

Cartagena de Indias D.T y C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00108-01
Demandante	INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S
Demandado	ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA
Tema	<i>excepción de contrato no cumplido – carga de la prueba</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante², contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2019³, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴.

3.1.1 Pretensiones⁵

PRIMERO: Que se declare el incumplimiento del contrato de asociación 05-02-2013 suscrito entre INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S y la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA.

SEGUNDO: Que se liquide el contrato de asociación 05-02-2013 suscrito entre INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S y la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA.

TERCERO: Que, como consecuencia de lo anterior, la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA, pague a INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S la suma de \$243.542.835, por concepto de construcción y de adecuación de la sala de partos y el área de apoyo diagnóstico de la ESE, así como las

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folios 193-197 cdno 1 (fl. 223-227 Digital)

³ Folios 184-190 cdno 1 (fl. 207-220 Digital)

⁴ Folios 1-6 cdno 1 (fl. 1-6 Digital)

⁵ Folios 1-2 cdno 1 (fl. 1-2 Digital))

13-001-33-33-003-2016-00108-01

adecuaciones estructurales a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA.

CUARTO: Que la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA pague INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S, la suma de \$30.725.340 pesos, en virtud a la facturación realizada por el solicitante y no pagada por el convocado.

QUINTO: Que la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA, reconozca, certifique y pague a INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S, los valores que resulten probados por concepto de Partos, Control Prenatal, Consultas Ginecológicas y Ecografías, generados y facturados desde el momento de la firma del acta de inicio del contrato.

SEXTO: Que sean reconocidos intereses moratorios.

SÉPTIMO: Las anteriores sumas, debidamente indexadas

3.1.2 Hechos⁶

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos que sustentan sus peticiones, así:

Entre TELEMEDIC S.A.S y la ESE Hospital Local de Santa Catalina de Alejandría se suscribió un contrato de asociación, el 05 de febrero de 2013. El termino de duración del contrato era de 6 años contados a partir de la entrega de las obras y la dotación para la atención de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto, del neonato y hospitalización (de mujeres) de baja complejidad, previa adecuación de las instalaciones físicas, la firma del acta de iniciación y aprobación de la garantía única, de acuerdo a la cláusula 4 del contrato.

El objeto del contrato suscrito era establecer una asociación para la operación logística del servicio de atención prenatal, partos, atención del neonato, hospitalización e imagenología en la baja complejidad, donde la Asociada se obligaba a la rehabilitación integral de la infraestructura física de las salas y la dotación de los equipos biomédicos, muebles y accesorios asistenciales de todo el servicio, conforme a los requerimiento mínimos para la atención de pacientes, determinadas en las normas del sistema de garantía de la calidad del sistema general de seguridad social en salud subsidiario.

⁶ Folios. 2-3 cdno 1 (fl. 2-3 Digital)

13-001-33-33-003-2016-00108-01

En acta de inicio del contrato de fecha 06 de noviembre de 2013, quedó consignada la entrega formal de las obras de rehabilitación de la infraestructura y la dotación de los servicios objeto del contrato. El valor de las obras entregadas, era de \$243.542.835, tal como consta en certificación de fecha 04 de agosto de 2014, expedida por la ESE. La cláusula tercera del contrato, estipulaba que el valor del mismo era indeterminado, y este no requería disponibilidad presupuestal por no afectar el presupuesto de la ESE, pero si una estimación de valor de cien millones de peso para efectos de constitución de pólizas.

La cláusula sexta, que concierne a las obligaciones del hospital, en su numeral 5 estipula que es obligación de la ESE cancelar la facturación neta mensual, conforme al recaudo real y efectivo del servicio de atención del parto y del neonato de baja complejidad; y, en el numeral 6, se establece que es obligación de la ESE retornar la inversión inicial que haga la Asociada en las instalaciones físicas y dotación para la implementación de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto y del neonato y hospitalización (mujeres) de baja complejidad compensando con el pago del porcentaje de participación definido en el presente contrato de asociación durante el plazo pactado o mediante el mecanismo de la conciliación.

La empresa INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S, a la fecha ha cumplido con las obligaciones que se desprenden del contrato, de acuerdo a certificación de fecha 04 de agosto de 2014, expedida por la ESE, sin embargo, dicha entidad no ha realizado ningún pago correspondiente a la inversión inicial, ni a la facturación mensual, a pesar de haber suscrito contratos con las diferentes EPS-S con la oferta de servicios resultante del contrato de Asociación con Inversiones TELEMEDIC SAS.

Mediante petición presentada a la demandada el 13 de abril de 2015, se solicitó la liquidación y pago del contrato, sin embargo, esta solicitud no fue respondida por la demandada.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora manifiesta actuar en uso de las facultades otorgadas en el artículo 141 del CPACA, por lo que solicita que se declare que la ESE ha incumplido las obligaciones del contrato, al no cancelar la contraprestación pactada en el numeral 4 del párrafo 1 de la cláusula primera, ni los valores pactados en la cláusula segunda relativa al régimen económico y financiero del contrato, en asocio, a la renuencia por parte de la oficina de facturación y recaudo para certificar a INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S los valores facturados y efectivamente recaudados por concepto de control prenatal, hospitalización,

partos y atención al neonato; lo cual ha imposibilitado a TELEMEDIC S.A.S radicar factura alguna para el mencionado cobro, por cuanto no se dispone de la información que se requiere para ello, es decir, sin la información exacta no es posible cumplir con los trámites administrativos necesarios para radicar las facturas de cobro a la ESE.

Sostiene que, el actuar de la entidad pública demandada ha generando perjuicios a la empresa INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S, que se tomarían mucho más gravosos de mantenerse la situación contractual actual. Así las cosas, en virtud de la cláusula vigésima segunda - régimen legal del contrato-, y de lo establecido en el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, el régimen aplicable a las empresas sociales del estado es el de derecho privado, en consonancia con el artículo 1546 del Código Civil, que reza "*en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*", solicita que se declare el incumplimiento del contrato y que el mismo se liquidación judicialmente.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA.

Esta entidad no dio contestación a la demanda.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Mediante sentencia del 4 de marzo de 2019, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, argumentando que la entidad accionante omitió demostrar que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de asociación No. 05-02-2013 suscrito entre las partes, circunstancia que impide tener por demostrado el incumplimiento de la entidad contratante y que impone negar las pretensiones de la demanda.

En ese sentido expuso que, de acuerdo con el parágrafo 2 de la cláusula segunda del contrato, "*para efectos del pago a favor la Asociada se requiere que ésta presente ante el área administrativa y financiera del Hospital, por una única vez la certificación bancada donde se defina la cuenta respectiva. Deberá mensualmente radicar en la unidad de contabilidad de la Subgerencia Administrativa y Financiera del Hospital, la facturación de los servicios efectivamente prestados*". Que, a pesar de lo anterior, si bien al proceso se habían aportado 3 facturas de los meses de febrero a abril de 2014, las mismas

⁷ Folios 184-190 cdno 2 (fl. 1-18 Digital)

no contaban con los soportes de las obligaciones cobradas, por lo que no existía certeza de la prestación efectiva del servicio y, para poder exigir en un contrato bilateral como este, primero debía probarse el cumplimiento por la parte actora, lo que aquí no aconteció (artículo 1609 CC.)

Adicionalmente, sostuvo que, en la citada cláusula segunda del contrato materia de debate, se pactó que el pago a la contratista a cargo de la ESE estaría determinada *"por la modalidad de pago que haga el Hospital a favor de la Asociada de acuerdo con los ingresos efectivos que obtenga el hospital"* por la venta, facturación y recaudo de los servicios contratados con Telemedic.

En ese contexto, se advierte que el pago de los servicios prestados por la ejecutante, quedó supeditado al recaudo por parte del hospital, del valor de dichas prestaciones a cargo de las empresas promotoras de servicios de salud y demás entidades cuyos usuarios son atendidos en la ESE. Con otras palabras, el pago al contratista fue sometido a la condición de que la ESE hubiere recaudado efectivamente los valores facturados que debían ser asumidos por las entidades beneficiadas de los servicios prestados por inversiones Telemedic S.A.S En tal medida, para verificar la exigibilidad de las obligaciones a cargo de la contratante, se requería probar que ésta obtuvo ingresos efectivos por los servicios pactados con la accionante, supuesto táctico que no fue demostrado en el sub examine.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁸

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, alegando que, la entidad accionante sí cumplió con las obligaciones que le imponía el libelo contractual, toda vez que el objeto de dicho convenio era la adecuación física del espacio de atención prenatal, partos y atención del neonato, hospitalización e imagenología en la baja complejidad; por lo tanto, su actuar no estaba relacionado con la captación de personas o atención de pacientes. Que, en el contrato se pactó en el contrato era el reembolso del gasto hecho en la obra y su adecuación, de acuerdo a la facturación radicada por TELEMEDIC en la ESE. Esto último no se pudo hacer porque la ESE nunca entregó la información sobre los servicios prestados tal como se indicó en la petición presentada el 30 de mayo de 2013.

Añade que, el juez tuvo como probado que el demandante cumplió con la entrega de la obra el 06 de noviembre de 2013, y que fue certificado el buen desempeño del contratista (TELEMEDIC) por parte del Gerente de la ESE el 04 de agosto del 2014, pero ignora por completo la condición resolutoria tacita establecida en el artículo 1546 del Código Civil, así como la actitud procesal de

⁸ Folios 193-197 cdno 2 (fl. 223-227 Digital)

13-001-33-33-003-2016-00108-01

la demandada tanto en sede administrativa (ausencia absoluta de respuesta a peticiones) como en sede judicial (solo concurrió al proceso para presentar excusa por inasistencia a audiencia del 08 de mayo de 2017).

Sostiene que, la normatividad del código civil aplicable a este contrato consagra en su artículo 1546 la condición resolutoria tácita, como una potestad de las partes en los contratos bilaterales como forma de extinguir derechos para la parte incumplida de la relación contractual, y habilita para pedir la resolución del contrato. Por ser tácita no necesita pactarse en el contrato. Afirma también que no se puede hablar de incumplimiento mutuo, debido a que las reglas de la experiencia nos indica que una de las partes debe incumplir primero, lo que habilita a la otra a hacer uso de la condición resolutoria tácita.

Que, una vez ocurra el evento de una condición resolutoria, el incumplido se encuentra obligado a restituir lo que hubiese recibido, que en este caso es la obra de infraestructura, equipos, muebles y accesorios entregados por TELEMEDIC SAS.

Manifiesta que el A quo llegó a las conclusiones expuestas en la sentencia de primera instancia sin antes aclarar cuáles fueron los servicios que real y efectivamente no se prestaron. No era la demandante la que debía prestar el servicio de salud a los pacientes, era la ESE quien lo prestaba y con fundamento en este servicio y su facturación era que la demandante presentaba su factura de cobro, encontrándose que la TELEMEDIC SAS no podía cobrar porque la ESE no le dio nunca información sobre la facturación por los servicios prestados a la comunidad haciendo uso de los equipos e instalaciones adecuadas por TELEMEDIC SAS.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 19 de septiembre de 2019⁹, por lo que el 27 de noviembre de 2019¹⁰ se procedió a admitirla y el 17 de febrero de 2020 se corrió traslado para alegar de conclusión¹¹.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: Presentó escrito de alegatos ratificándose en los argumentos del recurso de apelación¹².

3.6.2. Parte demandada: No presentaron alegatos

3.6.3. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

⁹ Folios 2 cdno 2 (fl. 2 Digital)

¹⁰ Folio 4 cdno 2 (fl. 4 Digital)

¹¹ Folios 8 cdno 2 (fl. 8 Digital)

¹² Folio 11-13 cdno 2 (fl. 11-13 digital)

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Es procedente en este caso la declaratoria de incumplimiento del contrato de asociación 05-02-2013 suscrito entre INVERSIONES TELEMEDIC S.A.S y la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA?
¿Puede liquidarse el contrato mencionado?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que no hay lugar a acceder a la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA, toda vez que en el proceso no se demostró, por parte de la entidad accionante, el cabal cumplimiento de las obligaciones a las que se comprometió en el precitado convenio.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.1.1. Jurisprudencia sobre incumplimiento contractual

El Consejo de Estado¹³, ha señalado que en los contratos bilaterales o conmutativos, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro, debe demostrar que, habiendo cumplido con su parte de las obligaciones del contrato, su contratante no cumplió con las suyas. Nuestro máximo Tribunal Contencioso ha expuesto, lo siguiente:

¹³ Sentencia 22 de julio de 2009, CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01 (17552)



13-001-33-33-003-2016-00108-01

"3. 1. Efectos del incumplimiento del contrato bilateral y la carga de la prueba de quien lo alega.

En virtud del contrato bilateral cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa inmediatamente, al vencerse un plazo o al ocurrir alguna condición, de conformidad con los términos de la estipulación (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil). Por el cada contratante acude a prestar su consentimiento en la confianza en que la otra ejecutará las obligaciones recíprocas acordadas al tenor del contrato y en el tiempo debido. Empero, sucede que en ocasiones una de las partes se sustrae del compromiso y no satisface su obligación para con el otro al tiempo de su pago, incurriendo en un incumplimiento, vicisitud que se traduce en una obligación frustrada por obra de uno de los sujetos del vínculo y que por tal motivo es sancionada por el ordenamiento jurídico

En efecto, el contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, lo que significa que los contratantes en miras de satisfacer la función práctica, económica y social para el cual está instituido el tipo contractual por ellas elegido, deben actuar en forma leal y honesta, conforme a las exigencias de corrección y probidad y la ética media imperante en la sociedad, y sin abuso de sus derechos.

La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y lo fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional. **En tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello faculta a la parte agraviada o frustrada para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, y obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos.**

Así es, el incumplimiento del contrato otorga al contratante ofendido con la conducta de aquel que se apartó de los dictados del negocio jurídico, el derecho a reclamar la satisfacción del débito contractual y la indemnización de perjuicios, bien a través de la conminación directa o en virtud de requerimiento extrajudicial del deudor para provocarlo en forma espontánea, ora mediante su ejecución forzada por las vías judiciales y contra su voluntad, con pretensión de que se realice la prestación in natura, esto es, el débito primario u original, o con pretensión sobre el débito secundario, esto es, el subrogado o equivalente pecuniario de la obligación o aestimotio pecunia, con la indemnización de perjuicios

O sea, lo normal es que el deudor cumpla a su acreedor el contrato ejecutando el objeto en el tiempo debido y lo anormal es que incumpla: si incumple en el momento previsto por el pago incurre en retardo y si es conminado o la ley lo establece sin que ello sea menester entra en mora (art. 160814 C.C.), y una vez constituido en ese estado debe responder de acuerdo con la naturaleza de la prestación (el dar15: hace16r o no. hacer17 primigenio), que adeude, bien con ejecución del contrato como fue pactado (débito primario), ora con ejecución de su equivalente (débito secundario) y, además, en uno y otro evento, con indemnización de perjuicios.

No puede remitirse entonces a duda: los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su



13-001-33-33-003-2016-00108-01

equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del contrato la realización de la prestación debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito.

De manera pues, que si uno de los contratantes se abstiene o es negligente en el cumplimiento de la obligación, su contraparte puede solicitar judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, alternativa que depende de la utilidad respecto de la causa que motivó a contratar, regla establecida en términos de condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en el artículo 1546 del C.C., a cuyo tenor "[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios." Su justificación, según la jurisprudencia, está fundada en lo equidad, que se explica en que "... si uno de los contratantes incumple con sus obligaciones que corren a su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une ..." con el otro¹⁴

Pero también la parte incumplida queda expuesta a la excepción de contrato no cumplido de acuerdo con el artículo 1609 ibídem, que preceptúa que "[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana o cumplirlo en la forma y tiempo debidos": norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo de que "la mora de uno purga la mora del otro", consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar uno de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.

En síntesis, es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato).

Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política», es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 ejusdem), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público.

(...) Es importante destacar que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo explicado la Sala así:

"....tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 1979, GJ, CLX-306.

13-001-33-33-003-2016-00108-01

parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales. de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del cocontratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada ... " (Negrilla ajena al texto original).

En esas hipótesis de contratos con prestaciones correlativas, como cada parte se compromete en consideración a la prestación que la otra fe promete, existiendo así una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas que conlleva, según enseña Scongarnigio, que el incumplimiento de uno de los contratantes repercute sobre el sinalagma contractual, incidiendo en su funcionalidad, de manera que se autoriza [excusa o justifica] que el otro contratante se sustraiga al contrato y, por ende, o la obligación de ejecutar la prestación delante de quien se ubicó como incumplido.

Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfago sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado.

Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener el incumplimiento del contrato y lo condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, poro abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo los obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstos son exigibles y que, por tonto, se encuentra en mora para su pago.

En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -cottio son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de fas obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas."

De lo anterior, se colige que (i) para la prosperidad de la pretensión de incumplimiento contractual y la condena de perjuicios, se (ii) exige de la parte demandante que acredite haber cumplido con sus obligaciones y (iii) demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

5.4 CASO CONCRETO

5.4.1 Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

13-001-33-33-003-2016-00108-01

- Petición del 13 de abril del año 2015, por medio de la cual el Representante Legal de TELEMEDIC SAS., solicita al GERENTE DE LA ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA, la terminación y liquidación del contrato 05-02-2013 suscrito entre las entidades, aduciendo el incumplimiento del mismo, por parte de la entidad pública, pues a la fecha no ha realizado ningún pago de los pactados en el convenio¹⁵.
- Estudios previos de conveniencia y oportunidad presentados por TELEMEDIC SAS., al GERENTE DE LA ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA, como propuesta de asociación para la habilitación de la salas de parto en la ESE mencionada¹⁶.
- Contrato de Asociación No. 05-02-2013 suscrito entre INVERSIONES TELEMEDIC SAS y EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA¹⁷ en el que se estipularon las siguientes condiciones:

"CLAUSULA PRIMERA. - EL OBJETO: Establecer una asociación para la operación logística del servicio de atención prenatal, partos, atención del neonato, hospitalización (mujeres) e imagenología en la baja complejidad, donde La Asociada se obliga a la rehabilitación integral de la infraestructura física de las salas y la dotación de los equipos biomédicos, muebles y accesorios asistenciales de todo el servicio, conforme a los requerimientos mínimos para la atención de pacientes determinadas en las normas del Sistema de Garantía de la Calidad del S.G.S.S.S.

CLAUSULA SEGUNDA. - RÉGIMEN ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO: La relación económica del presente contrato está determinada por la modalidad de pago que haga el Hospital a favor de La Asociada de acuerdo con los ingresos efectivos que obtenga el Hospital por la venta, facturación y recaudo de los servicios que se presten en los servicios de imagenología, control prenatal, hospitalización (mujeres) y atención del parto y del neonato de baja complejidad en un porcentaje del 70%.

CLAUSULA TERCERA. - VALOR DEL CONTRATO: El presente contrato no tiene un valor determinado, no afecta el presupuesto de la ESE. por lo que no cuenta con disponibilidad presupuestal. Sin embargo se estima su valor, en la suma de CIEN MILLONES DE PESOS MOTE (\$100.000.000.00) como ingresos anuales de la operación, solo para efectos de asegurar los riesgos del presente contrato para el primer año de operación, como se determinan más adelante. PARÁGRAFO 1: Los porcentajes de participación y las compensaciones si causarán a partir de la real y efectiva explotación, venta y recaudo de la unidad de servicios objeto del contrato. La facturación y liquidación de las participaciones y compensaciones, se hará en forma mensual previo cumplimiento del trámite administrativo.

CLAUSULA CUARTA. - PLAZO DEL CONTRATO: El término del presente contrato será de Seis (6) años, contados a partir de la entrega de las obras (...)

- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101045049, en la cual se garantiza lo siguiente: i) Cumplimiento del contrato; ii) calidad del servicio; iii) salarios y prestaciones¹⁸, con vigencia del 22/02/2013 al 22/02/2017.

¹⁵ Folio 12-14 cdno 1

¹⁶ Folio 16-22 cdno 1

¹⁷ Folio 17-30 cdno 1

¹⁸ Folio 33 cdno 1

13-001-33-33-003-2016-00108-01

- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101013129, en la cual se amparan los riesgos por responsabilidad extracontractual¹⁹, con vigencia del 15/04/2013 al 15/04/2014.
- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101058138, en la cual se garantiza lo siguiente: i) Cumplimiento del contrato; ii) calidad del servicio; iii) salarios y prestaciones²⁰, con vigencia del 30/04/2014 al 30/04/2018.
- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101017021, en la cual se amparan los riesgos por responsabilidad extracontractual²¹, con vigencia del 30/04/2014 al 30/04/2015.
- Presupuesto de la obra de remodelación y adecuación de la sala de partos y apoyo diagnostico entregada por INVERSIONES TELEMEDIC SAS a EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, el 5 de marzo de 2013²²,
- Fotografías de las instalaciones de la EMPRESA Social DEL ESTADO, HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, antes y después de la remodelación²³.
- Acta de inicio del contrato de fecha 6 de noviembre de 2013, suscrita por INVERSIONES TELEMEDIC SAS y EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA. En este documento se hace constar que INVERSIONES TELEMEDIC SAS hace entrega formal de las obras de rehabilitación que incluyen los ambientes relacionados en el acta²⁴.
- Factura de venta que se relacionan a continuación:

No.	Emisor	Periodo cobrado	Valor
TB 003 ²⁵	INVERSIONES TELEMEDIC SAS	Mes de abril de 2014	\$7.763.316
Tb 002 ²⁶	INVERSIONES TELEMEDIC SAS	Mes de marzo de 2014	\$6.891.886
TB 001 ²⁷	INVERSIONES TELEMEDIC SAS	Meses de noviembre y diciembre de 2013; enero y febrero 2014	\$16.070.138
TOTAL			\$30.725.138

- Cada una de las facturas anteriores, se encuentra acompañada de un oficio en el que se anuncia la entrega de un informe anexo de la ejecución del

¹⁹ Folio 34 cdno 1
²⁰ Folio 37 cdno 1
²¹ Folio 42 cdno 1
²² Folio 49-61 cdno 1
²³ Folio 62-84 cdno 1
²⁴ Folio 83-91 cdno 1
²⁵ Folio 92 cdno 1
²⁶ Folio 97 cdno 1
²⁷ Folio 99 cdno 1

contrato, de los periodos señalados en las facturas; sin embargo, los mencionados informes no se allegaron al proceso²⁸.

- Certificado emitido por la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, de fecha 4 de agosto de 2014²⁹ en el que indica lo siguiente:

“Por medio de la presente me permito certificar de la empresa Inversiones Telemedic SAS identificada con el NIT 900.559.826-1 delebró contrato de Asociación 05-02-2013 (...) que el contrato tiene una duración de seis años, se inició el 6 de noviembre de 2013 luego de unas inversiones realizadas por el contratista de \$243.542.835 y a la fecha el contratista ha radicado facturación por valor de \$30.725.340 por las ventas generadas desde noviembre de 2013 hasta abril de 2014. Que, en su calidad de contratista de la ESE Hospital Local Santa Catalina de Alejandría, no ha incurrido en incumplimientos en la ejecución del contrato de asociación y que su desempeño ha sido excelente”.

- Derecho de petición presentado por Inversiones Telemedic SAS, a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, recibido el 30 de mayo de 2014³⁰, por medio del cual solicita a la entidad pública que cumpla con sus obligaciones del contrato, toda vez que se han presentado las siguientes situaciones:

OBLIGACION A CARGO DE LA ESE	DETALLE DEL INCUMPLIMIENTO
3. Inscribir el servicio ante la autoridad competente, en lo concerniente al sistema Único de Habilitación.	A la fecha y casi 6 meses después de que fue entregada las obras y la dotación, la ESE no ha realizado las acciones conducentes a la habilitación de los servicios de hospitalización obstétrica que viabilicen la contratación por parte de las aseguradoras de los servicios de atención del parto y del neonato.
4. Realizar la gestión administrativa y financiera del servicio de atención del Parto y el neonato que incluya: mercados, venta, facturación y recaudo de cartera, de manera que se garantice el retorno de la inversión de La Asociada y obtenga los costos y gastos de la operación logística.	La deficiente gestión administrativa de la ESE ha traído como consecuencia que a la fecha no se haya celebrado para la vigencia corriente contrato alguno con las aseguradoras del régimen subsidiado de salud, situación que evidencia el incumplimiento de la ESE en su gestión administrativa y que afecta al Asociado en la medida que las tarifas que se vienen cobrando a las aseguradoras no se corresponden con las inversiones y las mejoras realizadas a la infraestructura física y la dotación. Adicionalmente la ESE acusa de serios problemas en materia de facturación y recaudo de suerte que a la fecha a pesar de la nuestra insistencia, no ha sido posible que la oficina de facturación certifique a Inversiones Telemedic, los valores facturados y efectivamente recaudados por los conceptos de Control prenatal, hospitalización, partos y atención del neonato.
5. Cancelar la facturación neta mensual, conforme al recaudo real y efectivo del servicio de atención del parto y del neonato de baja complejidad.	Por lo descrito en el numeral anterior, hasta la fecha y después de casi seis meses de suscrita el acta de inicio, Telemedic no ha podido radicar factura alguna por cuanto no se dispone de la información que se requiere para dar cumplimiento al régimen económico del contrato. Es decir si se sabe que la Asociada facturará a la ESE el 70% de

OBLIGACION A CARGO DE LA ESE	DETALLE DEL INCUMPLIMIENTO
	la facturación generada por los servicios objeto del contrato, es imprescindible la información exacta para poder generar las facturas de cobro a la ESE.
6. Retornar la inversión inicial que haga la Asociada en las instalaciones físicas y dotación para la implementación de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto y del neonato y hospitalización (mujeres) de baja complejidad compensando con el pago del porcentaje de participación definido en el presente Contrato de Asociación durante el plazo pactado o mediante el mecanismo de la Conciliación.	Es claro que ante los incumplimientos descritos en los anteriores ítems, la ESE no está garantizando el retorno de la cuantiosa inversión realizada por la Asociada, pagando oportunamente el porcentaje definido en el contrato.
8. Restablecer el equilibrio económico del contrato de la asociada.	Hasta la fecha la ESE tiene a la Asociada en una insostenible situación de desequilibrio financiero que amenaza la estabilidad de sus finanzas.
10. Responder por una deficiente gestión del servicio que afecte la estructura financiera inicial del negocio sobre la cual se basa la inversión y costos de la operación de la asociada.	Por todo lo anterior la ESE debe responder la deficiente gestión que viene adelantando y que afecta gravemente la estructura financiera de la Asociada.

Descrito lo anterior solicito de Usted, como representante legal de la ESE, se superen de manera inmediata las situaciones de incumplimiento del contrato que nos ha venido ocasionando una grave afectación económica.

5.4.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto se demanda la declaratoria de incumplimiento, por parte de la entidad demandada, del contrato de asociación No. 05-02-2013 suscrito entre INVERSIONES TELEMEDIC SAS y ESE HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA; y el correspondiente pago de los recursos invertidos por INVERSIONES TELEMEDIC SAS en la adecuación de las instalaciones de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA y la compra de equipos, así como la cancelación de las facturas emitidas por dicha entidad, en virtud de los servicios prestados.

²⁸ Folio 93 y 98 cdno 1

²⁹ Folio 94 cdno 1

³⁰ Folio 100-103 cdno 1

De las pruebas traídas al proceso, se desprende que, INVERSIONES TELEMEDIC SAS., presentó ante la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA, los estudios previos de conveniencia y oportunidad encaminados a la propuesta de asociación para la habilitación de la salas de parto, atención neonatal demás, de la ESE mencionada³¹.

En el documento citado se expone lo siguiente:

*“RAZONES DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD: el portafolio de servicios da la ese hospital local santa catalina ofrece los servicios de: consulta externa de medicina general, atención inicial de urgencias, (...) la asociada deberá operar en asociación con la ese hospital local santa catalina los servicios de imagenología; control prenatal, atención del parto, del neonato y hospitalización que incluya lo siguiente: sala de parto, aseo sala de parto, Hall para sala de parto, vestier médico, hall obstetricia, depósito de materiales, lavado de materiales, sala de adaptación neonatal ; baño para trabajo de parto, sala de trabajo de parto, sala de ecografía, depósito para sala de ecografía, recepción general, sala 08 rayos x , sala de hospitalización para 4 camas. En la prestación del servicio contratado, y durante el término de ejecución del contrato, **la asociada deberá garantizar las condiciones de infraestructura y dotación que permitan una atención oportuna, continua y accesible para toda la población usuaria tanto de la cabecera municipal como de los corregimientos.***

CONVENIENCIA DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN: La ESE actualmente no dispone de un área habilitada ni de los equipos requeridos para los servicios de imagenología, control prenatal, Atención del parto, del neonato y hospitalización de baja complejidad (...). En razón a lo anterior se hace conveniente y necesario adelantar el proceso de contratación por asociación del apoyo logístico para el funcionamiento de servicios que son indispensables para garantizar una adecuada capacidad resolutive, acorde con el nivel de complejidad de la ESE (...).

SOPORTE TÉCNICO ECONÓMICO QUE SOPORTA EL VALOR DEL CONTRATO: **La presente asociación está determinada por las ventas reales que haga la ÉSE en los servicios** del imagenología, control prenatal, atención del parto, del neonato y hospitalización de baja complejidad, por lo que no requiere de la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal previo y su ejecución contable y presupuestal, dependerá de la facturación real que se realice en desarrollo de la presente asociación. **Así las cosas, la ESE incorporará a su presupuesto mes a mes las ventas realizadas y posteriormente pagará al contratista un porcentaje de las mismas en el orden del 70%. reservándose para la ESE el 30% de la facturación por los conceptos antes descritos (...).**

El fundamento para la contratación anterior, fue el artículo 96 de Ley 489 de 1998 que establece que, las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley. **Los**

³¹ Folio 16-22 cdno 1

convenios de asociación a que se refiere el presente artículo deben celebrarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355³² de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, termino, obligaciones de las partes, **aportes**, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

En virtud de lo anterior, entre INVERSIONES TELEMEDIC SAS., y la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTA CATALINA DE ALEJANDRÍA, se suscribió un contrato de asociación identificado con el No. 05-02-2013³³, cuyo objeto era el siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA.- EL OBJETO: Establecer una asociación para la operación logística del servicio de atención prenatal, partos, atención del neonato, hospitalización (mujeres) e imagenología en la baja complejidad, donde La Asociada se obliga a la rehabilitación integral de la infraestructura física de las salas y la dotación de los equipos biomédicos, muebles y accesorios asistenciales de todo el servicio, conforme a los requerimientos mínimos para la atención de pacientes determinadas en las normas del Sistema de Garantía de la Calidad del S.G.S.S.S.

PARÁGRAFO 1: ALCANCE DEL CONTRATO: 1. Para ejecutar el objeto del contrato la ESE dispone del inmueble que se destina para el servicio obstétrico, en las condiciones físicas actuales, con la infraestructura básica existente debidamente inventariada para la ejecución del contrato. 2. A la Asociada le corresponde asegurar los recursos económicos necesarios para la habilitación del servicio obstétrico y su funcionamiento se preste de manera ininterrumpida, cubriendo todos los requerimientos de infraestructura y dotación requeridas. 3. La Asociada debe asegurar la operación logística para la estación del servicio obstétrico dentro de los términos del Sistema de Seguridad Social en Salud. 4. La Asociada obtendrá como contraprestación por la operación que se contrata un porcentaje de la venta y recaudo que realice la ESE, de la facturación neta mensual por concepto de atención prenatal, partos, atención del neonato, hospitalización (mujeres) e imagenología en la baja complejidad. 5. El contrato de operación le otorga a la Asociada la responsabilidad de garantizar las condiciones de infraestructura y dotación que demanda el servicio obstétrico, de imagenología e internación de baja complejidad de la ESE, que integra : a) Sala de parto con área de atención del recién nacido y/o área de adaptación neonatal; Zona semi - aséptica; vestier; unidad sanitaria en el área de trabajo de parto, sala de recuperación, consultorio, sala de ecografía, sala de rayos X y sala de hospitalización (mujeres). 6. El Hospital tendrá a su cargo bajo los medios legales pertinentes el personal asistencial requerido para control prenatal por médico general y enfermera, atención del parto por médico general y enfermería, atención en sala de hospitalización (mujeres) por médico general y enfermería, la adquisición de los medios diagnósticos de laboratorio clínico requeridos para el servicio de hospitalización (mujeres) y durante la atención del parto y del neonato, así como los medicamentos y dispositivos médicos que se requieran para la adecuada implementación de los procesos asistenciales y administrativos en los servicios de atención del parto y hospitalización (mujeres) de baja complejidad. Por su parte la Asociada asume la responsabilidad de los medios de apoyo diagnósticos requeridos para el adecuado control del embarazo de acuerdo a la guía de control prenatal adoptada mediante resolución 412 de 2000 o las normas de la sustituyan o complementen. 7. La Asociada adquiere la responsabilidad del cumplimiento de los estándares de calidad, en el componente de infraestructura y dotación según las normas respectivas. 8. La Asociada accederá al sistema único de información hospitalario de la ESE para consultas sobre estado de la ocupación, producción, facturación y requerimientos de mantenimiento correctivo que se demande en el servicio. 9. La Asociada deberá garantizar el cumplimiento de la normatividad vigente dentro del Sistema General de Seguridad Social

³² **Artículo 355.** Ninguna de las ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrará contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público** acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia

³³ Folio 16-22 cdno 1

13-001-33-33-003-2016-00108-01

en Salud para los servicios obstétricos, según preceptos del SOGC. 10. La Asociada será responsable de la ejecución del plan de mantenimiento que demande la infraestructura y la dotación requerida para la prestación de los servicios objeto del presente contrato. 11. Corresponde al Hospital garantizar adecuadas condiciones de aseo y asepsia de la infraestructura, servicios públicos, sistema de energía de emergencia y ropa de cama destinadas a la prestación de los servicios de hospitalización (mujeres).

De acuerdo con la cláusula tercera y cuarta, se tiene el valor del contrato era indeterminado, como quiera que este dependía de las ventas facturación y recaudo de los servicios objeto de contrato; de igual forma se pactó que el plazo de ejecución del mismo sería de 6 años.

En cuanto a las obligaciones contractuales, se tiene que la empresa INVERSIONES TELEMEDIC SAS., se comprometió a lo siguiente (clausula 5°):

1. Adecuar el espacio físico para el funcionamiento de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto y del neonato y hospitalización de mujeres de baja complejidad.
2. Garantizar las condiciones de dotación en las áreas definidas para la prestación de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto y del neonato y hospitalización de mujeres de baja complejidad.
3. Mantener las condiciones de habilitación de los estándares de infraestructura y dotación de los servicios imagenología, control prenatal, atención del parto y del neonato y hospitalización de mujeres de baja complejidad.
4. Designar y contratar el equipo de trabajo de conformidad con las obligaciones de la contratación.
5. Dotar el área física con los bienes y equipos tecnológicos requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios.
6. Observar el reglamento y demás disposiciones aplicables a la naturaleza del Hospital.
7. **Asumir el mantenimiento preventivo y correctivo de todos los bienes, elementos y equipos destinados al servicio de los servicios de atención del parto y del neonato.**
8. **Realizar la facturación de los servicios prestados de acuerdo con la información de venta y recaudo que maneja el Hospital respecto de los servicios de atención del parto y del neonato.**
9. Contar con los recursos para a la óptima prestación del servicio que se contrata mediante la presente Asociación.
10. Contar y entregar al Hospital los registros y certificaciones sanitarias de los equipos (...).
11. Mantener durante toda la vigencia del contrato la tecnología que se requiera para la prestación de los servicios, lo que incluye: máquinas, equipos, suministros y materiales.
12. Las demás inherentes al contrato.

Por su parte, la entidad pública se comprometió a lo siguiente (clausula 6°):

1. Hacer entrega del espacio locativo en las condiciones existentes, en las que operarán los servicios de imagenología, atención del parto y del neonato y hospitalización (mujeres) de baja complejidad, la cual contará con los servicios de agua, alcantarillado y energía.
2. Garantizar al oferente la exclusividad en el servicio que se contrata para la ESE Hospital Local Santa Catalina.
3. **Inscribir el servicio ante la autoridad competente, en lo concerniente al sistema Único de Habilitación.**
4. **Realizar la gestión administrativa y financiera del servicio de atención del Parto y el neonato que incluye mercadeo, venta, facturación y recaudo de cartera, de manera que se garantice el retorno de la inversión de La Asociada y obtenga los costos y gastos de la operación logística.**
5. **Cancelar la facturación neta mensual, conforme al recaudo real y efectivo del servicio de atención del parto y del neonato de baja complejidad.**
6. **Retornar la inversión inicial que haga La Asociada en las instalaciones físicas y dotación para la implementación de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto y del**

13-001-33-33-003-2016-00108-01

neonato y hospitalización (mujeres) de baja complejidad compensando con el pago del porcentaje de participación definido en el presente Contrato de Asociación durante el plazo pactado o mediante el mecanismo de la Conciliación.

7. Recibir a título de propiedad los bienes y equipos de La Asociada en el estado en que se encuentren, al finalizar el contrato, siempre que se haya dado el retorno de la inversión para la asociada y no exista un estado de pérdida de la asociada en el negocio objeto del contrato.
8. Restablecer el equilibrio económico del contrato de la asociada.
9. Responder por una deficiente gestión del servicio que afecte la estructura financiera inicial del negocio sobre la cual se basa la inversión y costos de la operación de la asociada.
10. Ejercer la Interventoría del contrato.
11. Los demás inherentes al contrato.

Ahora bien, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se tiene que, para que la empresa INVERSIONES TELEMEDIC SAS., pueda reclamar la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la ESE, es necesario que primero acredite el cumplimiento de sus propias obligaciones, pues, tal y como lo indica la jurisprudencia en cita, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro, debe demostrar que, habiendo cumplido con su parte de las obligaciones del contrato, su contratante no cumplió con las suyas, en ese orden de ideas, se entrará a estudiar si la demandante INVERSIONES TELEMEDIC SAS., demostró el cumplimiento de las obligaciones pactadas, así lo establece el artículo 1609 del C.C.

En el expediente, se encuentra probado que, la empresa INVERSIONES TELEMEDIC SAS cumplió con la adquisición de las pólizas exigidas en la cláusula 8° del contrato como son:

- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101045049, en la cual se garantiza lo siguiente: i) Cumplimiento del contrato; ii) calidad del servicio; iii) salarios y prestaciones³⁴, con vigencia del 22/02/2013 al 22/02/2017.
- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101013129, en la cual se amparan los riesgos por responsabilidad extracontractual³⁵, con vigencia del 15/04/2013 al 15/04/2014.
- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101058138, en la cual se garantiza lo siguiente: i) Cumplimiento del contrato; ii) calidad del servicio; iii) salarios y prestaciones³⁶, con vigencia del 30/04/2014 al 30/04/2018.

³⁴ Folio 33 cdno 1

³⁵ Folio 34 cdno 1

³⁶ Folio 37 cdno 1

- Póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal expedida por Seguros del Estado S.A., identificada con el número 75-44-101017021, en la cual se amparan los riesgos por responsabilidad extracontractual³⁷, con vigencia del 30/04/2014 al 30/04/2015.

De igual forma se encuentra probado que, con el acta de inicio de obras de fecha 6 de noviembre de 2013³⁸, INVERSIONES TELEMEDIC SAS hizo entrega formal a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, del inmueble contentivo de las obras de rehabilitación que incluyen los ambientes y elementos de las salas relacionados en el acta mencionada, tales como toma corriente, aires acondicionados, lámparas, descripción de los materiales de construcción las salas y demás. Este documento demuestra el cumplimiento de la obligación 1 del contrato, cual es la adecuación del espacio físico para el funcionamiento de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto y del neonato y hospitalización de mujeres de baja complejidad.

Ahora bien, en relación con la segunda y quinta obligación a cargo de la asociada, que tiene que ver con garantizar las condiciones de dotación en las áreas definidas para la prestación de los servicios de imagenología, control prenatal, atención del parto y del neonato y hospitalización de mujeres de baja complejidad; así como la dotación del área física con los bienes y equipos tecnológicos requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios, se tiene que, en el proceso no se trajo prueba que contenga la relación de los equipos adquiridos por Inversiones Telemedic SAS, para la prestación del servicio en la ESE y su entrega a la misma, ya que la relación que aparece en los folios 95-96 solo hace referencia a la entrega de obras de mejoramiento de la infraestructura física de dicho instituto de salud.

En ese sentido, debe recordarse que en el objeto del contrato se estableció que era la Asociada quien estaba obligada a la rehabilitación integral de la infraestructura física de las salas y a la dotación de los equipos biomédicos, muebles y accesorios asistenciales de todo el servicio; por lo tanto, no puede entenderse satisfecha esta obligación hasta tanto no exista prueba en el proceso que permita verificar la misma.

En el proceso se encuentra también una certificación expedida por el HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, del 4 agosto de 2014³⁹, en la que se asegura que la empresa TELEMEDIC SAS., no ha incumplido la ejecución del contrato, y que su desempeño ha sido excelente; sin embargo, como se dijo anteriormente, en el proceso no se encuentra respaldo del cumplimiento de dichas obligaciones

³⁷ Folio 42 cdno 1

³⁸ Folio 83-91 cdno 1

³⁹ Folio 94 cdno 1

puesto que no se adjuntó constancia de entrega a la ESE de los equipos de dotación del área rehabilitada.

En este punto, es relevante dejar constancia en el acta de entrega de obras, ni en el contrato, se determina el valor de las inversiones a realizar por cada una de las entidades vinculadas al convenio; en cuanto a INVERSIONES TELEMEDIC SAS, solo se cuenta con el presupuesto dicha empresa le entregó a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, el 5 de marzo de 2013⁴⁰, en el que solo se hace referencia a las obras de remodelación y adecuación sala de partos y apoyo diagnóstico que según dicho documento, tuvieron un presupuesto de **\$154.274.210 millones de pesos**, pero no se trajo al proceso la prueba de que ese fue el valor que efectivamente se ejecutó en la obra; igualmente, se destaca que, de las pruebas, ninguna demuestra a ciencia cierta el gasto y la entrega de los equipos médicos necesarios para dotar dichas instalaciones.

Se advierte que en el derecho de petición del 30 de mayo de 2014⁴¹ la empresa TELEMEDIC, afirma que su aporte de inversión fue de \$243.542.835, discriminados en el gasto de \$154.274.210,84 en rehabilitación de la infraestructura y \$89.268.624 correspondiente a dotación; e incluso, la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA CATALINA, certifica el 4 de agosto de 2014⁴² que efectivamente la inversión realizadas por el contratista es de \$243.542.835; sin embargo, como ya se dijo, en el proceso no se haya soporte de dicha inversión y tampoco de la entrega de los elemento mencionados.

Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que en la demanda se viene reclamando la devolución de los \$243.542.835, supuestamente invertidos por TELEMEDIC.

Por otro lado, no se halla constancia en el proceso del cumplimiento de la obligación relativa al mantenimiento de los equipos médicos con los que supuestamente se dotó la institución hospitalaria.

En la petición del 30 de mayo de 2014⁴³, TELEMEDIC aduce que ha cumplido con las obligaciones que le corresponden del contrato, pues ha venido realizando diferentes tipos de actividades de apoyo a la gestión de la ESE en lo relacionado al programa de maternidad segura como: Censo en todo el municipio de la población embarazada, contratación de un médico para las jornadas de control prenatal, contratación de una promotora de dedicación exclusiva al programa, contratación de una auditora para apoyar la gestión

⁴⁰ Folio 49-61 cdno 1

⁴¹ Folio 100-103 cdno 1

⁴² Folio

⁴³ Folio 100-103 cdno 1

13-001-33-33-003-2016-00108-01

del programa, contratación de un laboratorio para la realización de las pruebas de laboratorio a las pacientes en control prenatal y gestión ante todas las aseguradoras para lograr la celebración de los contratos con los nuevos servicios. sin embargo, en el proceso no existe prueba de esta labor.

En cuanto a la obligación de facturación de los servicios prestados, encuentra esta Judicatura que la misma no se cumplió por parte de la entidad accionante, pues esta debía hacerse con fundamento en la información que suministrara la ESE a la asociada, referente a las ventas, facturación y recaudo de los servicios que prestara la ESE con el área rehabilitada (control prenatal, laboratorio, salas de parto y neonato); sin embargo la parte actora alega que la ESE nunca le brindó esa información, y que por ello no podía realizar la facturación correspondiente; sin embargo, en el derecho de petición del 30 de mayo de 2014 se establece que la ESE no tiene habilitada la prestación de servicio ante las autoridades competentes, por lo que el mismo no puede ser prestado, y por conteras, tampoco pueden generarse facturas de servicios, tal y como se explica más adelante.

En ese sentido, encuentra esta Corporación que, efectivamente, en la cláusula 2º del contrato se determinó lo siguiente:

CLAUSULA SEGUNDA. - RÉGIMEN ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO: *La relación económica del presente contrato está determinada por la modalidad de pago que haga el Hospital a favor de La Asociada de acuerdo con los ingresos efectivos que obtenga el Hospital por la venta, facturación y recaudo de los servicios que se presten en los servicios de imagenología, control prenatal, hospitalización (mujeres) y atención del parto y del neonato de baja complejidad en un porcentaje del 70%.* (...)

PARÁGRAFO 2: Para efectos del pago a favor La Asociada requiere que ésta presente ante el área administrativa y financiera del Hospital, por una única la certificación bancada donde se defina la cuenta respectiva. **Deberá mensualmente radicar en la unidad de contabilidad de la Subgerencia Administrativa y Financiera del Hospital, la facturación de los servicios efectivamente prestados.**

PARÁGRAFO 3: Para efectos del pago que el Hospital deba hacer a La Asociada, este se obliga a presentar en los términos del artículo 50 de la ley 789 de 2.002, constancia del cumplimiento de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. (...)

A su turno, en el numeral 8º de la cláusula 5º del contrato se determinó que, era obligación del asociado, ***“realizar la facturación de los servicios prestados de acuerdo con la información de venta y recaudo que maneja el Hospital respecto de los servicios de atención del parto y del neonato”***.

De lo anterior se tiene que, efectivamente, la facturación que debía presentar TELEMEDIC ante la ESE para el cobro de los servicios prestados, era con base en la información de venta y recaudo que maneja el Hospital, toda vez que, sobre dicho rubro, la empresa accionante era acreedora del 70%. Así las cosas, si la

ESE no facilitaba la información a TELEMEDIC, esta no podía ejercer su respectivo cobro.

En esa medida, se tiene que este no es un incumplimiento que sea, en principio, imputable a la sociedad actora. Ahora bien, encuentra esta judicatura que en el contrato no se pactó la forma como TELEMEDIC, tendría acceso a la información en comento, sin embargo, en el proceso no se advierten pruebas de que dicha empresa haya requerido a la ESE para que esta le suministrara la información necesaria para realizar la facturación, solo hasta el 30 de mayo de 2014, es que TELEMEDIC, mediante oficio, le pone de manifiesto al Gerente de la ESE que no ha podido acceder a la información de venta de servicios, entre otros inconvenientes, por lo que no ha podido emitir las facturas correspondientes.

Llama la atención de esta Corporación también, que en el oficio en mención se indica que la ESE ha incumplido su obligación, toda vez que no ha inscrito el servicio contratado con TELEMEDIC ante la autoridad correspondiente, en lo concerniente al sistema único de habilitación en salud⁴⁴. De acuerdo con lo anterior, los servicios de obstetricia y demás que se contrataron en este evento no estarían habilitados para ser prestados, por lo tanto, no debían funcionar; así las cosas, no abrían servicios que facturar.

A pesar de ello, la entidad accionante presenta al proceso 3 facturas, así:

No.	Emisor	Periodo cobrado	Valor
TB 003 ⁴⁵	INVERSIONES TELEMEDIC SAS	Mes de abril de 2014	\$7.763.316
Tb 002 ⁴⁶	INVERSIONES TELEMEDIC SAS	Mes de marzo de 2014	\$6.891.886
TB 001 ⁴⁷	INVERSIONES TELEMEDIC SAS	Meses de noviembre y diciembre de 2013; enero y febrero 2014	\$16.070.138
TOTAL			\$30.725.138

⁴⁴ Es el conjunto de normas, requisitos y procedimientos mediante los cuales se establece, registra, verifica y controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el Sistema, los cuales buscan dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y son de obligatorio cumplimiento por parte de los prestadores de servicios de salud y las empresas administradoras de planes de beneficios (EAPB).

<https://www.minsalud.gov.co/salud/PServicios/Paginas/Sistema-unicode-habilitacion.aspx>

RESOLUCIÓN NÚMERO 1441 DE 2013

Artículo 4. Autoevaluación de las Condiciones de Habilitación.

Los Prestadores de Servicios de Salud de manera previa a la inscripción para la habilitación, deberán realizar el proceso de autoevaluación. En caso de identificar deficiencias en el cumplimiento de una o más condiciones de habilitación, los Prestadores de Servicios de Salud deberán abstenerse de inscribir, ofertar y prestar el servicio hasta tanto se de cumplimiento a la totalidad de los requisitos.

⁴⁵ Folio 92 cdno 1

⁴⁶ Folio 97 cdno 1

⁴⁷ Folio 99 cdno 1

13-001-33-33-003-2016-00108-01

Cada una de las facturas anteriores, se encuentra acompañada de un oficio en el que se anuncia la entrega de un informe anexo de la ejecución del contrato, de los periodos señalados en las facturas; sin embargo, los mencionados informes no se allegaron al proceso⁴⁸. Por lo tanto, las facturas no tienen soporte y no pueden ser cobradas.

En ese sentido, tal y como se estableció en el marco jurisprudencial aquí citado, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada.

Así las cosas, al no encontrarse probado el primero de los requerimientos establecidos en la jurisprudencia y las normas en que se fundamenta, como es, la acreditación del cumplimiento de las obligaciones de quien alega tener el derecho, resulta procedente para esta Sala, confirmar la sentencia de primera instancia.

5.2. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Conforme con las normas citadas esta Corporación condenará en costas a la parte recurrente en esta instancia – TELEMEDIC SAS.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁴⁸ Folio 93 y 98 cdno 1

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, a la parte apelante TELEMEDIC SAS, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 010 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ