



PROCURADURIA 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

DOCTORES

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

CARLOS GONZALEZ VARGAS

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Ciudad.

Referencia: TRIBUNAL ARBITRAL
Radicado: 4359
Demandante: FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. Y CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CHOCO (COMFACHOCO)
Demandado: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO “FOMAG” Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera de este.

El suscrito **PROCURADOR JUDICIAL II 137 ADMINISTRATIVO**, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7o del artículo 277 de la Constitución Política, y arts. 33 y 49 de la ley 1563 de 2012, procede a emitir su concepto dentro del traslado para alegaren el presente trámite arbitral, teniendo en cuenta la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

1. ANTECEDENTES

A través de apoderado, la **FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, solicita que mediante el trámite arbitral, se acceda a las pretensiones que se concretan a las siguientes:

a. PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA: Que se **DECLARE** la ineficacia del inciso cuarto de la cláusula vigésima tercera del contrato para la prestación de servicios médico asistenciales No. 1122-06-08, que establece: "En el evento en que el convocante sea **EL CONTRATISTA** no podrá, bajo ninguna circunstancia, ante ninguna jurisdicción, en ningún proceso o actuación de carácter administrativo o judicial o tribunal de arbitramento, vincular a la Fiduciaria la Previsora S.A".

SEGUNDA: Que se **DECLARE** que por hechos no imputables a **LA FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, se presentó la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 1122-07-08, suscrito con la **FIDUPREVISORA S.A.**, en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, cuenta especial de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**.

TERCERA: Que se **DECLARE** que la **FIDUPREVISORA S.A.** y/o la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** han incumplido sus obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato No. 1122-07-08, toda vez que no han mantenido ni restablecido el equilibrio de la ecuación contractual a lo largo de su ejecución.

CUARTA: Que se **DECLARE** la **NULIDAD** de la resolución 9499 del 19 de junio de 2014 y del acto ficto que la confirma, expedidas por la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en la que se liquidó unilateralmente el contrato No. 1122-07-08 y se determinó que la Unión Temporal contratista debía pagar la suma de tres mil seiscientos setenta y seis millones cincuenta y cinco mil cuatrocientos ochenta pesos (\$3.676.055.480).

b. PRETENSIONES CONDENATORIAS

QUINTA: Que, como consecuencia de la declaración de nulidad de la liquidación unilateral del contrato No. 1122-07-08, solicitada en la pretensión **CUARTA**, se **LIQUIDE JUDICIALMENTE** el contrato No. 1122-07-08, reconociendo a favor de la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL** las sumas referidas en las pretensiones **SEXTA** y **SÉPTIMA**.

SEXTA: Que se **CONDENE** a la **FIDUPREVISORA S.A.** y/o a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** a pagar a favor de la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato No. 1122-07-08, la suma de treinta y ocho mil setecientos noventa y un millones cuatrocientos quince mil trescientos cincuenta y cinco pesos (\$38.791.415.355), cifra estimada con base en la prueba pericial que se aporta, o la suma que resulte probada en el proceso.

SÉPTIMA: Que se **CONDENE** a la **FIDUPREVISORA S.A.** y/o a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, a pagar a favor de la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato No. 1122-07-08, la suma que le corresponda pagar de conformidad con la liquidación unilateral contenida en la Resolución 9499 del 19 de junio de 2014.

OCTAVA: Que las sumas que se ordenen pagar a favor de la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, se **ACTUALICEN**, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor (I.P.C.) que certifique el **DANE**, hasta la fecha de pago efectivo.

NOVENA: Que se **CONDENE** a la **FIDUPREVISORA S.A.** y/o a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, a título de indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, a pagar a **LA FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** los rendimientos financieros que habrían devengado las sumas correspondientes a las pretensiones **SEXTA** y **SÉPTIMA** desde la fecha en que se causaron hasta el momento de pago efectivo, con base en el **DTF** aplicable a este período, que certifique la Superintendencia Financiera.

DÉCIMA: Que se **DISPONGA** que las sumas líquidas que resulten de las condenas anteriores, devengarán, desde el momento de la ejecutoria del laudo arbitral, intereses comerciales y moratorios a la tasa más alta autorizada legalmente.

UNDÉCIMA: Que se **CONDENE** a la **FIDUPREVISORA** y/o a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** al pago de las costas del proceso y

Por otra parte, la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CHOCO (COMFACHOCO)**, también presentó demanda independiente, con las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA: Que se declare que FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y la Unión Temporal Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. – Caja de Compensación Familiar del Chocó "COMFACHOCÓ", integrada por FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ", celebraron el Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08 el 1º de noviembre de 2008, o en la oportunidad que se encuentre probada.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad absoluta del inciso cuarto de la cláusula vigésimo tercera del Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08, que establece que:

"En el evento en que el convocante sea EL CONTRATISTA no podrá, bajo ninguna circunstancia, ante ninguna jurisdicción, en ningún proceso o actuación de carácter administrativo o judicial o tribunal de arbitramento, vincular a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A."

TERCERA: Que se declare que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, incumplió su deber legal de planeación al establecer la remuneración que le corresponde a CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ".

CUARTA: Que se declare que los pagos calculados mediante la utilización de la UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN DEL MAGISTERIO (UPCM) y en general el valor y forma de pago del Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08 fue insuficiente para cubrir los servicios del Magisterio prestados por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ", así como lo que de ellos depende.

QUINTA: Que se declare que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO incumplieron sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con ajustar y actualizar el valor y forma de pago del Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08 para cubrir la insuficiencia de que trata la pretensión anterior.

Subsidiaria de la Quinta: Que se declare que la insuficiencia de la utilización de la UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN DEL MAGISTERIO (UPCM) y en general el valor y forma de pago del Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08, para cubrir los servicios del Magisterio prestados por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ", así como lo que de ellos depende, constituyó un evento ajeno y no imputable a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ" que alteró el equilibrio económico y financiero del Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08 en perjuicio de COMFACHOCÓ, a cuyo restablecimiento está obligado la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEXTA: Que se declare que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO incumplieron sus obligaciones legales y contractuales al realizar descuentos de la remuneración de CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ", sin el lleno de los requisitos legales.

SÉPTIMA: Que se declare que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO incumplieron sus obligaciones legales y contractuales.

OCTAVA: Que se declare que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO están obligadas a indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, así como de realizar los reconocimientos necesarios para restablecer el equilibrio económico financiero del Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08.

NOVENA: Que se declare que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ" no es deudor de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ni de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO por ningún concepto relacionado con el Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-06-08.

DÉCIMA: Que se declare nula la Resolución 9499 de 2014 "por la cual se liquida unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-07-08" expedida por la Presidencia del Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuyo vocero es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO así como el acto ficto por el cual se decidió desfavorablemente el recurso de reposición promovido por la Unión Temporal Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. – Caja de Compensación Familiar del Chocó "COMFACHOCÓ", integrada por FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ", por incumplimiento de los requisitos legales y/o por no reflejar los valores objeto de las condenas que se produzcan con base en las pretensiones anteriores, y en consecuencia, se

ordene restablecer los derechos de CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ" así como las reparaciones que legalmente correspondan.

Subsidiaria de la Pretensión Décima: Que se declare que los efectos económicos de la Resolución 9499 de 2014 "por la cual se liquida unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-07-08" expedida por la Presidencia del Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuyo vocero es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, así como el acto ficto por el cual se decidió desfavorablemente el recurso de reposición promovido por la Unión Temporal Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. - Caja de Compensación Familiar del Chocó "COMFACHOCÓ", Integrada por FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ", no son los que allí quedaron consignados.

UNDÉCIMA: Que se liquide judicialmente el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-07-08 para lo cual se incluirán las prestaciones a cargo de las partes, incluyendo las que corresponden a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ" como consecuencia de las declaraciones y condenas contenidas en el Laudo Arbitral que ponga fin al proceso.

Subsidiaria de la Pretensión Undécima: Que se liquiden las prestaciones económicas finales a cargo de las partes, incluyendo los que corresponden a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ "COMFACHOCÓ" como consecuencia de las declaraciones y condenas contenidas en el Laudo Arbitral que ponga fin al proceso.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Basa su pretensión FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., en los siguientes fundamentos:

1. Nulidad de la resolución N° 9499 de 2014 y del acto administrativo que la confirma, por medio de los cuales se liquidó el contrato de prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-07-08

El acto de liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-07-08, adolece de vicios de nulidad por encontrarse falsa y erróneamente motivado, por el hecho de haber desconocido la realidad económica de ejecución del contrato en lo que se refiere a la falta de reconocimiento de la existencia de un desequilibrio económico del contrato.

1.1. Competencia del Tribunal de Arbitramento para revisar la legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato estatal

En el sub judice es perfectamente válido que el Tribunal de Arbitramento analice la legalidad y los efectos económicos del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato N° 1122-07-08, toda vez que aquel no fue proferido en ejercicio de una de las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, sino que comportó el desarrollo de un deber legal.

1.2. Falsa Motivación en la Resolución 9499 de 2014 y del acto ficto que la confirma

Los actos administrativos cuestionados incurren en la causal de anulación de falsa motivación, en atención a que los hechos que le sirvieron de fundamento son contrarios a

la realidad de ejecución del contrato, particularmente en cuanto al balance económico del mismo, desconociendo que al momento de liquidar el contrato se presentaba un desequilibrio económico del mismo por la insuficiencia estructural de la UPCM para responder a las verdaderas frecuencias de uso y perfiles etarios y epidemiológicos que identificaban a la población afiliada en el Dpto. de Antioquia.

2. Desequilibrio económico del contrato de prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-07-08

Durante la ejecución del contrato de prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-07-08, se presentó una ruptura del equilibrio de la ecuación contractual que supuso el sufrimiento de un daño patrimonial antijurídico por parte de la FMP, por lo que resulta procedente que se acceda a la declaratoria de tal desequilibrio y a la consecuente indemnización de perjuicios.

2.1. Fundamento normativo y jurisprudencial del desequilibrio económico del contrato

Se citan los arts. 4, 27 y 50 de la ley 80 de 1993, así como jurisprudencia del Consejo de Estado, para resaltar que en virtud del principio *rebus sic stantibus*, si el equilibrio económico del contrato se rompe por causas imprevisibles y no imputables al contratista, este tiene derecho a exigir su restablecimiento.

2.2. Análisis de distribución de riesgos establecida en el contrato de prestación de servicios médico asistenciales N° 1122-07-08

Aludiendo al numeral 1.4 del pliego de condiciones, relativo a la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles, expone que el contratista tenía a su cargo la asunción y administración de todos los riesgos inherentes a la prestación de los servicios de salud en los 4 niveles de complejidad, riesgo que en todo caso, encuentra límite en la insuficiencia integral y estructural de la UPCM, evento en el que sin duda le corresponde al FOMAG asumir los riesgos económicos originados de tal situación.

2.3. Causas del desequilibrio económico del contrato N° 1122-07-08 relativas a la responsabilidad contractual por falta de planeación y a la teoría de la imprevisión

En la ejecución del contrato N° 1122-07-08 se presentó una ruptura del equilibrio económico por causas no imputables al contratista y que se refieren puntualmente a la insuficiencia estructural de la UPCM, para atender la desbordada demanda de servicios médico asistenciales en el Dpto. de Antioquia, lo cual derivó en el incumplimiento del deber de planeación por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional al momento de definir e identificar el perfil etario y epidemiológico, las frecuencias de uso y la siniestralidad en la zona geográfica de cobertura, circunstancia que presentó un costo y gasto médico a cargo de la FMP, que resultó imprevisible e irresistible y le generó un grave perjuicio económico.

De otro lado, los fundamentos de derecho de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CHOCO (COMFACHOCO), fueron los siguientes:

- 8.1. Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral): Arts. 22 y demás aplicables.
- 8.2. Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso): Arts. 42, 43, 44, 45 Núm. 4º, 53 y ss., 74, 77, 88, 89 y 93, 103 Parágrafo Segundo, 148 Núm. 2º, 164 y ss. y demás aplicables.
- 8.3. Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo): Arts. 103, 104 Núm. 2º, 141, 159 y ss., 162, 164, 166, 211 y ss. y demás aplicables.
- 8.4. Ley 80 de 1993.
- 8.5. Código Civil.
- 8.6. Código de Comercio.

3. PRESUPUESTOS FACTICOS RELEVANTES

Los hechos más relevantes descritos en las demandas, se centran en los siguientes:

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., abrió el proceso de selección abreviada N° 001 de 2008, cuyo objeto fue la contratación de la prestación de los servicios de salud para los afiliados al FNPSM y sus beneficiarios en el territorio nacional, específicamente en la región 4, conformada por los Departamentos de Antioquía y Chocó.

La UNION TEMPORAL, conformada por las empresas FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. y CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CHOCO (COMFACHOCO), presentó propuesta en el aludido proceso de selección.

Dicha propuesta fue seleccionada por el Consejo Directivo del FNPSM, y en consecuencia entre la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en su calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, y la UNION TEMPORAL aludida, se celebró el 1º de noviembre de 2008 el contrato para la prestación de servicios médicos asistenciales N° 1122-07-08.

Como valor inicial se estableció la suma de \$164.120.342.162 y se fijó como plazo de duración, dos años. Luego se firmaron 5 Otrosí, que adicionaron el valor del contrato y lo prorrogaron hasta el 30 de abril de 2012. Igualmente, la forma de pago se pactó en la cláusula 8ª del contrato, bajo las modalidades de capitación, alto costo y promoción y prevención. En la cláusula 7ª del contrato se estableció la remuneración, basada en la UPCM, definida en el pliego de condiciones y recogida en la cláusula 1 numeral 1.22 del contrato.

Así mismo se determinó en la cláusula 8ª del contrato, que en los 3 primeros meses, el pago por capitación se realizaría con base en la población entregada a la firma del contrato, y que a partir del 4º mes, con una base de datos soportada con hojas de afiliación aportadas por el contratista y consolidadas por FIDUPREVISORA, quien tenía la obligación de revisar las capitaciones mes por mes.

La supervisión del contrato se fijó en la cláusula 37 del contrato, estableciéndose en cabeza del supervisor su verificación y expedición del certificado para los pagos.

Los plazos y condiciones de la liquidación del contrato se pactaron en el numeral 9.13 del pliego de condiciones, así como en la cláusula 17 del contrato.

Expirado el contrato, el Ministerio de Educación en su calidad de presidente del Consejo Directivo del Fomag, emitió la resolución No. 9499 de fecha 19 de junio de 2014 por medio de la cual hizo el balance económico del contrato y liquidó el contrato objeto del presente proceso.

El capítulo de resuelve de la citada resolución determinó que el contratista debía reintegrar al Fomag la suma de TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$3.676.055.480).

Las convocantes interpusieron recurso de reposición el 30 de julio de 2014, contra la resolución antes citada, el cual fue resuelto en la resolución 19804 del 2 de diciembre de 2015 revocando la resolución recurrida y ordenando la liquidación del contrato por vía judicial o extrajudicial.

4. DE LAS CONTESTACIONES DE DEMANDA

-Nación-Ministerio de Educación Nacional

Dentro del término de traslado, la entidad contestó la demanda y reforma formulada por Fundación Médico Preventiva Para el Bienestar Social, oponiéndose a las pretensiones, argumentando que no le asiste derecho a los demandantes.

Como argumentos de defensa planteó los siguientes: 1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO RESPECTO DE LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL POR AUSENCIA DE PACTO ARBITRAL, por cuanto al no existir pacto arbitral respecto de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, que permita que se le convoque a esta instancia, el Tribunal de arbitramento carece de competencia para pronunciarse de fondo en el asunto en torno a tal entidad; 2. ALCANCE DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL, según las normas que regulan la fiducia mercantil, es a la entidad fiduciaria (Fiduprevisora) a quien le corresponde ejercer la defensa del FOMAG, sin que pueda vincularse a estas actuaciones judiciales al fiduciante (Ministerio de Educación); 3. EL MINISTERIO DE EDUCACION NO DEBE CONCURRIR A LA INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO, pues la naturaleza de la relación jurídica no puede ni debe generar efectos respecto de tal entidad; 4. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN RAZON DE LA CADUCIDAD DE LA ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES; 5. INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA LEGALIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO, por ser tal acto un ejercicio de la facultad exorbitante de la administración que por ende escapa al control de la jurisdicción arbitral; 6. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES, pues las pretensiones 6 y 7 son excluyentes y ambas fueron planteadas como principales. Ahora bien, como excepciones se formulan las siguientes: 1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA; 2. EFICACIA DEL INCISO 4° DE LA CLAUSULA 23 DEL CONTRATO; 3. AUSENCIA DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO; 4. LEGALIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO; y 5 IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES POR TRATARSE DE LA ADMINISTRACION DE RECURSOS QUE PERTENECEN AL SISTEMA DE SALUD DEL MAGISTERIO.

Con relación a la demanda y reforma presentadas por COMFACHOCO, también se opuso a las pretensiones.

Como argumentos de defensa planteó los siguientes: 1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO RESPECTO DE LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL POR AUSENCIA DE PACTO ARBITRAL; 2. ALCANCE DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL; 3. EL MINISTERIO DE EDUCACION NO DEBE CONCURRIR A LA INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO; 4. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN RAZON DE LA CADUCIDAD DE LA ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES; y 5. INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA LEGALIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO. Ahora bien, como excepciones se formulan las siguientes: 1. LEGALIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO; 2. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA; 3. NATURALEZA JURIDICA DEL FOMAG Y LIMITES DEL MINISTERIO DE EDUCACION EN EL MISMO; 4. IMPOSIBILIDAD JURIDICA DE QUE EL MINISTERIO DE EDUCACION AJUSTE UNA SUPUESTA FALLA ESTRUCTURAL DE LA UPCM; 5. ELEMENTOS GENERALES RELATIVOS AL FUNCIONAMIENTO DEL REGIMEN ESPECIAL DE SALUD DEL MAGISTERIO; 6. EFICACIA DEL INCISO 4° DE LA CLAUSULA 23 DEL CONTRATO; 7. AUSENCIA DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO; 8. IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LA UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR; 9. SOBRE LA SUPUESTA MORA EN EL PAGO POR GLOSAS INJUSTIFICADAS; y 10. SOBRE EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PLANEACION.

-Fiduprevisora

Dentro del término de traslado, la entidad contestó la demanda y reforma formulada por Fundación Médico Preventiva Para el Bienestar Social, oponiéndose a las pretensiones, argumentando que no le asiste derecho a los demandantes.

Como excepciones se formulan las siguientes: 1. AUSENCIA DE LEGITIMACION POR PASIVA DE LA FIDUPREVISORA S.A. EN NOMBRE PROPIO; 2. INCURIA DEL DEMANDANTE Y MALA FE EN EL PROCESO DE CONVOCATORIA PUBLICA; 3. CORRECTA, DEBIDA Y LEGAL MOTIVACION DE LA RESOLUCION 9499 DE 2014; 4. AUSENCIA DE CUANTIFICACION CIERTA DEL PERJUICIO; 5. VIOLACION A LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y LEALTAD EN EJECUCION DEL CONTRATO; 6. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA LA DECLARATORIA DEL

DESEQUILIBRIO ECONOMICO; 7. INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS DEL PERJUICIO DEBIDO A LA FALTA DE RIGOR TECNICO Y LOGICO DEL PERITAZGO ALLEGADO CON LA DEMANDA; y 8. GENERICA.

Con relación a la demanda presentada por COMFACHOCO, también se opuso a las pretensiones.

Como excepciones se plantearon las siguientes: 1. AUSENCIA DE LEGITIMACION POR PASIVA DE LA FIDUPREVISORA S.A. EN NOMBRE PROPIO; 2. INCURIA DEL DEMANDANTE Y MALA FE EN EL PROCESO DE CONVOCATORIA PUBLICA; 3. CORRECTA, DEBIDA Y LEGAL MOTIVACION DE LA RESOLUCION 9499 DE 2014; 4. AUSENCIA DE CUANTIFICACION CIERTA DEL PERJUICIO; 5. VIOLACION A LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y LEALTAD EN EJECUCION DEL CONTRATO; 6. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA LA DECLARATORIA DEL DESEQUILIBRIO ECONOMICO; 7. RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL DEMANDANTE EN RELACION CON EL MANTENIMIENTO DE LAS BASES DE DATOS DE USUARIOS Y LAS DEDUCCIONES ORDENADAS POR EL MINISTERIO; y 8. GENERICA.

5. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA PACTADA

El pacto arbitral se encuentra contenido en la cláusula 23 del CONTRATO N° 1122-07-08, suscrito el 1° de noviembre de 2008, entre la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, y la UNION TEMPORAL DE LA FMP y COMFACHOCO, donde se acordó que cualquier divergencia que surgiera entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato, que no pudiera ser resuelta por acuerdo directo entre ellas, sería dirimida por un Tribunal de Arbitramento, designando para ello al centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá.

6. DEL TRAMITE ARBITRAL

La FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. presentó demanda arbitral ante la Cámara de Comercio de Bogotá, el 19 de octubre de 2015, siendo reformada el 7 de abril de 2016, y admitida el 22 de abril del mismo año, ordenándose correr traslado de la misma a las entidades accionadas, y al litisconsorte COMFACHOCO.

Contestada la demanda, tanto por la Nación-Ministerio de Educación, como por Fiduprevisora, fue presentada nueva demanda por COMFACHOCO, la cual fue admitida el 10 de agosto de 2016, y notificada a las demandadas.

COMFACHOCO reformó la demanda el 27 de febrero de 2017, siendo admitida el 3 de marzo siguiente y notificada a las demandadas.

El 27 de octubre de 2017 se citó a audiencia de conciliación, declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio.

El 7 de diciembre de 2017, se surtió la primera audiencia de trámite, donde el Tribunal se declaró competente. El 19 de enero de 2018 se decretaron pruebas.

Practicadas las pruebas, se fijó el 14 de agosto de 2018 como fecha para audiencia de alegatos.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a lo expuesto, considera este agente del Ministerio Público que los problemas jurídicos de los que debe ocuparse ese Honorable Tribunal pueden sintetizarse de la siguiente manera:

7.1. Antes de abordar el fondo del asunto, deberá el Tribunal analizar la oportunidad del ejercicio de la acción, para determinar si se ejerció dentro del término legal, o si, por el contrario la acción se encuentra caducada; y de no estarlo:

7.2. ¿Determinar si por causas no imputables a los contratistas que conforman la UNION TEMPORAL FMP Y COMFACHOCO, y/o falta de planeación de la FIDUPREVISORA, se rompió el equilibrio económico del contrato para la prestación de servicios médicos asistenciales N° 1122-07-08, y en consecuencia esta, en su calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, ha incumplido con sus obligaciones legales y contractuales, al no restablecer el equilibrio financiero del contrato?

7.3. ¿Determinar si existe nulidad de la resolución 9499 de fecha 19 de junio de 2014, expedida por la Presidenta del Consejo Directivo del FOMAG, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato para la prestación de servicios médicos asistenciales N° 1122-07-08?

8. ANALISIS JURIDICO DEL MINISTERIO PÚBLICO

8.1. Marco jurídico aplicable al sub lite

✓ Naturaleza Jurídica Del Contrato

Para esta Agencia del Ministerio Público, el **Contrato No. 1122-07-08 es un contrato Estatal**, en razón a que la parte contratante, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A es de naturaleza pública.

Sobre este aspecto, ha tenido oportunidad de manifestarse la justicia arbitral, en un asunto con características fácticas similares¹, para precisar que en virtud del criterio orgánico y sobre la base que la demanda se dirige contra la Nación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, los efectos jurídicos del contrato radican en la primera:

Definida la tipología en la cual se enmarca el contrato No. 1122-14-08, es preciso abordar lo atinente a su naturaleza jurídica. Para estos efectos, debe recordarse que la calidad de contratantes la ostentaban, de un lado, el **FOMAG**, a través de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA** como su representante y vocera y, de otra parte, la **UNIÓN TEMPORAL AVANZAR MÉDICO REGIÓN 01**, aspecto que es relevante si se tiene en cuenta que la definición de la naturaleza del contrato estatal está dada por un criterio orgánico, de acuerdo con el cual es necesario establecer en cada caso si al menos uno de los extremos de la relación contractual es un ente de naturaleza estatal.

(...)

Teniendo en cuenta, entonces, que la Nación Colombiana es una persona jurídica de naturaleza pública⁶² y que el **FOMAG** fue creado como una cuenta especial de la Nación (art. 3, Ley 91 de 1989), es perfectamente posible concluir que los efectos jurídicos correspondientes al contrato No. 1122-14-08 radican en cabeza de una entidad estatal denominada "*Nación*", lo cual, a su vez, permite entender que dicha relación contractual tiene naturaleza de contrato estatal.

En otras palabras, considerando que la determinación de la naturaleza del contrato está dada por la calidad de las partes (criterio orgánico), se advierte que para el caso concreto uno de los extremos de la relación contractual es la Nación como titular del **FOMAG**, de ahí que deba concluirse que el Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-14-08, es un contrato estatal, debido a que la parte contratante es un ente público denominado Nación.

También se puede afirmar que se trata de un contrato de **prestación de servicios medico asistenciales de salud**, no solo porque así se reconoció expresamente tanto en los pliegos de condiciones y en el texto del contrato mismo, sino porque dicha tipología es la que corresponde a las cláusulas que le son propias conforme a su esencia como a su naturaleza, así como a sus calidades intrínsecas y las finalidades que persigue.

A juicio de esta agencia del Ministerio Público, uno de los mayores aportes que la jurisprudencia arbitral ha efectuado sobre el análisis de la naturaleza jurídica de los

¹ Cfr. Laudo Arbitral de fecha 4 de diciembre de 2014, proferido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre la Fundación Oftalmológica de Santander-FOSCAL-, Caja Santandereana de Subsidio Familiar –CAJASAN-, Clínica Santa Ana S.A.- y Sociedad Clínica Valledupar Ltda. Contra La Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG:

contratos de prestación de servicios médico asistenciales es el contenido en el LAUDO DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2003², donde a este respecto manifestó:

“De otro lado, las partes consideraron que se trataba de un contrato de prestación de servicios en salud, pero a esta denominación es necesario hacerle precisiones, pues existen matices que permiten afirmar que se trata de un modelo de contratación singular o especial, dadas las siguientes circunstancias:

— El contrato no fue celebrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no solo porque esta entidad carece de personería, ya que se trata apenas de una cuenta especial de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, sino por la Fiduciaria La Previsora S.A., la cual obró en nombre y representación de dicho patrimonio autónomo, de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, lo cual es indicativo de que la ley quiere darle un MANEJO ESPECIAL A LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DESTINADOS EN EL PRESUPUESTO NACIONAL, AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN SERVICIOS DE SALUD para ese grupo de servidores y sus beneficiarios.

— El precio convenido no era señalable libremente por las partes. Su cuantía tuvo que ser determinada de acuerdo con las disposiciones especiales del Artículo 8º de la ley 91 de 1989.

— De no menor importancia es la autorización al contratista para que pueda subcontratar con una red de entidades prestadoras del servicio de salud en el departamento de Antioquia, pues, de ello se desprende el carácter mixto de las obligaciones de aquel, ya que no solo puede prestar los servicios contratados, directamente, como de hecho lo efectuó con la clínica que forma parte de la unión temporal contratista, sino que también debe conformar una eficiente red de subcontratistas, con cubrimiento en toda la jurisdicción departamental, para un significativo grupo de usuarios. Lo que implica, y esto es de inmensa importancia, que el contratista, es antes que prestador de servicios, un eficiente gestor de la prestación de los mismos y de la administración de los limitados recursos disponibles.

— Lo acabado de afirmar implica que, y esto es elemento sustancial del contrato, el contratista no debe limitarse a prestar, contratar y pagar los servicios prestados. Su gestión tiene que enderezarse en el sentido de emplear métodos de seguimiento y control de la ejecución del contrato sobre los subcontratistas, que le permitan moderar las exigencias de los usuarios, para ajustarlos a la limitada disponibilidad de recursos financieros; sin perjuicio de los respectivos planes y su calidad, de las utilidades normales que pretende obtener en la ejecución del contrato, y sin afectar su cabal cumplimiento.

(...)

De otra parte, también es aplicable al contrato 1122-1008/2000 el artículo 13 de la ley 80 de 1993, según el cual los contratos que celebren las entidades a que se refiere el

² Ver, LAUDO DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2003 UNION TEMPORAL COMFAMA- MASSALUD CLÍNICA MEDELLIN SA VS FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO LUIS CARLOS SACHICA APONTE Y HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ.

artículo 2º de la misma, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particulares reguladas por esta ley.

Como colofón de las cuestiones señaladas, el contrato 1122-1008/2000 es estatal, regido en sus aspectos generales por la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y, en lo particular por las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, por los decretos 1775 de 1990, 723 de 1997, el escrito que contiene el contrato celebrado entre fiduciaria la previsora s.a. y la unión temporal, los términos de referencia de la invitación pública 63 de 2000 y los aprobados por el consejo directivo del fondo de prestaciones sociales del magisterio el 1º de junio de 1999.” (Subrayados fuera de texto).

✓ **Del incumplimiento de los contratos, mora y carga de la prueba.**

Sobre el asunto, se traen a colación los artículos 1494, 1496, 1498, 1602, 1603, 1608 y 1609 del Código Civil, disposiciones que en conjunto nos permiten fijar las pautas legales en materia de incumplimiento del contrato.

“ARTÍCULO 1494: Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...”

“ARTÍCULO 1496: El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”

“ARTÍCULO 1498: El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez;...”

“ARTICULO 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

“ARTICULO 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

“ARTICULO 1608. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

“ARTICULO 1609. En 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 a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. (Subrayados fuera de texto)

En efecto, de las normas antes señaladas, se derivan las siguientes reglas cuando ha de predicarse un incumplimiento contractual, las cuales resultan aplicables al sub judice: (i) el contrato como ley para las partes, (ii) del contrato emanan obligaciones recíprocas, (iii) la naturaleza particular de los contratos conmutativos, en los que las obligaciones de las partes se hacen depender unas de otras, (iv) el principio de la buena fe contractual que opera en la ejecución del contrato para las dos partes, (v) que el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, (vi) que no puede predicarse incumplimiento de la otra parte, cuando la parte que la alega está en mora de cumplir lo pactado.

Estas reglas han sido a su vez objeto de desarrollo por parte de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, con relación al incumplimiento del contrato, ha señalado esta Corporación:

“Si bien conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, tales obligaciones, 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 ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una 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 por parte del municipio, 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 co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR, 24 de febrero de 2005, Radiación número: 70001-23-31-000-1996-05716-01(14937). (Subrayado nuestro)

Oportunidad en la que también se pronunció sobre la carga de la prueba cuando se pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato:

“Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, al que se remite la Sala por disposición expresa del artículo 167 del C.C.A, las providencias judiciales deben fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Así mismo, del artículo 177 del ordenamiento procesal ya citado, se deduce que le corresponde a las partes probar el supuesto de hecho que pretenden demostrar, lo cual implica, para el caso del proceso contractual que nos ocupa, que correspondía al demandante demostrar que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales y, en consecuencia, el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato, circunstancias éstas que no se encuentran plenamente acreditadas con el acervo probatorio allegado al expediente, el cual es precario e inconsistente”. (Subrayado nuestro)

Este desarrollo jurisprudencial de las normas citadas, encuentra evolución reciente, en la siguiente sentencia:

“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. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la 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. 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. (...) 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 satisfaga 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. En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las 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”. (Subrayado y resaltado fuera de texto. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, 22 de julio de 2009, Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552). (Subrayado fuera de texto).

Y en la misma sentencia, más adelante se agregó:

“Correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles. No obstante que se probó la existencia del contrato, dado que según la Ley 80 de 1993, aplicable al mismo, “...los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...” (art. 41), en lo referente al cumplimiento de los requisitos -aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales- que se exigen para la ejecución del contrato (inciso segundo art. 41 original ejusdem), se observa que no fueron acreditados en el plenario, pues, de una parte, en el mismo no aparece la imputación presupuestal y el demandante no aportó ningún documento en el que conste el registro presupuestal que debió haberse realizado, y de otra parte, aunque el contratista trajo copia de la póliza de cumplimiento (No. 19 del

artículo 25 original ibídem), ésta no viene aprobada por la entidad municipal. En definitiva, no existe prueba de que el contratista haya entregado en el tiempo debido el objeto del contrato, ni siquiera el 17 de julio de 1995, como tampoco que el municipio se hubiera negado a recibirlo, pues el documento aportado no permite deducir o inferir esa circunstancia como lo pretende el actor, en tanto su contenido o la sola fecha consignada en él no es indicativa o demostrativa de los hechos aseverados, incluso entre la fecha que se tenía proyectada la realización de la obra -17 de abril de 1995 según la póliza- y la fecha de recibo del mencionado documento -24 de abril de 1996- existe más de un año de distancia. En este orden de ideas, es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se persigue la responsabilidad contractual incumbe, por regla general, a quien lo alega, que en este caso corresponde al actor. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable". (Subrayado y resaltado fuera de texto, Ibídem)

Como se observa el precedente reitera la regla anotada, en relación con la pretensión de incumplimiento del contrato, es necesario que la parte que la alega acredite el cumplimiento de su obligación y a su vez el correlativo incumplimiento del otro contratante.

✓ **Del principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura - Ecuación financiera del contrato**

Según la Jurisprudencia de la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, el principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

El H. Consejo de Estado, ha conceptualizado sobre este principio lo siguiente:

"El equilibrio financiero del contrato ha sido definido por la doctrina extranjera como "la relación aproximada entre cargas y ventajas que el co-contratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato" La doctrina nacional autorizada ha definido la ecuación económica del contrato como "un concepto que va ligado a que el contratista reciba, en todos los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que lo llevó a obligarse con la Entidad, una compensación o indemnización que le restablezca su interés.". También ha concebido la equivalencia económica del contrato como "la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público." Al respecto cabe puntualizar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que en modo alguno podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista. Pero posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de

las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución, a la entidad estatal contratante y no solo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato “ c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes”; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 90, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho que tienen, en igual medida, las dos partes de la relación contractual. Al aproximar, con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración.”³

Otro tanto precisó con posterioridad la misma Corporación, explicando entre otras cosas, las causas que originan la afectación del equilibrio económico del contrato, veamos⁴:

“El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -iusvariandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. Así las cosas, y aun cuando se discute que el incumplimiento del contrato sea una causa de ruptura de la equivalencia del contrato, puesto que se trata de la infracción de las estipulaciones contractuales por una de las partes, o sea que, estricto sensu, se refiere a una violación con culpa de la lexcontractus y por tanto, es uno de los elementos que junto con la imputación configura la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados, lo cierto es que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 lo contempla como un evento de desequilibrio financiero.”

8.2. Del caso concreto – Valoración jurídica y probatoria

Teniendo como base lo acreditado en el expediente, así como considerando el respectivo recuento normativo y jurisprudencial puesto de presente líneas atrás, procede esta Agencia del Ministerio Público a verter el correspondiente concepto dentro del traslado para alegar en el presente trámite arbitral, analizando en su orden los aspectos que en nuestra consideración resultan relevantes para resolver la acción planteada.

³ Sentencia del 31 de octubre de 2007 con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez y radicación No. 25000-23-26-000-1996-02098-01(15475).

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección “C”. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. siete (7) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683).

Según se ha venido consignando, el contrato 1122-07-08, suscrito entre la FIDUPREVISORA, en su calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, y la UNION TEMPORAL FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL-CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CHOCO "COMFACHOCO", tuvo como objeto garantizar la prestación de los servicios de salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la región 4, conformada por los Departamentos de Antioquía y Chocó.

Como unidad de remuneración se estableció la Unidad de pago por capitación del magisterio (UPCM), definida como el valor que la FIDUPREVISORA pagará al contratista por cada usuario, cotizante o beneficiario, de manera mensual de acuerdo a la región geográfica, el grupo etario y el género, con el fin de que le sean brindados en su totalidad los servicios del plan de salud.

Así mismo, en cuanto a la forma de pago se determinaron 2 alternativas; i) por capitación, consistente en reconocer, por cada uno de los afiliados y sus beneficiarios, el valor calculado de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones, aplicable para los servicios contemplados en todos los niveles de complejidad, ii) por evento, en los casos de las atenciones de promoción de la salud y prevención de enfermedades por enfermedad general o salud ocupacional.

✓ **Análisis sobre la caducidad del medio de control**

Estando así las cosas, considera el Ministerio Público que, antes de estudiar el fondo del asunto, resulta imperioso analizar la oportunidad del ejercicio del medio de control de controversias contractuales; concretamente en cuanto a la caducidad del mismo, habida cuenta de las particularidades que han rodeado el caso sub examine.

En este orden de ideas, e iniciando con el estudio de caducidad, considera el Ministerio Público que el medio de control se ejerció por fuera del término legal establecido.

La caducidad ha sido definida, jurisprudencialmente como una sanción por no ejercer las acciones judiciales oportunamente. Sobre el tema, ha dicho el Consejo de Estado:

"CADUCIDAD DE LA ACCION - Noción. Definición. Concepto / CADUCIDAD DE LA ACCION - Carga procesal de las partes de impulsar el proceso / CADUCIDAD DE LA ACCION - Opera ipso iure CADUCIDAD DE LA ACCION - Opera de pleno derecho / CADUCIDAD DE LA ACCION - No admite renuncia / CADUCIDAD DE LA ACCION - Procedencia de declaratoria de oficio

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. (...) Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial. La caducidad ha sido entendida

como la extinción de la posibilidad de formular una pretensión por el transcurso del tiempo previamente fijado por la ley en forma objetiva.”⁵

Sentado lo anterior, en primer lugar es necesario precisar que tal como se dejó advertido en precedencia, el contrato 1122-07-08 objeto de controversia es estatal y por tal razón, las disputas que surjan con ocasión de él por esencia son de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo que como en el presente evento se haya pactado cláusula compromisoria, pero así sea en uno u otro caso (vía contenciosa o arbitral), por la naturaleza del contrato, las normas procesales que le son aplicables en materia de caducidad son las previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que prevé de manera expresa un término de caducidad para presentar la acción de controversias contractuales, y habida cuenta que la demanda se presentó el día 19 de octubre de 2015, fecha para la cual ya se encontraba vigente esta normatividad.

Por tanto, para el cómputo del término de caducidad, la disposición aplicable es el art. 164 del CPACA:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

...

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01547-01(49307) Actor: REDCOM LTDA. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.(...)”.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el contrato tenía una duración inicial de 2 años y tuvo tres prórrogas sucesivas, terminando finalmente el día 30 de abril de 2012 (según lo acordado en el OTROSÍ No. 5) y la información que reposa en el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato (resolución 9499 del 19 de junio de 2014).

De igual manera, respecto de la liquidación del contrato, en la cláusula décimo séptima se pactó que se realizaría dentro de los 6 meses siguientes a su terminación:

CLAUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El contrato, por ser de tracto sucesivo, deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el Artículo 6o de la Ley 8o de 1993 y Artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007. Para el efecto, terminado el mismo por cualquier causa, se liquidará dentro de los seis (6) meses siguientes la fecha de Terminación. Por tal motivo el Contratista deberá presentar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la terminación del Contrato a LA FIDUCIARIA o a quién este designe, la relación de las historias clínicas y

demás documentos relacionados con los aspectos médicos de las personas que cubre el contrato, así como la información técnica, científica y estadística que se requiera, para que con base en dicha información se proceda a elaborar el acta de liquidación correspondiente. En caso de que no se efectúe la liquidación bilateral se dará aplicación al artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007.

Ello significa que, si el contrato termino el 30 de abril de 2012, el término máximo para la liquidación bilateral del contrato fenecía el día 1° de noviembre de 2012. Empero para esta fecha aún no se había llevado a cabo la respectiva liquidación.

Ahora bien, en virtud de la remisión que dicha cláusula hizo al contenido del art. 11 de la ley 1150 de 2007, para el evento de no liquidarse el contrato en el plazo convenido; la disposición es del siguiente tenor:

“Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo **dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto.** De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. (subrayas del Ministerio Público)

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

Es decir, el término de dos (2) años para la caducidad de las acciones derivadas de los contratos que requirieran de liquidación empezaba a correr a partir del momento en que la liquidación se realizara o, *si ella no se hubiere hecho, a partir de la conclusión del término que tenía la Administración para hacerlo unilateralmente.*

Conforme a esta disposición legal, el plazo de liquidación del contrato 1122-07-08 era el siguiente:

- **Liquidación Bilateral: Del 1 de mayo al 1 de noviembre de 2012**
- **Liquidación Unilateral: Del 2 de noviembre de 2012 al 2 de enero de 2013**

Bajo estos supuestos, el término de caducidad correría entre el 3 de enero de 2013 y el 3 de enero de 2015; pero esta última fecha coincide con el período de vacancia judicial, de tal suerte que el plazo se extendería hasta el primer día hábil de despacho, esto es hasta el 13 de enero de 2015. Como la demanda se presentó el 19 de octubre de 2015, es palmario que ya había fenecido el plazo para incoar la acción.

Ahora, si bien la liquidación unilateral se materializó con la resolución 9499 del 19 de junio de 2014, la cual ante recurso de reposición fue revocada con resolución 19804 del 2 de diciembre de 2015, por lo que en sentir hasta ahora del Tribunal y de las partes, la acción se habría incoado dentro del término de los dos años siguientes a la ejecutoria de la liquidación, debe indicarse por este Agente Público que conforme la posición jurisprudencial unánime del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no es aceptable avalar esta interpretación, toda vez que por ser las normas relativas a la caducidad un aspecto de orden público; no puede dejarse su cómputo al arbitrio de las partes, y por tanto en estos casos, el conteo tiene que hacerse a partir del último día del plazo convencional o legal. En el de marras, para poder contar la caducidad desde la liquidación, como se pretende, esta debió realizarse a más tardar el 2 de enero de 2013, pero como ello no fue así, ni bilateral ni unilateralmente, no puede pasarse por encima del término convencional y legal que establecieron las partes, máxime cuando la caducidad, precisamente por ser de orden público, no puede ser renunciada, no se suspende y no se interrumpe sino en los limitados casos exceptuados en la ley.

Esta es la posición que ha venido siendo reiterada desde hace tiempo por el Consejo de Estado, por ejemplo en providencias del 11 de diciembre de 1989⁶, 8 de junio de 1995⁷, 22 de junio de 2000⁸. Pero también de modo reciente, sobre el particular resulta ilustrativa

⁶ Expediente 5334

⁷ Expediente 10634

⁸ Expediente 12723

decisión del H. Consejo de Estado, en un caso muy similar, donde luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre el tema, se declaró la caducidad contándola a partir de la conclusión del término que tenía la administración para hacerlo unilateralmente, pese a que se había realizado la liquidación con posterioridad y se pretendía contar desde ese instante por una de las partes, como también en esta acción se pretende⁹:

“Pues bien, de todas estas características que se han mencionado emerge que una vez que se da el supuesto de hecho que el legislador ha señalado como comienzo del término de caducidad, él indefectiblemente empieza a correr y en ningún caso queda en manos de alguna de las partes la posibilidad de variar el término prefijado en la ley.

Por consiguiente si, cuando es menester la liquidación del contrato, hay un plazo legalmente señalado para realizarla, bien sea de común acuerdo o bien sea de manera unilateral, y si la caducidad de la acción contractual empieza a correr a partir de la respectiva liquidación, es conclusión obligada que si el plazo legalmente previsto para realizar la liquidación concluye sin que esta se hubiere hecho, irremediamente el término de caducidad habrá empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento y por ende ninguna incidencia tendrá en el término de caducidad una liquidación posterior. Sostener lo contrario sería tanto como argumentar que el término de caducidad puede quedar al arbitrio de alguna de las partes.

En efecto, de no ser como se viene afirmando se llegaría a la extraña e ilegal situación de existir un término de caducidad superior al previsto en la ley en virtud de la decisión de alguna de las partes, tal como ocurriría por ejemplo en la hipótesis en que la liquidación del contrato viene a hacerse después de haber transcurrido trece (13) o más meses desde que concluyeron los plazos legalmente previstos para liquidar el contrato.

Y es que la posición que aquí se critica impondría la obligada pero errada e ilegal conclusión consistente en que el término de caducidad ya no sería de dos años contados a partir del momento en que vencieron los términos legales para liquidar el contrato, sino de treinta y tres o más meses (13 o más desde el vencimiento de los términos legales para liquidar el contrato y 24 más a partir de la liquidación extemporánea), todo por decisión de quien o quienes liquidaron el contrato por fuera de los términos legalmente previstos para ello.¹⁰

(...)

No es acertado empezar a contabilizar el término de caducidad de la acción contractual, tal como lo entendió el juzgador de instancia, cuando dijo que, “Una vez revisado el expediente que obra acta de liquidación final unilateral del contrato No. 4027428 de fecha 28 de octubre de 2011, así mismo, obra comunicación enviada a la demandante INSURCOL LTDA del acta de liquidación unilateral realizada por Ecopetrol de fecha 11 de noviembre de 2011. Al respecto, el literal J numeral 2 del artículo 164 del CPACA dispone que la demanda de controversias contractuales deberá ser presentada, so pena de caducidad, dentro del plazo de dos (2) años, los cuales se cuentan a partir del día siguiente de ejecutoriada la liquidación

⁹SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, 8 de junio de 2016, Radicación: 68001-23-33-000-2014-00088-01(54067) Consejero Ponente (E): Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Actor: Insurcol Ltda.Demandado: Ecopetrol S.A.Referencia: Apelación auto declara no probadas excepciones previas dentro de la audiencia inicial

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 30 de enero de 2013, rad. 23136. MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

unilateral, su contabilidad debe hacerse conforme al calendario, ello significa entonces que, si el acta de liquidación final unilateral del contrato se comunicó al demandante INSURCOL LTDA el 11 de noviembre de 2011, el término de caducidad comenzó a contabilizarse a partir del 15 de noviembre de 2011, por cuanto el día 14 de noviembre de esa anualidad fue festivo”; porque primeramente se desconoce todo el antecedente jurisprudencial antes expuesto y el principio que consagra que las normas de caducidad en aquellos contratos que requieren de liquidación, son normas de orden público que contienen términos preclusivos, que no pueden ser desconocidos por el juez ni por las partes..

(...)

En conclusión, si las partes en este caso, para efectuar la liquidación del contrato de manera bilateral o conjunta acordaron 4 meses a partir de la suscripción del “Acta de Finalización del Contrato”, es decir, a partir del 4 de enero 2011-; sino la liquidación unilateral la realizaría Ecopetrol dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento de los referidos 4 meses -, esto es hasta el 04 de julio de 2011. Una vez concluidos estos dos términos, es decir los cuatro (4) meses iniciales y los dos (2) meses que le siguen, empezaban a correr los dos (2) años para acudir ante la jurisdicción, o sea que el plazo para presentar la demanda finalizaba el 04 de julio de 2013.

Como la demanda se presentó el 06 de febrero 2014 –, resulta claro que el plazo otorgado por la ley para presentar la demanda había vencido en exceso, por lo que se revocará el auto recurrido y en su lugar se declarará probada la excepción de caducidad; absteniéndose por sustracción de materia de decidir sobre las demás excepciones planteadas.” (subrayados nuestros).

Incluso en laudos arbitrales recientes, los cuales se adjuntan al presente escrito, adelantados por la propia Cámara de Comercio de Bogotá, emitidos dentro de procesos adelantados también por contratistas contra la Fiduprevisora, respecto del mismo tipo de contrato de prestación de servicios médico asistenciales, con relación a la misma convocatoria y durante el mismo periodo de tiempo, pero en otras regiones del país, ha adoptado esta posición y declarado la caducidad en casos idénticos. Así tenemos: i) laudo del 11 de diciembre de 2017, de FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FIDUPREVISORA S.A. referido al contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 1122-16-08; ii) laudo del 27 de febrero de 2018, de UNION TEMPORAL DEL NORTE-BOGOTA, contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FIDUPREVISORA S.A. referido al contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 1122-15-08; y iii) laudo del 10 de julio de 2018, de la UNION TEMPORAL DEL SUROCCIDENTE 2, contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FIDUPREVISORA S.A. referido al contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 1122-08-08.

Justamente en este último laudo, emitido hace escasamente un mes en un **contrato idéntico, con las mismas fechas de celebración, ejecución y terminación**, dijo el Tribunal Arbitral en sus consideraciones respecto al tema de la caducidad:

3.2.3.- Régimen jurídico del Contrato de Prestación de Servicios N° 1122-08-08, en materia de caducidad.

El contrato que nos ocupa requiere liquidación luego de terminado, por ser de tracto sucesivo o de ejecución continuada, según al artículo 60 de la Ley 80 de 1993. En tal caso, el artículo 136 numeral 10º, ordinal “d”, del CCA, fija, como se señaló en acápite anterior, los hitos a partir de los cuales comienza a contarse el término de la caducidad para este tipo de contratos. Dice así:

*“En los [contratos] que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial **a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar**”.* (se subraya)

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 ratifica que la liquidación bilateral deberá ser hecha **“dentro [del plazo] que acuerden las partes para el efecto”** y que, en su defecto, la entidad tendrá dos meses adicionales para hacerlo unilateralmente.

Además, las partes acordaron lo siguiente en la cláusula decimoséptima del contrato:

“LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El contrato, por ser de tracto sucesivo, deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto, terminado el mismo por cualquier causa, se liquidará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de terminación. (...) En caso de que no se efectúe la liquidación bilateral se dará aplicación al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.”

Es decir que, para liquidar conjuntamente el contrato, las partes disponían de seis meses contados a partir de su terminación. En su defecto, el término de la liquidación unilateral no podía exceder de los dos meses siguientes al vencimiento de dicho plazo.

En este caso, una posible hipótesis de interpretación judicial del artículo 136 del CCA, podría ser que el plazo para presentar la demanda contractual corre a partir de la ejecutoria del acto de liquidación unilateral del contrato, cualquiera que hubiese sido la fecha de expedición del mismo. Pero ello no es así. Como ya se señaló, el Consejo de Estado – en tesis compartida por este Tribunal - ha sido reiterativo en que el término de caducidad, cuando existe liquidación unilateral, puede correr a partir de la ejecutoria del correspondiente acto administrativo sólo cuando este se dicta dentro de los plazos legales o convencionales. Pero si el acto administrativo se produce luego de vencido el plazo legal, el término de caducidad deberá ser contado desde el vencimiento de dicho plazo y no desde la ejecutoria de la liquidación. Una interpretación contraria supondría que las partes pueden modificar a su arbitrio el término legal de la caducidad, según el momento en que se lleve a cabo la liquidación, lo que desnaturalizaría una institución que es de orden público, en interés general y, por consiguiente, indisponible.

En nuestro caso: (i) El contrato terminó el 30 de abril de 2012; (ii) El plazo adicional de seis meses para la liquidación de común acuerdo, terminó el 1 de noviembre de 2012; (iii) El plazo subsiguiente de dos meses para la liquidación unilateral, venció el 2 de enero de 2013.

De acuerdo con la tesis del Consejo de Estado, si se considera que el artículo 136 del CCA fue derogado por la Ley 1437 de 2011, y que dicha ley entró a regir el 2 de julio de 2012, cuando aún no corría el término de caducidad de la acción contractual, deberá concluirse – con base en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887- que la norma aplicable al caso presente, en materia de caducidad, es el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, vigente cuando comenzó a correr el respectivo término.

3.2.4. Cálculo del término de caducidad en el caso presente.

Al efecto, el ordinal "j" del numeral segundo del mencionado artículo 164 de la citada Ley 1437, dice:

*"OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: (...)
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...)
j. (...) En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:
(...)
iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;
v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga"*

Si, como se dijo, en el presente asunto el plazo para elaborar la liquidación unilateral del contrato quedó agotado el día **2 de enero de 2013**, el subsiguiente de caducidad venció el

3 de enero de 2015, cuando se completaron los dos años previstos en el artículo 164 del CPACA.

Por lo demás, el Tribunal concluye, de conformidad con las normas aplicables, la doctrina reiterada del Consejo de Estado y los precedentes arbitrales relacionados, que no es posible jurídicamente reconocer validez ni incidencia en el cómputo de los términos de caducidad a las liquidaciones unilaterales decretadas por la administración con posterioridad al vencimiento del término legalmente establecido para ello, esto es el de dos meses siguientes al de la expiración del plazo para efectuarla de común acuerdo, so pena de que deba declararse, aún de oficio, la ocurrencia del fenómeno de caducidad del medio de control de controversias contractuales, tal como aconteció en este caso.

Así las cosas, como la convocante presentó la demanda el día **11 de agosto de 2016**, es fuerza concluir que ha caducado la acción contractual que se promueve en el presente trámite arbitral, y así deberá ser declarado en el laudo.

Por lo expuesto, esta declaratoria deviene inexcusable para el Tribunal por tratarse de una institución de orden público que se caracteriza por su función en interés general, ordenada por la ley y orientada a garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, instituida con estirpe sancionatoria en aquellos eventos – como en el caso *sub examine* -, en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico.

En esta materia debe reiterarse que las partes tienen la carga procesal de incoar el litigio dentro de ese plazo perentorio, pues de no hacerlo se pierde la posibilidad para hacer efectivo su derecho. Por tanto, el fenómeno procesal de la caducidad opera *ipso iure*, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando quiera que concurren sus presupuestos legales. De suerte que tal inactividad procesal durante el transcurso del tiempo previamente definido por el legislador extingue la posibilidad de formular una determinada pretensión.

En consecuencia, a juicio de esta Agencia del Ministerio Público, emerge que para el momento en que se radicó la demanda arbitral, la acción se encontraba caducada, y así ha de declararse en el laudo.

OTRAS RAZONES DE FONDO PARA LA IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES

Pese a lo expuesto en el acápite anterior, y solo en el evento que ese Honorable Tribunal no acceda a declarar la caducidad del medio de control, el Ministerio Público deja a consideración razones adicionales por las que considera que las pretensiones deben despacharse desfavorablemente.

-De los hechos imprevisibles que generaron el rompimiento del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento por parte de Fiduprevisora al no ajustar y actualizar el valor y forma de pago para cubrir la insuficiencia de la UPCM

En cuanto a los elementos que deben probarse para la procedencia de la reclamación por causa del rompimiento del equilibrio económico del contrato, el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de noviembre de 2016, proferida en proceso radicado N° 17001-23-31-000-2008-00138-01(47336), señaló lo siguiente:

“(...)

En este estado, procede poner de presente que para evaluar la reclamación por concepto de desequilibrio económico del contrato conviene identificar: i) la ecuación financiera del contrato. Es decir, se debe partir del entendimiento de la fórmula de precio y la distribución de cargas – y riesgos- a cargo de cada una de las partes; ii) la ocurrencia de los hechos que se alegan como origen al supuesto desequilibrio económico del contrato y iii) la afectación económica que sufrió el contratista, la cual debe ser acreditada por un monto superior al que le correspondía asumir de acuerdo con la ecuación financiera del contrato.

En relación con este último aspecto, se cierra la reflexión dejando por sentado que no todo sobrecosto ni toda pérdida implica necesariamente la ruptura del balance financiero del contrato, toda vez que ello depende de la ecuación contractual y en ella suele incorporarse un alea o riesgo propio de la ejecución del contrato.”

Examinado el expediente, para la Procuraduría no se acreditaron por las convocantes los presupuestos antes señalados, que las legitimen para reclamar el rompimiento del equilibrio económico y saquen avantes las pretensiones. A pesar de los esfuerzos realizados con los dictámenes periciales, no se partió de la ecuación financiera del contrato, así como de la fórmula de precio y distribución de riesgos de las partes, ni se desvirtuó técnicamente la integralidad del estudio de suficiencia base del contrato, elaborado por la especialista Mery Concepción Bolívar Vargas. En efecto, las demandantes nunca aceptaron los riesgos que se establecieron en el contrato, enfrascándose en alegar que tales riesgos encontraban su límite en la insuficiencia integral y estructural de la UPCM, por lo que le correspondía al FOMAG asumir los riesgos económicos originados en tal situación.

Pese a que al firmar el contrato, las accionantes aceptaron todo su contenido y documentos integrantes del mismo, entre ellos el pliego de condiciones, donde en el numeral 1.4 se estableció la tipificación y asignación de riesgos; con lo argumentado pretenden desconocer

tal aspecto, alegando la imprevisibilidad de unas situaciones que eran perfectamente previsibles dentro del marco del contrato de prestación de servicios médico asistenciales en las regiones de Antioquía y Chocó, atendiendo la amplia experiencia que tenían en este tipo de contratos, el conocimiento de la región, de las posibles variables, y de los análisis de conveniencia económica que debieron realizar antes de decidir contratar. Es inadmisibles para el Ministerio Público que las actoras, dado el conocimiento y experiencia que tenían en este tipo de contratos, así como de la región, y luego de aceptar la asunción de unos riesgos, busquen ahora a través de esta acción desconocerlos alegando un presunto rompimiento del equilibrio económico, y una deficiencia estructural de la UPCM.

Como se dejó transcrito en el marco normativo, no estamos frente a cualquier tipo de contrato, sino a un modelo de contratación singular, donde la propia ley es la que ha querido darle un *manejo celoso y especial a la administración de ciertos recursos que tienen destinación específica en el presupuesto nacional, para el cumplimiento de las obligaciones estatales en servicios de salud para ese grupo de servidores (docentes) y sus beneficiarios*; por ello el contratista, es antes que prestador de servicios, un eficiente gestor de la prestación de los mismos y de la administración de los limitados recursos disponibles, *debiendo enderezar su gestión en el sentido de emplear métodos de seguimiento y control de la ejecución del contrato sobre los subcontratistas, que le permitan moderar las exigencias de los usuarios, para ajustarlos a la limitada disponibilidad de recursos financieros*; sin perjuicio de la cobertura, los respectivos planes y su calidad.

Como se ha expuesto a lo largo de este trámite, justamente en atención a esa naturaleza de los contratos de salud, y a su forma de pago, es que la totalidad de los riesgos que corresponden por prestación de dichos servicios, en los cuatro niveles de complejidad, le corresponde al contratista. Ahora, si bien le correspondía al FOMAG asumir los riesgos económicos originados la insuficiencia *integral* de la UPCM, ello requería que técnicamente se probara dicha insuficiencia, lo cual implicaba que además de desvirtuarse el estudio técnico realizado y que hacía parte integral de los pliegos de condiciones (anexo 9), y por ende había sido aceptado por las partes, debía acreditarse tal situación durante la ejecución del contrato. De igual manera, los riesgos no previsibles, esto es, *los que no podían ser estimados y que fueran ajenos a la naturaleza jurídica del reconocimiento de pago por capitación*, debían ser resueltos en su oportunidad.

En este orden de ideas, y habida cuenta que para invocar la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, fundamentalmente se arguye el incremento de citas médicas por parte de los usuarios, tanto de medicina general, especializada y odontología, gastos de transporte fluvial y aéreo y atención de tratamientos de enfermedades de alto, esta Agencia quiere resaltar que dichas situaciones en modo alguno constituyen un hecho imprevisto o ajeno al contrato que no se pudiera prever o predecir, *contrario sensu*, se trataba de hechos totalmente previsibles y probables, máxime cuando una de las condiciones consagradas en el pliego, era precisamente que los usuarios no tenían límite de citas de ningún tipo, aunado a las conocidas y difíciles condiciones de transporte de la región, que no databan del momento de suscripción del contrato, sino de mucho tiempo atrás.

Por otra parte, fue expresamente consignado en el aludido numeral 1.4, que los proponentes una vez culminado el proceso de libre elección y asignación de los usuarios,

así como con posterioridad al proceso de libre movilidad, y de acuerdo a su análisis interno y autónomo – el cual debía tener en cuenta entre otros factores, su experiencia en este tipo de contratos, el número de usuarios y sus economías de escala- podían decidir libremente si aceptaban o no el número de usuarios asignados, y por tanto la adjudicación y firma del respectivo contrato o la continuidad del mismo. De modo que resulta un contrasentido, y riñe contra los postulados de buena fe, así como el que impide ir contra sus propios actos, que las convocantes pese a que con antelación a la firma del contrato, e incluso durante su ejecución, tenían la posibilidad de realizar un estudio autónomo de las posibles variables y la conveniencia económica del convenio, hayan decidido de manera voluntaria y libre su suscripción y ejecución sin reparo, viniendo a invocar a estas alturas, esto es, mucho tiempo después de terminado el contrato unos supuestos hechos imprevisibles y una ruptura del equilibrio económico del contrato, lo cual pudieron y debieron manifestar o considerar antes o durante la ejecución del contrato, a fin de no comprometer su responsabilidad si estimaban que el negocio no les era rentable, o si quiera en el término de ejecución, para no sufrir más pérdidas.

La falta de un estudio o análisis previo y concomitante, la ausencia de valoración y planeación de la capacidad para atender las obligaciones contractuales que adquirieron al momento de suscribir el contrato y luego durante su ejecución, la falta de diligencia en el trámite de cobro por gastos de transporte fluvial, aéreo, y por la atención de tratamientos de enfermedades de alto costo, y además su indebida gestión en la implementación de métodos que permitieran moderar las exigencias de los usuarios, para ajustarlos a la limitada disponibilidad de recursos financieros (vr.gr. medicina preventiva), constituyen evidencias irrefutables de la negligencia de los accionantes atribuibles de manera exclusiva a su propia culpa, que el Estado no tiene por qué asumir, menos aun cuando durante todo el íter contractual, sus modificaciones y adiciones guardaron silencio, con lo que con su conducta avalaron cualquier eventual desfase económico.

Como se anotó, todas las pruebas, y en especial los dictámenes simplemente apuntaron a probar un mero incremento de los costos contemplados para el desarrollo y ejecución del contrato, más no acreditaron la supuesta ruptura del equilibrio económico del mismo en los términos exigidos por la jurisprudencia, cuando como bien se tiene establecido que el mero déficit jamás es sinónimo de ruptura del equilibrio contractual, ya que puede ser atribuible a muchas otras causas, entre ellas al mal manejo de los recursos del contrato o del riesgo trasladado, así como a la falta implementación de estrategias para minimizar dicho riesgo y mejorar la rentabilidad, que al parecer fue lo ocurrido en el subjuicio con las accionantes. Justamente sobre la prueba requerida en materia del *desequilibrio económico* del contrato, dijo el Consejo de Estado en sentencia del dos de diciembre de 2015, dentro del radicado N° 470012331000200100660 01:

- “1. En términos generales la ilegalidad del acto contractual se demuestra con base en las causales de nulidad del acto administrativo.*
- 2. El incumplimiento del contrato se acredita mediante la prueba de la obligación contractual – es decir del contrato y su contenido –, de la falta o falla en la prestación debida y del daño causado por ella.*
- 3. A su turno, el evento de desequilibrio económico se prueba partiendo igualmente del acuerdo contractual, empero los elementos probatorios se deben enfocar sobre la fórmula económica que gobernó el contrato y la distribución de los riesgos y cargas dentro de la misma, de una parte, así como se requiere demostrar, de otra parte, el hecho que*

configuró la ruptura de la ecuación contractual correspondiente y la relación de causalidad entre dichos elementos". (Subrayado nuestro).

Aterrizando lo anterior al de marras, esta Agencia Pública no encuentra que los convocantes hayan cumplido con la carga probatoria que se les imponía, pues como se acabó de indicar, las pruebas no se enfocaron en el análisis de la fórmula económica que gobernó el contrato, ni la distribución de riesgos en la forma pactada, simplemente se limitaron a acreditar en primer lugar unas supuestas situaciones tales como el incremento de frecuencias de uso de los servicios médicos, gastos de transporte fluvial y aéreo y atención de tratamientos de enfermedades de alto, y en segundo lugar, un supuesto incremento de los costos de ejecución del contrato, sin que se probara la relación de conexidad entre ambas, pues aquellas, por ser absolutamente previsibles, inherentes al desarrollo del contrato y a la asunción de riesgos, jurídica y fácticamente no podían generar un rompimiento del equilibrio económico del mismo. El déficit, si es que existe, se debe, como se anunció, a la mala planeación, mal manejo de los recursos del contrato o del riesgo trasladado, así como a la incorrecta gestión de las contratistas.

La consecuencia lógica de la ausencia de prueba sobre los elementos de la ruptura del equilibrio económico del contrato, es que tampoco prospere la pretensión de declaratoria de incumplimiento de FIDUPREVISORA, por no haber mantenido ni restablecido el equilibrio de la ecuación contractual ni haber ajustado el valor para cubrir la insuficiencia de la UPCM.

Entonces, como se ha venido argumentando, de acuerdo a las pruebas vertidas en el plenario, es palmario conforme a la jurisprudencia precitada, que no le asiste legitimación a la UNION TEMPORAL y sus integrantes para demandar el incumplimiento de su contraparte, y la correspondiente indemnización de perjuicios, pues no acreditó tal situación.

En efecto, la parte actora fundamenta sus pretensiones, entre otras razones, en el incumplimiento del contrato 1122-07-08 por parte de FIDUPREVISORA, al señalar que no se restableció el equilibrio de la ecuación contractual ni se ajustó el valor para cubrir la insuficiencia de la UPCM, no obstante, conforme las normas civiles (art. 1609 C.C.), la jurisprudencia señalada y el material probatorio acopiado, no se demostraron por aquella los presupuestos para solicitar la declaratoria de incumplimiento, que conllevara a exigir el pago de lo presuntamente adeudado y los intereses, es decir, no se probó el incumplimiento de la parte accionada, pues más bien las pruebas indican, contrario a lo manifestado por las demandantes, que FIDUPREVISORA como vocera del FOMAG, sí cumplió con las obligaciones contractuales, que se concretaban en el pago de los valores, en la forma estipulada en el contrato, esto es, una vez allegados todos los soportes.

-De la falta de planeación como causa de rompimiento del equilibrio económico del contrato

La inobservancia de la obligación de planeación por parte de las entidades del Estado, infringe los principios de buena fe, equivalencia de las prestaciones y por tanto, rompe el equilibrio económico del contrato y las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión. Así por ejemplo, el incumplimiento de deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución

del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario.

Sin embargo, también ha puntualizado al Consejo de Estado, que en estos eventos, a pesar de la falta de planeación, no es posible que el contratista reclame después por la ruptura del equilibrio del contrato, cuando conjuntamente con la administración y de mutuo acuerdo tomaron las medidas que permitieron superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo del contrato, ya que obrar de manera contraria, implicaría una transgresión al principio de buena fe y el ir contra sus propios actos.¹¹

En este sentido y descendiendo al caso de marras, tenemos que el 1° de noviembre de 2008 se firmó el contrato, con un valor inicial de \$164.120.342.162, fijándose como plazo de duración, dos años. Luego se firmaron 5 Otrosí, que adicionaron el valor del contrato y lo prorrogaron hasta el 30 de abril de 2012, en los siguientes términos:

- i) Las partes suscribieron el 24 de noviembre de 2008 aclaración No. 1 del contrato por medio del cual se corrige el número de identificación del contrato.
- ii) Las partes suscribieron otro si No. 1 de fecha 29 de noviembre de 2010 por medio del cual se amplía el término de ejecución del contrato al 30 de abril de 2011, y se adiciona el valor en la suma de \$47.234.717.928.
- iii) El 30 de noviembre de 2010, las partes suscribieron el otro si No. 2 del contrato, por medio del cual se modificó la cláusula octava del contrato autorizando el uso a favor del contratista del fondo de alto costo, en periodos trimestrales y no anuales.
- iv) Las partes suscribieron el 29 de abril de 2011 el otro si No. 3 del contrato, por medio del cual se amplía el término de ejecución del contrato al 31 de octubre de 2011 y se adiciona el valor en la suma de \$54.051.650.902.
- v) El 2 de mayo de 2011, las partes suscribieron el otro si No. 4 del contrato, por medio del cual se modifica la cláusula séptima del contrato, en el sentido de aclarar que es de cuantía indeterminada pero determinable, y que para efectos tributarios se establece un valor estimado.
- vi) Las partes suscribieron el 31 de octubre de 2011 el otro si No. 5 del contrato, por medio del cual se amplía el término de ejecución del contrato al 30 de abril de 2012, y se adiciona su valor en la suma de \$56.883.801.289.

¹¹SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

En resumen, obsérvese como las adiciones del contrato, suman un monto de \$158.170.170.119, el cual es sumamente considerable, pues prácticamente se dobló el valor inicial del contrato, quedando este en definitiva en un total de \$322.290.512.281, documentos que fueron firmados por la representante de la unión temporal, sin que se dejara reproche alguno por el contratista respecto de los términos de las adiciones, su ejecución, su valor o reclamaciones adicionales.

Entonces, como se dejó sentado en la sentencia acabada de citar, si las demandantes, a través de su representante legal, aceptaron y firmaron las aludidas modificaciones y adiciones, y especialmente los otros números 1, 3 y 5, en los términos pactados sin reparo alguno, se entiende que aceptaron como integral el pago incluido en las adiciones, por todos los servicios prestados hasta ese momento, sin ninguna discriminación como se afirma en la demanda.

Al aceptar dentro de los referidos otros números 1, 3 y 5, los valores allí acordados como adicionales al contrato, sin salvedad u objeción alguna, el contratista asumió ese riesgo de manera libre y voluntaria, y en virtud de los principios de buena fe y lealtad contractual, como del respeto de los actos propios, no puede venir ahora a desconocer lo que voluntariamente aceptó y firmó, reclamando unos mayores valores cuando en su momento nada dijo.

Se trae a colación la parte pertinente de la sentencia acabada de mencionar, donde el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa precisó:¹²

(...) No obstante, para la Sala aun cuando están demostradas las falencias en que incurrió la entidad demandada en materia de planeación, el tiempo mayor de duración del contrato por el desarrollo de las obras adicionales y demás circunstancias anotadas (que no el plazo de ejecución pactado en el contrato) la pretensión de la actora carece de sustento. En efecto, si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada, sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato.

(...)
No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.

¹² Sentencia mencionada en el pie de página 13.

(...) Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.”

Motivos por los cuales tampoco debe prosperar esta pretensión.

-De la nulidad de la resolución No. 9499 de fecha 19 de junio de 2014 por medio de la cual hizo el balance económico del contrato y liquidó el contrato objeto del presente proceso.

Como acertadamente lo exponen los apoderados de las demandadas, resulta improcedente esta pretensión, como quiera que la propia administración procedió a la revocatoria del mencionado acto, a través de la resolución 19804 del 2 de diciembre de 2015, en razón a la vulneración del debido proceso; por ende en la actualidad no existe en el mundo jurídico y no generó efecto alguno, siendo totalmente inviable estudiar su nulidad por sustracción de materia.

Esta ha sido la postura del Consejo de Estado, quien sobre el particular señaló:¹³

“Ha reiterado la Corporación que cuando la revocatoria se funda en razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, surte efectos retroactivos, lo que quiere significar que las cosas vuelven al estado en que se encontraban en el momento de la expedición del acto revocado. En el mismo sentido se ha sostenido que las sentencias anulatorias de actos administrativos, que buscan restablecer el imperio de la legalidad, tienen efectos ex tunc, vale decir, hacia el pasado. En estas condiciones, se tiene entonces que carece de objeto un pronunciamiento de mérito en el negocio de la referencia, por la potísima razón de que no existen efectos del acto acusado, sobre los cuales pueda recaer pronunciamiento alguno.”

8.3. Conclusión

En consecuencia, y salvo mejor criterio, en sentir de esta Procuraduría, al no probarse los cargos endilgados, lo procedente es negar las pretensiones de las demandas.

De ustedes, Honorables Árbitros,

JHON CARLOS GARCIA PEREA
PROCURADOR 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO

¹³ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “B”, Consejero ponente: SILVIO ESCUDERO CASTRO, Santafé de Bogotá D.C., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999), Radicación número: 14178