones parafiscales (...)"

3. El valor del contrato de concesión 342 de 2007 se pactó inicialmente por la suma de CINCO MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$5.000.000.000), según se previó en la cláusula séptima del contrato: "El valor del presente contrato es indeterminado, el valor efectivo y estimado será la suma de : **CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000) M/cte**, para los efectos legales y fiscales en su primer año, los cuales se incrementarán anualmente de acuerdo al IPC promedio anual".

4. De acuerdo a la cláusula cuarta del contrato de concesión 342 de 2007, el plazo de ejecución del contrato es de doce (12) años, contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Iniciación.

5. En relación con la cláusula penal pactada, la cláusula vigésima estableció: En caso de declaratoria de caducidad del presente contrato, el Contratista pagará a la **ENTIDAD CONTRATANTE**, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como pago parcial de los perjuicios que el Contratista cause a la **ENTIDAD CONTRATANTE** El valor de la cláusula penal se descontará de los pagos a favor de **EL CONCESIONARIO** o con cargo al amparo de cumplimiento, una vez se encuentre en firme el respectivo acto administrativo".

6. Que la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., mediante póliza de cumplimiento N° 96-44-101007235, a favor del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, amparó el cumplimiento del contrato de concesión 342 de 2007, por valor de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$ 500.000.000), cuya vigencia inicial comprendió el período de 31 de diciembre de 2007 al 30 de junio de 2009, prorrogado hasta el 30 de junio de 2010. Así mismo amparó el riesgo del pago de salarios y prestaciones sociales por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$ 250.000.000).

7. Que una vez legalizado el contrato de concesión No. 342 de 2007 y suscrita la correspondiente acta de inicio, la Unión Temporal MISIÓN VITAL empezó a ejecutar sus obligaciones contractuales, respecto las cuales, desde el primer año de operación, explotación, organización y gestión total del hospital Departamental, se presentó retraso en su ejecución o prestación deficiente, tal como a continuación pasa a enunciarse en los siguientes términos:

a) Mediante Oficio GOB/SSD – 1008 de 12 de mayo de 2008, visible a Folio 301 del cuaderno No. 1., el Secretario de Salud Departamental JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ ROBLES le puso en conocimiento al Subgerente científico de la Unión Temporal MISIÓN VITAL una serie de inconvenientes presentados por las demoras en la asignación de citas a usuarios, así como la necesidad de que las mismas se otorgaran antes del vencimiento de las órdenes expedidas por la Secretaría de Salud o de la respectiva autorización.

b) Mediante Oficio GOB/SSD – 1447 de 2 de julio de 2008, visible a Folio 303 del cuaderno No. 1., el Secretario de Salud Departamental JOSÉ RODRÍGUEZ ROBLES le pone de presente igualmente a la Representante Legal de la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL que de acuerdo a lo pactado con esa Secretaría, las plazas del servicio social obligatorio de medicina, enfermería y bacteriología tanto del Hospital Departamental como del Hospital Local del Municipio de Providencia permanecerían y no estarían sujetos a supresión por parte de la administración ejercida por esa unión temporal.

c) Mediante Oficio de 6 de octubre de 2008, visible a Folio 233 del cuaderno No. 1., las auxiliares y camilleras del Hospital Departamental AMOR DE PATRIA elevan solicitud al Doctor EVERT JULIO HAWKINS SJORGREEN, en los siguientes términos:

“(…) Como primer asunto a tratar, solicitamos que se nos cancele la prima del mes de junio del presente año, pues a la fecha no se nos ha dado respuesta alguna sobre esto y nuestro salario mensual se nos está cancelando casi al finalizar el siguiente mes; Sin embargo nos exigen que cumplamos con nuestras labores, cubriendo turnos hasta de 12 horas sin que se nos reconozca la alimentación ni el suministro de agua.

Otra de las razones de esta reunión es que no hemos podido hacer uso de los servicios de salud, ya que no se están efectuando los respectivos aportes en salud, pensión y riesgos profesionales entre otros, en especial nos encontramos desprotegidos en salud porque no nos atienden en las EPS por falta de pago ni se nos suministran los medicamentos (…)”

Este hecho fue reiterado en Oficio de 27 de octubre de 2008 visible a Folio 238 del cuaderno No.1, en el que las enfermeras reiteran la situación de impago de salud, pensión, riesgos profesionales y salarios, y la exigencia así mismo de que tal circunstancia se solucione teniendo en cuenta que las enfermeras son en su gran mayoría madres cabeza de familia.

d) Mediante Oficio No. GCS – 3896 – 08 de 13 de noviembre de 2008, la sociedad productora de energía eléctrica de San Andrés y providencia SOPESA S.A. E.S.P., anexa estado de cuenta del Hospital AMOR DE PATRIA, código No. 534881817, por valor de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS SETENTA PESOS (\$ 159.815.770.00).

e) Mediante Oficio sin número de 12 de diciembre de 2008 el Secretario de Salud Departamental JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ ROBLES le solicita al Gerente de la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL, señor RANDY ALLEN BENT HOOKER se informe sobre las medidas que emprenderá a efecto de cumplir con lo pactado en el contrato de concesión. Lo anterior de cara a la decisión unilateral e inconsulta de la Unión temporal contratista de terminar los contratos de trabajo de un número importante de especialistas. En los siguientes se impetró la mentada solicitud:

“Así las cosas, como efecto de la terminación unilateral de los contratos de trabajo decidida por ustedes el día 12 de Diciembre de 2008, el Hospital Departamental Amor de Patria se quedó sin médicos especialistas en las áreas de Neurocirugía, urología, y medicina familiar, y entre otros casos, como por ejemplo en Ortopedia, medicina interna y cirugía general quedaron con un solo especialista, que de suyo no darán a basto para cubrir la demanda del Departamento, con lo cual la Unión

Misión Vital operador privado del centro hospitalario mencionado, está incumpliendo el contrato No. 427 de 2008, toda vez que los servicios contratados no se prestan en su totalidad en algunos casos y otros no oportunamente, lo que obligaría al ente territorial dar aplicación a lo pactado en el Numeral 2 de la cláusula décimo sexta, del plurimentado contrato”.

8. Que durante los años 2009 y 2010 los supuestos de incumplimiento contractual por parte del operador del Hospital Departamental AMOR DE PATRIA fueron reiterados, hasta tal punto que en el mes de abril de 2010 hubo necesidad de declarar la urgencia manifiesta para de tal forma contratar directamente con la EPS CAPRECOM. Sobre la realidad de las situaciones fácticas que dieron origen a la declaratoria de caducidad administrativa del contrato de concesión No. 342 de 2007, fueron concedores entre otros los delegados del Ministerio de la Protección social, la defensoría del pueblo y la Contraloría del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y en general los pobladores de la Isla. Todos los hechos que en forma sucinta se enuncian, tiene que ver con la falta de personal especialista en el Hospital Departamental; la falta de insumos médicos; la falta de pago de los salarios y prestaciones sociales del personal médico que trabajaba al interior del Hospital Departamental AMOR DE PATRIA; la falta de pago de los servicios públicos domiciliarios de agua y luz, así como de los tributos a cuyo cargo se encontraban; la falta de cumplimiento de la obligación de mantenimiento de las garantías contractuales como mecanismo de cobertura del riesgo de incumplimiento y los perjuicios que el mismo pudiera ocasionar al Departamento de San Andrés, Santa Catalina y Providencia, entre otros inconvenientes y dificultades que derivaron en una serie de demandas laborales y procesos ejecutivos en contra de los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL y el Departamento en forma solidaria, así como en la consecuente falta de atención a la población isleña.

9. Que durante el año 2010 la situación de incumplimiento contractual por parte de la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL puso en riesgo efectivo la prestación del servicio público de salud a los habitantes del Departamento, hasta tal punto que con ocasión de la imposibilidad presentada por este concesionario de asumir sus cargas convencionales, en fecha de 18 de abril de 2010, la EPS CAPRECOM, previo aviso a la Unión Temporal contratista de la formalización de la entrega del hospital, se hizo formalmente ante las autoridades del Departamento y los delegados del Ministerio de Protección Social, procediendo el Departamento a cumplir con sus obligaciones constitucionales de garantía de continuidad en la prestación del servicio público de salud mediante la declaratoria de urgencia manifiesta con la expedición del Decreto No. 0099 de 18 de abril de 2010.

En efecto, mediante Oficio SAL – 1737 de 12 de abril de 2010, visible a Folio 317 del cuaderno No.2, el Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina le informa a los señores integrantes de la UT MISIÓN VITAL que mediante comunicación SUB – IPS – 145 de CAPRECOM esta EPS informó su intención de no renovar el contrato suscrito con la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL para la prestación de los servicios de salud en el Hospital y Departamental y sus puntos de atención, fijándose como fecha exacta de terminación de sus labores el 17 de abril de 2010 a las 24 horas.

A fin que la entrega fuera exitosa y que el servicio público de salud se siguiera prestando en forma eficiente la Gobernación del Departamento de San Andrés efectuó las siguientes acciones administrativas:

En primer lugar, mediante el precitado Oficio SAL – 1737 de 12 de abril de 2010 se le exigió a la Unión Temporal contratista que a más tardar el 15 de abril de 2010 se presente información a fin de garantizar la continuidad en la ejecución de contrato y por ende en la prestación del servicio público que se encuentra a su cargo, a saber: 1. Información de la existencia de un plan detallado que indique bajo qué condiciones técnicas, financieras,

científicas, profesionales y administrativas se continuará con la prestación del servicio. En concreto, se interrogó sobre la fuente de los recursos que permitiría la continuación de la operación del Hospital departamental, la forma de vinculación del personal administrativo, profesional y técnico, la forma como se garantizaría el suministro de medicamentos e insumos necesarios para el funcionamiento físico y administrativo del hospital, documento que debía ser entregado a más tardar el 15 de abril de 2010. 2. La necesaria para garantizar la exigencia de cumplimiento de los aspectos o compromisos contractuales cuyo requerimiento se efectuó en los años anteriores de vigencia del contrato de concesión conforme se relacionó en los anexos 1, 2 y 3 que se adjuntaron a tal Oficio.

Pese a los requerimientos de la entidad contratante la Unión Temporal contratista no emitió respuesta alguna a las exigencias efectuadas, hecho éste del que da constancia el acta de reunión de 15 de abril de 2010, visible a Folio 351 del cuaderno No. 2, oportunidad en la cual se acreditó que, en primer lugar, el Oficio SAL 1737 de 12 de abril de 2012 fue recibido por la Representante Legal de la UT MISIÓN VITAL, señora ELSA PEÑALOZA; en segunda instancia, que por parte o en representación de la Unión Temporal contratista no asistió ningún delegado o mandatario a fin de atender los requerimientos específicos de entrega del hospital departamental AMOR PATRIA. Sea pertinente reiterar nuevamente que a esta reunión asistieron entre otros el señor Defensor del Pueblo FIDEL CORPUS SUAREZ, el Secretario de Salud Departamental JOSÉ RODRÍGUEZ ROBLES, las representantes por parte del Ministerio de Protección Social LUZ MERY MUÑOZ y CLAUDIA LUCIA MORALES, y el señor Procurador Regional del Departamento de San Andrés Doctor FELIX HAWKINS MANUEL, siendo ellos en consecuencia testigos directos de las graves dificultades por las que atravesaba el Hospital Departamental AMOR DE PATRIA, institución que amenazaba con la paralización absoluta de sus servicios con ocasión de la inminente terminación de la relación contractual forjada entre la UT MISIÓN VITAL y la EPS CAPRECOM. La omisión de la UT contratista de asistir a las reuniones a las que había sido convocada para hacer la entrega formal del Hospital departamental fue reiterativa, hasta tal punto que en acta de reunión No. 2 de 16 de abril del año en curso, visible a folio 351 del cuaderno No. 2., se dio continuación a la labor de verificación de cumplimiento de los requerimientos exigidos en Oficio SAL – 1737 de 12 de abril de 2010, y en esta oportunidad, el delegado por CAPRECOM puso de presente que la inasistencia de los representantes de la UT MISIÓN VITAL imposibilita la entrega de los pacientes que se encuentran hospitalizados junto con los potenciales usuarios del Hospital, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes, delegados o apoderados de la Unión Temporal contratista. En acta de reunión No. 3 de 17 de abril de 2010, visible a folio 356 del cuaderno No.2., se dejó constancia igualmente de las circunstancias atinentes a la falta por parte de la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL de la entrega de la prueba mediante los documentos idóneos según los requerimientos efectuados por la entidad contratante mediante Oficio SAL – 1737 de 12 de abril del año en curso. En esta oportunidad la representante legal de la unión temporal ELSA PEÑALOZA BUENO indicó que se adelantaron las gestiones encaminadas a garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud una vez CAPRECOM les hiciera entrega de los hospitales. Se han adelantado conversaciones y celebrado compromisos para garantizar la disponibilidad del personal médico, médico especializado, asistencial y administrativo que les permita asumir los servicios, y que se canceló un mes por anticipado a la empresa que suministrará el personal requerido, de cara a lo cual el Gobernador exige en dicha reunión se proceda a presentar el correspondiente recibo de consignación.

10. Que mediante acta general de 18 de abril de 2010, visible a Folio 362 y siguientes del cuaderno No.2., se hace entrega de los bienes que conforman las IPS departamentales Hospital Departamental de San Andrés y Hospital Local de providencia por parte de CAPRECOM a la Unión Temporal MISIÓN VITAL, oportunidad en la que se encuentran

presentes los señores Representante Legal de la UT MISIÓN VITAL ELSA PEÑALOZA y el Subdirector Delegado de la EPS CAPRECOM JAIME CABRERA GUERRA. Como aspectos de relevancia, se mencionan los siguientes:

En primer lugar, en lo concerniente al desarrollo de entrega de pacientes hospitalizados y bienes que conforman las IPS Hospital departamental y local de Providencia se señala que "A partir de las 00:001 horas del día 18 de abril del año en curso CAPRECOM hace entrega a la Unión Temporal MISIÓN VITAL de los pacientes hospitalizados según el censo de los mismos y la revista médica anexa, también de los bienes que conforman las IPS Hospital Departamental de San Andrés Islas y el Hospital Local de Providencia, por su parte el contratante MISIÓN VITAL los recibe asumiendo toda la responsabilidad en adelante por la continuidad de los tratamientos en proceso de la población hospitalizada y seguridad y conservación de los bienes que le habían sido entregados a CAPRECOM".

En segunda instancia, respecto del inventario de elementos devolutivos se manifiesta que "a CAPRECOM no le fueron entregados formalmente los inventarios de elementos devolutivos que se encontraban en poder de la UT MISIÓN VITAL", y así mismo que "CAPRECOM, durante el transcurso de su operación ha venido adelantando el levantamiento de inventarios de elementos devolutivos que se encontraban al interior de las instituciones prestadoras de servicios de salud, en este orden de ideas el trabajo que se adelantará, será el de cotejar la información conformada por CAPRECOM frente a lo existente en los hospitales y suscribir el acta respectiva de los elementos que se le entregan a la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL por parte de CAPRECOM".

En tercera medida, en relación con el inventario de elementos de consumo (insumos, gases, medicinales y medicamentos), se informa que "dichos elementos, por ser de propiedad de CAPRECOM serán retirados por éste en la fecha y hora señalados para la entrega de bienes". Finalmente, en relación con los servicios públicos (agua, luz, gas energía y gas industrial) y la telefonía fija se pagarán en forma proporcional según regla de tres simple.

11. Que en fecha de 18 de abril de 2010, a efectos de verificar la existencia de cumplimiento de los compromisos adoptados por la UT MISIÓN VITAL con ocasión de la comunicación por parte de CAPRECOM de no seguir con la prestación de los servicios de salud en el Hospital Departamental de San Andrés y Hospital Local de Providencia, se reunieron en la Sala de Juntas del Hospital Departamental AMOR PATRIA, entre otras personas, el señor Gobernador PEDRO GALLARDO FORBES; el señor Procurador Regional FELIX HAWKINS MANUEL; el señor Contralor auxiliar de la Contraloría Departamental CARLOS VELILLA GUZMÁN; la representante de la Unión Temporal MISIÓN VITAL ELZA PEÑALOZA BUENO, la Representante de la Superintendencia Nacional de Salud NELCY OTERO DAJUD; y el subdirector científico de CAPRECOM WILFRIDO MANUEL HERNÁNDEZ, reunión de la cual quedó constancia en acta No. 4 visible a Folio 415 del cuaderno No. 2. En su desarrollo, se deja constancia de los siguientes aspectos:

En primer lugar, que se efectuó inspección a las distintas áreas del Hospital Departamental de AMOR PATRIA, constatando que "desde las 00:00 horas del día 18 de abril de 2010 y hasta la fecha y hora de la firma de la presente acta, no existía personal contratado para prestar los servicios en el hospital AMOR DE PATRIA, como consta en las manifestaciones efectuadas por el personal que permaneció laborando por el compromiso con la comunidad y la ética profesional".

En segunda instancia, que "En el hospital local de la Isla de Providencia no compareció ningún representante de la UT MISIÓN VITAL y el personal que labora en dicho hospital

no tiene contrato laboral con ninguna entidad, poniéndose en riesgo la prestación del servicio”.

En tercera medida, que “La cantidad de medicamentos que se observa en la farmacia del hospital es mínima. Las columnas de medicamentos estaban vacías. Se requirieron medicamentos como Valium, Adrenalina y otros, y no existían. Se requirió factura de compra y relación de los medicamentos, los cuales no fueron allegados por parte de la UT por no poseerlas, según manifestó la Doctora ELZA PEÑALOZA”.

De otro lado, se informa igualmente que “no existen insumos médicos ni de laboratorio suficientes para atender a los pacientes”.

Finalmente, los delegados por CAPRECOM dejan constancia “que pese haberse terminado el contrato que tenía suscrito con la Unión Temporal MISIÓN VITAL la representante legal de la misma se negó en presencia de testigos a firmar el acta de recibo de los pacientes y de los bienes que estaba operando CAPRECOM. Se anexa a la presente copia del acta de entrega de CAPRECOM que se negó a firmar la representante legal de la UT MISIÓN VITAL, así como el acta de entrega de pacientes”.

12. Que ante el lamentable estado en el que se encontraba el Hospital Departamental AMOR DE PATRIA y la imposibilidad luego de haberse efectuado la entrega formal a la UT MISIÓN VITAL para que asumiera directamente las obligaciones de prestación, operación, explotación y gestión total del servicio público de salud, el Gobernador del Departamento se vio avocado a declarar la urgencia manifiesta mediante Decreto 099 de 18 de abril de 2010, procediéndose a suscribir el Convenio Interadministrativo No. 007 de 18 de abril de 2010 entre el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y CAPRECOM institución prestadora de servicios de salud, cuyo objeto consistió en la asunción por parte de ésta última de la prestación del servicio y la administración u operación de los hospitales departamentales de San Andrés Islas y local de Providencia de acuerdo con las posibilidades de prestación de servicios de salud que le permitan las instalaciones y equipamiento, a partir de las 7:00 a.m. del 18 de abril de 2010.

13. Que habiéndose rectificado en consecuencia el real incumplimiento de la Unión Temporal contratista dentro del Contrato No. 342 de 2007, así como habiéndose producido efectivamente la paralización del precitado contrato, y por consiguiente de la prestación del servicio público de salud en el departamento, situación que como puede verse sólo pudo ser sorteada a través de la declaratoria de urgencia manifiesta y suscripción de contrato con la EPS CAPRECOM, a fin de declarar el incumplimiento, declarar la caducidad administrativa del contrato, y hacer efectiva la garantía única de cumplimiento se comunicó a los integrantes de LA UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL mediante Oficio SAL – 2476 de 29 de abril de 2010, visible a Folio 491 y siguientes del cuaderno No. 2., la iniciación de actuación administrativa que podría conducir a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión No. 342 de 2007.

14. Que como consecuencia del grave e injustificado incumplimiento del contrato de concesión 342 de 2007, descrito con anterioridad, el cual amenazó ciertamente con la paralización de las actividades contractuales de prestación de servicios de salud, operación y mantenimiento del HOSPITAL DEPARTAMENTAL AMOR DE PATRIA, mediante Resolución 5404 de 9 de diciembre de 2010, confirmada mediante Resolución 6295 de 28 de noviembre de 2011, se declaró la caducidad del contrato de concesión No. 342 de 2007, procediéndose a decretar su terminación anticipada, la declaratoria de ocurrencia del siniestro de incumplimiento y en consecuencia la efectividad de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de concesión.

15. Que mediante comunicación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina del 15 de agosto del año en curso, dirigida a la

Representante Legal del contratista, señora ELSA PEÑALOZA, así como a todos y cada uno de los miembros que conformaron la Unión Temporal – Clínica MANIZALES S.A., MEJIA Y ASOCIADOS CIA, PROMOTORA DE MEDIOS LTDA., DISTRIBUIMOS REPRESENTACIONES MÉDICAS S.A., BELMOR LTDA, y la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., se dio traslado del proyecto de acta de liquidación bilateral del contrato de concesión No. 342 de 2007.

16. Que mediante Oficio de 9 de julio de 2012 la representante legal de la UT MISIÓN VITAL dio respuesta al proyecto de liquidación bilateral remitido, solicitando la revocatoria oficiosa de las resoluciones 5404 de 2010 y 6095 de 2011, acusando las mismas de adolecer de los vicios de nulidad, falsa motivación y desviación de poder. Así mismo, se expuso a título de objeción la falta de inclusión de las inversiones efectuadas por el concesionario, inversiones que no fueron cuantificadas o estimadas económicamente.

17. Que mediante Oficio 1020 con radicado saliente No. 6392 del 08 de julio de 2012, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, remitió proyecto de liquidación bilateral final, en el que se incluyeron las objeciones presentadas por el concesionario, para su correspondiente firma o suscripción.

18. Que pese a haberse remitido acta de liquidación bilateral del contrato de concesión No. 342 de 2007 a los miembros de la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL, con las objeciones por ellos expuestas, no se recibió correo con el documento debidamente firmado.

19. Que de conformidad con lo anteriormente expuesto, y atendiendo el plazo fijado en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 para los contratos estatales que requieren de tal trámite, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la Resolución No. 5085 de 25 de septiembre de 2012, procedió a realizar la liquidación unilateral del contrato de concesión No. 342 de 2007, bajo el siguiente tenor:

BALANCE FINANCIERO DEL CONTRATO.

CONCEPTO	VALOR DEL CONTRATO	VALOR EJECUTADO	VALOR ORDEN PAGO
----------	--------------------	-----------------	------------------

VALOR INICIAL DEL CONTRATO.	CINCO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE.		
-----------------------------	-----------------------------------------------	--	--

VALOR CLAUSULA PENAL PECUNIARIA CTO 342 DE 2007.	QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE. (\$ 500.000.000).		
--------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------	--	--

VALOR ACTUALIZADO CLAUSULA PENAL PECUNIARIA CTO 342 DE 2007.	MIL DOSCIENTOS SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 1.206.500).		
--------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------	--	--

VALOR PAGADO POR EL DEPARTAMENTO OBLIGACIONES LABORALES.	CIENTO SEIS MILLONES SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$ 106.076.269).		
----------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA.	0.		
--------------------------------	----	--	--

SALDO A FAVOR DEL DEPARTAMENTO.	MIL TRESCIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$ 1.312.576.269).		
---------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

20. Que dicha Resolución fue notificada en debida forma tanto a la UT MISIÓN VITAL, como a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., quienes una vez notificados y dentro de los términos de ley interpusieron recurso de reposición contra la Resolución No. 5085 de 25 de septiembre de 2012, de cuyos argumentos se ocupará a continuación el presente despacho.

II. ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

2.1 ARGUMENTOS EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

Como primera consideración, la UT MISIÓN VITAL afirma que el Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, incurrió en desvío de poder al expedir la Resolución No. 5085 de 25 de septiembre de 2012, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión 342 de 2007. A continuación nos permitimos transcribir los argumentos expuestos por el contratista:

...La administración del Departamento de San Andrés providencia y Santa Catalina, ha actuado con evidente DESVIO DE PODER frente al concesionario, desde que se dio inició a la ejecución del contrato No. 342 de 2007, hasta que finalmente, y desconociendo cualquier derecho del contratista, incluso el derecho fundamental a una defensa real, le aplicó la sanción contenida en el acto administrativo que se recurre, sin que sus argumentos hayan sido tenidos en cuenta de manera sustancial y sin que se efectuara como lo ordena la ley, un balance financiero del contrato.

En efecto, la providencia recurrida se sustenta, y así se expuso en la parte motiva, sobre la base presunta de una declaratoria de caducidad conforme a derecho, y trae nuevamente a colación y de manera sesgada, los hechos que dieron origen a esa declaratoria de caducidad, olvidando que dicha declaratoria no fue más que el evidente abuso del derecho con que siempre actuó el Departamento en contra de los intereses del contratista...

Adicionalmente el recurrente trae a colación una serie de argumentos de defensa sobre los cuales este despacho ya tuvo oportunidad de pronunciarse de fondo en múltiples ocasiones, desvirtuando cada uno de ellos, de tal manera que frente a los argumentos referidos por el contratista respecto de los fundamentos fácticos y jurídicos de la declaratoria de caducidad, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en debida forma se pronunció sobre cada uno de ellos en los Oficios y comunicaciones enviadas al contratista de manera previa y concomitante al proceso sancionatorio de declaratoria de caducidad; argumentos a los cuales se pronunció este despacho íntegramente en la Resolución 6295 de 28 de noviembre de 2011 por medio de la cual se confirmó la Resolución 5404 de 2010 que declaró la caducidad del contrato 342 de 2007.

Ahora bien, en relación con el balance financiero de la liquidación del contrato de concesión 342 de 2007, el contratista afirma que no se efectuó un balance financiero como lo ordena la ley. En el mismo sentido se pronunció la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., quien acusó al acto administrativo mediante el cual se liquidó de forma unilateral el contrato de concesión 342 de 2007, objeto de recurso de "INDEBIDA MOTIVACIÓN POR NO APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD". En palabras del recurrente:

...En primer lugar, es preciso advertir que la administración tiene la carga de argumentar en debida forma sus decisiones, con el fin de que permitan a los

administrados, conocer los hechos y consideraciones en que se fundó la misma. En este caso, el acto administrativo identificado con N° 005085 de 2012, debía incluir una descripción de los perjuicios reclamados y cómo fue estimado, el monto del siniestro (aplicando la proporcionalidad decretada mediante resolución N° 006295 de 2011); esto es, determinando la cuantía de sanción de forma clara, lo que no se aprecia en el acto administrativo objeto de impugnación, máxime, cuando a través de una decisión administrativa de la misma entidad estatal, se estableció la obligatoriedad de aplicación de la cláusula penal "de *manera proporcional al cumplimiento de la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL*" cosa que no ocurrió en la resolución impugnada.

...En la presente actuación administrativa, la entidad se limitó a manifestar la existencia de resoluciones que declaraban la Caducidad del contrato de Concesión N° 342 de 2007, pero desconoció totalmente la aplicación de la proporcionalidad prevista en la mismas, por lo que no explicó con claridad cómo llegó al monto a indemnizar y hasta se extralimita en su actuar al ordenar situaciones que la ley no le ha facultado (como pretender indexar la cláusula penal), faltando un requisito legal, debiendo revocarse la resolución sancionatoria.

...Es obligatorio para la entidad, ceñirse a lo pactado en el contrato, en la legislación y en lo decidido en los actos administrativos preliminares que declararon la caducidad del contrato, puesto a que debe ser juicioso el trabajo de la entidad en establecer en la liquidación (bilateral o unilateral), un balance técnico, jurídico y económico del contrato; teniendo en cuenta el incumplimiento parcial del contratista, pues de lo contrario (como ocurre en el presente caso), se violaría el debido proceso, al no permitir controvertir tanto los perjuicios como la tasación del monto a indemnizar fruto de la aplicación de la proporcionalidad.

Frente a los anteriores argumentos, este despacho reconoce que le asiste razón a los recurrentes, en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo al porcentaje de cumplimiento del contratista previamente aceptado por esta Administración. Sin embargo este despacho se permite hacer algunas precisiones al respecto: En primer lugar el régimen legal vigente de la cláusula penal pecuniaria en materia de contratación estatal colombiana se encuentra dado por la Ley 80 de 1993 y las importantes modificaciones introducidas en este tema por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, normativa reglamentada por el reciente Decreto 734 de 2012. Así mismo, en virtud de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, por los artículos 1592 a 1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, en lo no regulado expresamente sobre la materia.

En este sentido, al no existir una regulación expresa sobre la reducción de la cláusula penal pecuniaria ante el cumplimiento parcial del contratista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, debemos remitirnos a la regulación civil y comercial sobre la materia. Así pues se desprende de la lectura del artículo 1596 del Código Civil: "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal." y del inciso 3 del artículo 867 del Código de Comercio: "Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."

De tal manera que, en primer lugar se exige que el deudor cumpla con la obligación a su cargo de manera parcial o defectuosa. En segundo lugar el acreedor debe aceptar su cumplimiento, bien sea expresa o tácitamente, ya que el acreedor no está obligado a

recibir pagos parciales, y en tercer lugar el deudor debe ejercer su derecho, solicitándolo en la instancia judicial, ya que no podrá el juez declararlo de oficio.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp.: 17.009¹:

En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: *i*) en primer lugar, sirve de *criterio de acción*, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. *ii*) En segundo lugar, es un *criterio de control*, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio *ex-ante* y otro *ex-post*, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria...

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: *una*, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y *otra* hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra...

...Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada².

Por consiguiente, la administración del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, en aras de dar aplicación al principio de proporcionalidad procederá a reducir el valor de la cláusula penal de acuerdo al porcentaje ejecutado por el contratista aceptado por la administración.

Resulta claro que una vez legalizado el contrato de concesión No. 342 de 2007 y suscrita la correspondiente acta de inicio, la Unión Temporal MISIÓN VITAL empezó a ejecutar sus obligaciones contractuales, respecto las cuales, desde el primer año de operación, explotación, organización y gestión total del hospital Departamental, se presentó retraso en su ejecución o prestación deficiente, tal como señaló en el numeral 7 literales a, b, c, d y e del presente acto administrativo. Así mismo durante los años 2009 y 2010 los supuestos de incumplimiento contractual por parte del operador del Hospital Departamental AMOR DE PATRIA fueron reiterados, hasta tal punto en que la UT MISIÓN VITAL no pudo asumir directamente las obligaciones de prestación, operación, explotación y gestión total del servicio público de salud en el Hospital Departamental AMOR DE PATRIA. Frente a lo anterior el Gobernador del Departamento declaró la urgencia manifiesta mediante Decreto 099 de 18 de abril de 2010, procediéndose a suscribir el Convenio Interadministrativo No. 007 de 18 de abril de 2010 entre el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y CAPRECOM.

¹ Postura jurisprudencial reiterada en Sentencia de 22 de abril de 2009, exp.: 29.699. C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp.: 17.009, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

Como consecuencia del grave e injustificado incumplimiento del contrato de concesión 342 de 2007, descrito con anterioridad, el cual amenazó ciertamente con la paralización de las actividades contractuales de prestación de servicios de salud, operación y mantenimiento del HOSPITAL DEPARTAMENTAL AMOR DE PATRIA, mediante Resolución 5404 de 9 de diciembre de 2010, confirmada mediante Resolución 6295 de 28 de noviembre de 2011, se declaró la caducidad del contrato de concesión No. 342 de 2007, procediéndose a decretar su terminación anticipada, la declaratoria de ocurrencia del siniestro de incumplimiento y en consecuencia la efectividad de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de concesión.

En efecto de acuerdo a la naturaleza del contrato de concesión 342 de 2007, relacionada directamente con la prestación del servicio público de salud, así como en consideración al objeto perseguido con su celebración, es decir: "la entrega en CONCESIÓN que hace el Departamento al Concesionario del Hospital Departamental de San Andrés y los otros puntos de atención incluidos en la red en San Andrés y Providencia Islas, para la prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la demanda de los niveles 1, 2 y 3 raizal del Sisben, regímenes especiales y particulares así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios, bajo las condiciones expresas definidas en este documento, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la ENTIDAD CONTRATANTE, a cambio de una remuneración, de conformidad con las condiciones definidas en los Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 12 de 2007, y sus anexos, que forman parte del presente contrato así como la propuesta presentada por el concesionario".

Resultaba de cardinal importancia que el contratista cumpliera íntegramente cada una de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión 342 de 2007 durante el plazo de vigencia del mismo, obligaciones en su totalidad principales para la correcta ejecución del contrato celebrado y el correspondiente desarrollo del objeto y finalidad contractual perseguida con su celebración.

Bajo la anterior consideración, la Administración Departamental encuentra que la reducción proporcional de la cláusula penal de acuerdo al cumplimiento de las obligaciones del contratista deberá efectuarse de acuerdo al plazo de vigencia del contrato y al tiempo que el contratista estuvo al frente del contrato, es decir, hasta el día 18 de abril de 2010, fecha en la cual como ha quedado sentado a lo largo del proceso administrativo sancionatorio y concretamente en el presente acto administrativo, frente al lamentable estado en el que se encontraba el Hospital Departamental AMOR DE PATRIA y la imposibilidad luego de haberse efectuado la entrega formal a la UT MISIÓN VITAL para que asumiera directamente las obligaciones de prestación, operación, explotación y gestión total del servicio público de salud, el Gobernador del Departamento declaró la urgencia manifiesta mediante Decreto 099 de 18 de abril de 2010, procediéndose a suscribir el Convenio Interadministrativo No. 007 de 18 de abril de 2010 entre el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y CAPRECOM.

En este sentido, de acuerdo a la cláusula cuarta del contrato de concesión 342 de 2007, el plazo de ejecución del contrato se pactó por doce (12) años, los cuales equivalen a cuatro mil trescientos ochenta y tres días (4.383), de los cuales el Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina recibió de parte de la UT MISIÓN VITAL la ejecución defectuosa del contrato de concesión 342 de 2007, ochocientos treinta y nueve días (839), los cuales se calcularon de la siguiente manera:

TIEMPO DE VIGENCIA TOTAL DEL CONTRATO: 12 AÑOS= CUMPLIMIENTO 100%

Del 31 de diciembre de 2007	Al 31 de diciembre de 2008	366 días
Del 31 de diciembre de 2008	Al 31 de diciembre de 2009	365 días
Del 31 de diciembre de 2009	Al 31 de diciembre de 2010	365 días
Del 31 de diciembre de 2010	Al 31 de diciembre de 2011	365 días
Del 31 de diciembre de 2011	Al 31 de diciembre de 2012	366 días
Del 31 de diciembre de 2012	Al 31 de diciembre de 2013	365 días
Del 31 de diciembre de 2013	Al 31 de diciembre de 2014	365 días
Del 31 de diciembre de 2014	Al 31 de diciembre de 2015	365 días
Del 31 de diciembre de 2015	Al 31 de diciembre de 2016	366 días
Del 31 de diciembre de 2016	Al 31 de diciembre de 2017	365 días
Del 31 de diciembre de 2017	Al 31 de diciembre de 2018	365 días
Del 31 de diciembre de 2018	Al 31 de diciembre de 2019	365 días
	Vigencia del contrato 12 años.	4.383 días

TIEMPO DE EJECUCIÓN TOTAL DEL CONTRATO: 839 DÍAS= CUMPLIMIENTO 19,1%

Del 31 de diciembre de 2007	Al 31 de diciembre de 2008	366 días
Del 31 de diciembre de 2008	Al 31 de diciembre de 2009	365 días
Del 31 de diciembre de 2009	Al 31 de diciembre de 2010	108 días, correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo y 18 días del mes de abril.

Por lo anterior, el balance financiero del contrato de concesión 342 de 2007 es el siguiente:

CONCEPTO	VALORES
Valor del Contrato	\$ 5.000.000.000.oo
Valor Cláusula Penal Pecuniaria	\$ 500.000.000.oo
Porcentaje de incumplimiento 80, 9%	\$ 490.428.930.oo
Valor aplicación cláusula penal pecuniaria	\$ 490.428.930.oo
Valor pagado por el Departamento obligaciones laborales.	\$ 106.076.269.oo
Saldo a favor del contratista	\$ 0
Saldo a favor del Departamento	\$ 596.505.199.oo

De acuerdo a lo anterior, el valor de la cláusula penal será de CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$ 490.428.930.oo).

2.2 ARGUMENTOS EN TORNO A LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1079 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

La compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., adicionalmente argumentó que el valor de la cláusula penal pecuniaria fue establecido en el contrato de concesión 342 de 2007, en la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$500'000,000), valor al cual llegó la Administración, según el recurrente "...sin exponer un ejercicio matemático serio, la administración decidió declararla efectiva en el acto aquí impugnado, en una suma de Mil Doscientos Seis Millones Quinientos Mil Pesos m/te. (\$1.206'500.000), denotando que tal decisión es desbordada y contraviene las potestades mismas de la entidad estatal."

Así mismo la compañía aseguradora manifiesta en este punto que "Seguros del Estado S.A. otorgó un amparo de Cumplimiento, únicamente hasta la suma de 'Quinientos Millones de Pesos, tal y como se comprueba, en la carátula del seguro N° 96-44-101007235, el cual estuvo vigente hasta el pasado 30 de junio de 2010."

Frente a este argumento el presente despacho se pronuncia en el sentido de rectificar el valor de la cláusula penal por valor de CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$ 490.428.930.oo), aplicando la regla de proporcionalidad explicada con anterioridad.

En efecto, en relación al cobro del valor de la cláusula penal mediante la garantía constituida por el contratista a favor de las entidades estatales, debemos señalar que en virtud del art. 17 de la Ley 1150 de 2007: "Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato...". Disposición recientemente reglamentada por el artículo 5.1.1 y siguientes del Decreto 734 de 2012.

La anterior reglamentación definió en el art. 5.1.2 los mecanismos de cobertura del riesgo como "el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública

contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.”

Respecto de los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales dispuso en el art. 5.1.4.2.3 que el “Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.” Y en el 5.1.4.2.8 dispuso: “Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.”

En relación a la suficiencia de la garantía del cumplimiento consagró en el art. 5.1.7.4 que: “El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. El contratista deberá otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquel. En caso de no haberse convenido por las partes término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto.”

Finalmente art. 5.1.13 del mismo Decreto, al reglamentar la forma de hacer efectiva las garantías por parte de las entidades estatales, dispuso que en los eventos de caducidad y de incumplimiento, las entidades estatales, una vez agotado el debido proceso, procederán a hacer efectiva la cláusula penal pactada o a cuantificar el monto de los perjuicios, ordenando su pago tanto al contratista como al garante. A su turno, tratándose de la aplicación de las multas, las entidades estatales, agotado el debido proceso las impondrán y ordenarán su pago tanto al contratista como al garante.

Eventos en los cuales el acto administrativo que declara el incumplimiento, la caducidad o impone la multa constituirá el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

La compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., mediante póliza de cumplimiento N° 96-44-101007235, a favor del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, amparó el cumplimiento del contrato de concesión 342 de 2007, por valor de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$ 500.000.000), cuya vigencia inicial comprendió el período de 31 de diciembre de 2007 al 30 de junio de 2009, prorrogado hasta el 30 de junio de 2010. Así mismo amparó el riesgo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal, originados durante la ejecución del contrato por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$ 250.000.000). Valores que en cumplimiento de la cláusula décima quinta del contrato de concesión 342 de 2007 debía actualizarse con el IPC durante la vigencia del contrato.

2.3 ARGUMENTOS EN TORNO AL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL

Finalmente, la Unión Temporal MISIÓN VITAL afirmó en relación al acta de liquidación bilateral elaborada por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, lo siguiente:

...Ahora, una vez declarada la caducidad, la administración procede de manera FORMAL a dar cumplimiento a lo contemplado en la ley frente a la liquidación del contrato y proyectó un "Acta de liquidación bilateral", que en sentido material no era más que un acta de liquidación unilateral, y así se hizo saber mediante memorial de fecha 9 de julio de 2012, en que se manifestó lo siguiente:

"(...) Ahora, en referencia específica al proyecto de ACTA DE LIQUIDACIÓN remitido, me permito efectuar las siguientes observaciones:

4.1.- La jurisprudencia, se ha encargado de definir el concepto de acta de liquidación, despejando cualquier duda que al respecto se genere, y en este sentido, dentro del radicado No. 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596), del 18 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sostuvo lo siguiente:

*"El acta de liquidación bilateral del contrato constituye un negocio jurídico, esto es "un acto de autonomía privada jurídicamente relevante, en virtud de la cual **las partes hacen un balance contractual y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato.** Tiene fundamento en la autonomía y en la libertad, propias de cualquier contratación privada o estatal y como toda convención tiene efecto vinculante para quienes concurren a su celebración, de conformidad con lo prescrito, entre otros, en el citado artículo 1602 del Código Civil." (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

En el mismo sentido, en sentencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), dentro del radicado número 05001-23-26-000-1990- 00842-01(17322), Consejero Ponente Enrique Gil Botero, se dijo:

"En estos términos, la liquidación supone, según se explicó, un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para dar por concluido un contrato. La Sala echa esto de menos en el acta de liquidación suscrita, pues se desconocen las actividades realizadas, los pagos efectuados, la manera como se contabilizó el tiempo de entrega y recibo de los productos, lo que faltó por ejecutar, entre muchos otros aspectos que son de la esencia y naturaleza de un acta de liquidación, sin lo cual esta no adquiere la calidad que la ley le asigna. Por tanto, la ausencia de este contenido mínimo impide asignarle a un documento -como el suscrito en el presente caso- la capacidad y la aptitud para liquidar el contrato, por adolecer del sustrato mínimo para entender que lo hace"

4.2.- Resulta claro entonces, que el documento a través del cual se liquida un contrato, requiere del lleno de ciertos requisitos de carácter material, que componen la esencia del negocio jurídico celebrado y sin los cuales, el mencionado documento carece de la actitud necesaria para producir el efecto jurídico deseado, esto es, poner fin a las, obligaciones derivadas de las partes."

Pues bien, en el caso del proyecto de acta de liquidación que se ha puesto a consideración del contratista, vemos que la administración se limitó a plasmar unas cuentas a su favor, relacionadas con el cobro de una cláusula penal pecuniaria y con el presunto pago a terceros derivado de obligaciones laborales, echando de menos las cuentas a favor del contratista.

4.3.- Independientemente del cuestionamiento que el contratista desde ya manifiesta por los conceptos y montos estipulados a favor de la entidad y que consideramos improcedentes, es necesario advertir que la administración olvida que en desarrollo del contrato de concesión, la Unión Temporal Misión Vital efectuó una inversión de capital para poner en funcionamiento el Hospital Departamental Amor de Patria y cumplir con su objeto contractual, monto que DEBE ser tenido en cuenta a la hora de efectuar un balance financiero del contrato, pues pese a que el contrato haya terminado de manera irregular con la declaratoria de caducidad, corresponde a la administración evaluar los costos e inversiones hechas por las partes en el negocio jurídico y no solamente apreciar los hechos que benefician a la administración.

Aunando a lo anterior, el contratista envió un oficio de fecha 2 de octubre de 2012, explicando los motivos y fundamentos por los cuales no suscribía el acta de "liquidación bilateral", así:

"1. - En el documento de fecha 10 de agosto de 2012, se despacha desfavorablemente la solicitud hecha por el contratista de dar aplicación a lo establecido en la ley respecto a efectuar previo a la liquidación, un balance financiero del contrato, real y detallado que permitiera una liquidación por mutuo acuerdo, argumentando que en el escrito de fecha 9 de Julio de 2012, presentado por el contratista, no se incluyó el valor al que ascienden las inversiones hechas por el contratista, de donde se deduce que la Unión Temporal Misión Vital y las Sociedades que la conforman, "no cuentan con la información necesaria para efectuar el balance financiero que se reclama".

2.- Posición arbitraria, la que nuevamente demuestra la administración, pues si el oficio de fecha 9 de Julio se revisa INTEGRALMENTE, puede advertirse que el CONTRATISTA solicitó de manera reiterada, una reunión con la administración del Departamento, para sentarse en una mesa de trabajo y analizar, como es debido, las condiciones de una liquidación por MUTUO ACUERDO del contrato, de acuerdo con lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en Sentencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), dentro del radicado número 05001-23-26-000-1990-00842-01(17322), Consejero Ponente Enrique Gil Botero que dice:

"En estos términos, la liquidación supone, según se explicó, un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para dar por concluido un contrato (...)

3.- Por tanto, la decisión de enviar nuevamente el acta de liquidación "bilateral" del contrato, elaborada de manera unilateral por la administración, sin el concurso del contratista, pretendiendo que éste simplemente se adhiera a ella, demuestra que lo que pretende la administración es llenar un requisito de carácter procedimental y no cumplir de manera sustancial con el trámite previo a la liquidación unilateral que muy seguramente tiene proyectado efectuar, sin que el contratista haya sido oído o tenido en cuenta para efectos de una liquidación por mutuo acuerdo, evidenciando una vez más la posición

arbitraria de la administración, frente a la imposición de su poder dominante, en desmedro y desprecio del contratista.

4.- Cabe aclarar, que el CONTRATISTA, por supuesto, cuenta con la información financiera necesaria para demostrar sus inversiones en el contrato y por tanto, la necesidad de que dichas inversiones sean consideradas dentro del balance financiero, y es justamente por ello que se ha solicitado una reunión con la administración a fin de cumplir de manera SUSTANCIAL con lo indicado en la ley e intentar una liquidación por mutuo acuerdo del contrato.

5.- En espera de su pronta respuesta"

...La anterior comunicación no mereció el mínimo pronunciamiento por parte de la Gobernación, y la respuesta fue emitir la resolución recurrida, sin haber acogida la reiterada petición del contratista de obtener una cita para presentar los argumentos con que cuenta para que el contrato sea liquidado por mutuo acuerdo y se reconozca su inversión en el contrato".

Frente a los anteriores argumentos, la Administración Departamental le recuerda al contratista que mediante correo electrónico del 15 de agosto de 2012 el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, remitió proyecto de liquidación bilateral final, en el que se incluyeron las objeciones presentadas por el concesionario, para su correspondiente firma o suscripción, y pese a lo anterior no se recibió correo con el documento debidamente firmado, por lo cual la Administración Departamental atendiendo el plazo fijado en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 para los contratos estatales que requieren de tal trámite, mediante la Resolución No. 5085 de 25 de septiembre de 2012, procedió a realizar la liquidación unilateral del contrato de concesión No. 342 de 2007. El presente despacho no comparte el comportamiento del contratista según el cual esperó hasta el 2 de octubre del 2012 para manifestar las razones por las cuales no suscribía el acta bilateral de liquidación del contrato de concesión, ya que la administración tal y como consta en los oficios anteriormente citados enviados al contratista, éste tuvo oportunidad de pronunciarse y dejar salvedades al acta de liquidación.

Ahora bien, en relación a la liquidación del contrato estatal la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

"La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-ley 222 de 1983) o estatal (según lo consagra la Ley 80 de 1993), la cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha hecho referencia a la liquidación del contrato estatal en los siguientes términos:

"La liquidación del contrato, para aquellos casos en que se requiere, ya sea ésta bilateral o unilateral, constituye el momento a partir del cual se entiende que el contrato en cuestión ha finalizado y, en consecuencia, cesan las obligaciones de las partes e inclusive las potestades del Estado para exigir directamente tales obligaciones, salvo lo que en la misma acta se prevea o, aquellas obligaciones que hayan sido previamente, pactadas como post-

contractuales, tales como, por ejemplo, la estabilidad de la obra, la constitución de pólizas de garantía para avalarla, etc."

En síntesis, independiente de la fuente de la liquidación del contrato -acuerdo, acto administrativo, sentencia o laudo arbitral-lo que se busca con ella es finiquitarlo, es decir: "(...) que, con la liquidación del contrato, se defina el estado económico del mismo y que, liquidado el contrato, debe estarse a lo resuelto en la liquidación respecto de las obligaciones derivadas del contrato estatal, sin perjuicio de que pueda demandarse su modificación, por vía judicial"³

En cuanto a la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo la misma jurisprudencia sostuvo:

"La liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional.

En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes participa de las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellos. Este negocio jurídico que se materializa en el acta de liquidación debe contener, si los hubiere, los acuerdos, las salvedades, las conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio, que surge de todo un proceso de discusión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y las obliga en los términos de su contenido. Al respecto ha afirmado esta Corporación:

"... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ..."

Así pues, en tanto la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter estatal, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causales previstas bien sea en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás³², que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Al respecto ha sostenido lo siguiente:

"(...) se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento."³³

Ahora bien, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes

³ Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 17.762. C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad³⁴, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. Sobre el tema la Sala ha dicho lo siguiente:

"Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer".

"(...)

(...) A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido "(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.⁴⁰ La Jurisprudencia de la Sala ha precisado el asunto en los siguientes términos:

"(...) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (...). Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...). Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación comercial -bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas."⁴

En el mismo sentido, en relación con la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo y los efectos de la no manifestación de salvedades por parte de los contratistas, el Consejo de Estado recientemente ha expuesto:

En relación con la imposibilidad de presentar reclamaciones judiciales, de naturaleza contractual, cuando no se hicieron salvedades en el acta de liquidación, esta Corporación ha precisado:

Conviene anotar que la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya

⁴ *Ibidem*.

lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial. **Atendiendo la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, cuando se realiza la liquidación entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato.** El hecho de que al momento de la liquidación final del contrato el contratista no haya reclamado, o dejado salvedad en relación con aquellos conceptos que consideraba insolutos, le impide demandar a través de un proceso judicial su reconocimiento. **La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.** Así las cosas, una vez se ha liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, sin que se hayan consignado salvedades en el mismo, dado el carácter bilateral del acto, no es posible entablar una reclamación judicial en relación con el contrato liquidado, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza, o dolo) o que dicha liquidación haya sido suscrita con salvedades o reparos por alguna de la partes en el mismo momento de su firma, lo cual reserva la posibilidad del objetante de reclamar judicialmente (Negrillas adicionales).

3.6. En ese orden de ideas, al suscribir el acta de liquidación bilateral, eran vinculante el contenido y alcance del citado documento, puesto que constituye una nueva manifestación de voluntad, de manera autónoma, en la que las partes consignan los derechos, las obligaciones y las prestaciones pagadas o las que se encuentran insolutas; de este modo, en aras que sea posible acudir a la vía judicial para reclamar obligaciones pendientes, es preciso que las respectiva parte – contratante o contratista– haga la o las correspondientes salvedades, puesto que en caso contrario se atentaría contra el acto propio, lo que constituye un desconocimiento al principio de buena fe contractual⁵.

Ahora bien, la Unión Temporal Misión Vital, afirma que “efectuó una inversión de capital para poner en funcionamiento el Hospital Departamental Amor de Patria y cumplir con su objeto contractual, monto que DEBE ser tenido en cuenta a la hora de efectuar un balance financiero del contrato” y que “Cabe aclarar, que el CONTRATISTA, por supuesto, cuenta con la información financiera necesaria para demostrar sus inversiones en el contrato y por tanto, la necesidad de que dichas inversiones sean consideradas dentro del balance financiero, y es justamente por ello que se ha solicitado una reunión con la administración a fin de cumplir de manera SUSTANCIAL con lo indicado en la ley e intentar una liquidación por mutuo acuerdo del contrato.”

Frente a lo cual vale la pena acotar que: En primer lugar, en el recurso nada se dice respecto del valor al que ascienden tales inversiones, simplemente se menciona que se hicieron inversiones que no fueron incluidas en el proyecto de liquidación y que el contratista cuenta con dicha información financiera para demostrar las inversiones en el contrato y por ende ser tenidas en cuenta en el balance financiera. De nuevo este despacho no comprende el actuar de la UT MISIÓN VITAL, la cual ha debido aportar toda la información financiera con la que cuenta para que esta Administración se pronunciara sobre ella.

Ahora, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es claro que en virtud de haberse suscrito un contrato de concesión, era del resorte del contratista efectuar las inversiones necesarias y operar por su cuenta y riesgo el Hospital departamental AMOR DE PATRIA, no existiendo o no presentándose razón alguna que justifique su devolución. Todo lo contrario, no se trae a colación cuales fueron las inversiones efectuadas por fuera del alcance del objeto contractual, ni mucho menos se desvirtúa el amplio arsenal probatorio que demuestra que en el Hospital departamental AMOR DE PATRIA, para el momento de

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2012. M.P.: Enrique Gil Botero. Expediente 20913.

la declaratoria de caducidad del contrato No. 342 de 2007, contara con los elementos y el personal médico necesario para la prestación del servicio de salud.

El Consejo de Estado, en forma reiterada, ha definido el contrato de concesión en los términos que seguidamente se enuncian, recalando que el mismo puede recaer sobre un trabajo material como tal, o sobre un servicio público:

El numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, definió al contrato de concesión como aquél que celebra una entidad pública con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien, destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. La norma que se deja expuesta destaca como características principales del contrato las siguientes: La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública. O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas. Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato”⁶.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: Modificar lo dispuesto frente a la cláusula penal pecuniaria, la cual se hará efectiva por valor de: CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$ 490.428.930.00), en todo lo demás se Confirma la Resolución No. 5085 de 25 de septiembre de 2012, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión No. 342 de 2007,

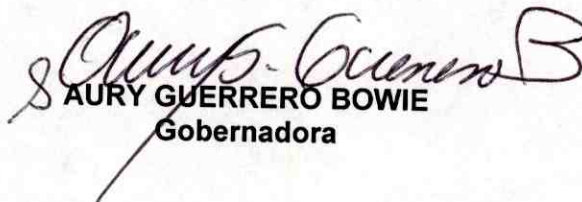
⁶ Consejo de Estado. Auto de diciembre 9 de 2004. M. P.: Ramiro Saavedra Becerra.

suscrito con la UNIÓN TEMPORAL MISIÓN VITAL, cuyo objeto consistió en la "entrega en concesión que hace el departamento al concesionario del Hospital Departamental de San Andrés y los otros puntos de atención incluidos en la red de en San Andrés Islas y providencia islas, para la prestación, operación, explotación organización y gestión total del servicio público de salud incluidos en la red para los regímenes contributivo, subsidiado, población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidio a la demanda en los niveles 1,2 y 3 raizal del SISBEN, regímenes especiales y particulares así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación de servicios, bajo las condiciones expresas definidas en este documento, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la entidad contratante, a cambio de una remuneración, de conformidad con las condiciones definidas en el pliego de condiciones de la Licitación No. 012 de 2007, y sus anexos, que forman parte del presente contrato, así como de la propuesta presentada por el concesionario".

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en San Andrés Isla a los 28 DIC 2012


AURY GUERRERO BOWIE
Gobernadora

Proyecto: Jorge Pino
Revisó: S.Liconá
Archivo: Archivo y correspondencia