

**LAUDO ARBITRAL DE UNIÓN TEMPORAL
MAGISTERIO REGIÓN 4**

CONTRA

**LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL Y FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**

RADICADO 4947

1.	Capítulo Primero: Antecedentes	PÁG. 1
1.1.	El contrato	PÁG. 1
1.1.1.	El pacto arbitral	PÁG. 1
1.2.	Las partes procesales	PÁG. 3
1.2.1.	Parte convocante	PÁG. 3
1.2.2.	Parte convocada	PÁG. 3
1.3.	Actuación previa a la presentación de la demanda ante el Centro de Arbitraje.....	PÁG. 4
1.4.	Nombramiento de árbitros	PÁG. 5
1.5.	Admisión de la demanda, contestación y audiencia de conciliación.	PÁG. 6
1.6.	La demanda	PÁG. 7
1.6.1.	Los hechos de la demanda	PÁG. 7
1.6.2.	Las pretensiones de la demanda	PÁG. 8
1.7.	Contestación de la demanda	PÁG. 9
1.7.1.	La contestación de la demanda por parte del FOMAG	PÁG. 9
1.7.2.	La contestación de la demanda por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional	PÁG. 10
1.8.	La primera audiencia de trámite	PÁG. 11
1.9.	Las pruebas del proceso	PÁG. 12
1.10.	Los alegatos de conclusión	PÁG. 13
1.11.	Término para fallar	PÁG. 14
2.	Capítulo Segundo: Consideraciones del Tribunal	PÁG. 15
2.1.	Presupuestos procesales	PÁG. 15
2.1.1.	Demanda en forma	PÁG. 15
2.1.2.	Capacidad	PÁG. 15
2.1.3.	Competencia y legitimación.....	PÁG. 15
2.1.3.1.	La postura de la Nación – Ministerio de Educación Nacional	PÁG. 16
2.1.3.1.1.	El recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda ..	PÁG. 16
2.1.3.1.2.	Contestación de la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Educación.....	PÁG. 17
2.1.3.1.3.	Recurso de contra el auto por el que se avoca competencia en la primera audiencia de trámite	PÁG. 20
2.1.3.1.4.	Postura de la Nación – Ministerio de Educación Nacional en el alegato de conclusión	PÁG. 21
2.1.3.2.	Postura del FOMAG	PÁG. 21
2.1.3.2.1.	En la contestación de la demanda	PÁG. 21
2.1.3.2.2.	En la primera audiencia de trámite	PÁG. 22
2.1.3.2.3.	En el alegato de conclusión	PÁG. 22
2.1.3.3.	Postura de la Previsora	PÁG. 22

2.1.3.3.1.	En la contestación de la demanda	PÁG. 22
2.1.3.3.2.	En la primera audiencia de trámite	PÁG. 23
2.1.3.4.	Postura del Ministerio Público	PÁG. 23
2.1.3.5.	Consideraciones del Tribunal sobre su competencia	PÁG. 24
2.1.3.5.1.	Reiteración y ampliación de las consideraciones expuestas en la primera audiencia de trámite	PÁG. 24
2.1.3.5.2.	Consideraciones adicionales sobre la aplicación del precedente en este trámite arbitral	PÁG. 32
2.2.	Las pretensiones de la demanda	PÁG. 34
2.2.1.	Pretensiones primera y segunda de la demanda	PÁG. 34
2.2.1.1.	Postura del demandante en relación con la nulidad alegada	PÁG. 34
2.2.1.2.	Posiciones de las partes sobre el procedimiento sancionatorio aplicable en el caso concreto	PÁG. 36
2.2.1.3.	Consideraciones del Tribunal	PÁG. 37
2.2.1.3.1.	La naturaleza del contrato celebrado	PÁG. 37
2.2.1.3.2.	El procedimiento aplicable para imponer sanciones en relación con el Contrato 12076-005-2012	PÁG. 41
2.2.1.3.3.	Los cargos en los cuales se fundamenta la nulidad alegada	PÁG. 52
2.2.1.3.3.1.	Violación al debido proceso por falta de citación a ACE Seguros a la audiencia de descargos, en los términos previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011	PÁG. 52
2.2.1.3.3.1.1.	Consideraciones del Tribunal	PÁG. 53
2.2.1.3.3.2.	Infracción al debido proceso por “violación al principio del juez natural”	PÁG. 57
2.2.1.3.3.3.	Violación al debido proceso por “no aplicación de las formas de cada juicio” por no haber adoptado la decisión sancionatoria y su notificación en audiencia	PÁG. 64
2.2.1.3.4.	Los argumentos planteados de manera subsidiaria	PÁG. 68
2.2.2.	La tercera pretensión de la demanda	PÁG. 68
3.	Capítulo Tercero: Costas	PÁG. 71
4.	Capítulo Cuarto: Parte Resolutiva	PÁG. 74

1. Capítulo Primero. Antecedentes

1.1 El Contrato que ha dado lugar a la convocatoria de este Tribunal de Arbitraje

El día dos (2) de mayo de 2012 la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, la **CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CÍA LTDA - COSMITET LTDA** – y la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ**, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL MAGISTERIO REGIÓN 4**, y **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, y el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG**, celebraron el contrato de prestación de servicios médicos asistenciales No. 12076-005-2012, en adelante “*el Contrato*” cuyo objeto consistía, en síntesis, en la prestación de servicios de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la Región 4, integrada por los departamentos de Antioquia, Caldas, Chocó, Quindío y Risaralda.¹

1.1.1 El Pacto Arbitral

En la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato las partes pactaron lo siguiente:

“Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas por razón o con ocasión del presente contrato buscarán, en primer término, una solución directa mediante la conciliación, la amigable composición o la transacción, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la notificación que cualquiera de las partes envíe a la otra.

Si en dicho término no fuere posible un arreglo a sus diferencias, las partes convienen que las diferencias que surjan entre ellas, con relación a la celebración, ejecución, terminación y liquidación de este contrato, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. El Tribunal se sujetará a lo dispuesto en la legislación vigente, será de carácter legal y emitirá su laudo en derecho.

¹ Ver folios 59 al 91 del cuaderno de principal número 1.

En todo caso, habrá lugar al recurso de anulación previsto en la Ley. Así mismo, el Tribunal deberá sujetarse a las siguientes reglas:

*- 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.*

- El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. En caso de no ser posible, serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de la lista que tenga para el efecto.

- El Tribunal tendrá como domicilio y sesionará en la ciudad de Bogotá D.C.

- El Tribunal fallará en derecho y su decisión será definitiva y obligatoria para las partes y por ende será exigible ante cualquier Juez o Tribunal competente.

*- Los gastos relacionados con ocasión de la aplicación de la presente cláusula serán pagados por el **CONTRATISTA** y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Una vez proferido el correspondiente laudo la parte vencida reembolsará a la otra parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el Tribunal según lo abonado por éste con motivo del procedimiento y en todo caso sujetándose ambas partes a lo que ordene el laudo arbitral o fallo, prevaleciendo este (sic) sobre cualquier estipulación que hayan pactado entre ellos.*

- Los pagos que se deban realizar por causa o con ocasión de la aplicación de la presente cláusula bajo ninguna circunstancia se podrán realizar con cargo a los recursos propios de la sociedad fiduciaria que administra el patrimonio autónomo "Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio".

PARAGRAFO: *Si con anterioridad a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, las partes manifiestan por escrito ánimo de arreglo directo, la controversia se dirimirá mediante conciliación ante la Procuraduría General de la Nación con control de legalidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente."*²

² Folio 80 del cuaderno principal número 1.

1.2 Partes Procesales

1.2.1 Parte Convocante

Son convocantes la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, la **CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CÍA LTDA - COSMITET LTDA** – y la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ**, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL MAGISTERIO REGIÓN 4**.

La convocante está representada–en el presente proceso arbitral por el doctor **VÍCTOR ANDRÉS GÓMEZ ANGARITA**, según poder especial que obra a folio 4 del Cuaderno Principal No.1 del expediente, a quien le fue reconocida personería.

1.2.2 Parte Convocada

Son convocadas **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, y el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG** administrado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL está representada en el presente proceso arbitral por el doctor **CARLOS FELIPE ORTEGÓN PULIDO**, según poder especial que obra a folio 75 del Cuaderno Principal No. 3 del expediente y a quien le fue reconocida personería para actuar.

El **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG** está representada en el presente proceso arbitral por el doctor **HENRY VEGA PRECIADO**, según poder especial que obra a folio 309 del Cuaderno Principal No. 3 del expediente y a quien igualmente le fue reconocida personería para actuar.

Inicialmente se incluyó como demandada a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. actuando en su propio nombre, sin embargo en la primera audiencia de trámite el Tribunal ordenó su desvinculación, al considerar que del pacto arbitral no tiene alcance sobre la Fiduciaria actuando en posición propia, por lo cual carece de competencia para decidir las pretensiones respecto de ella.³

1.3 Actuación previa a la presentación de la demanda ante el Centro de Arbitraje

El quince (15) de mayo de dos mil quince (2015), la **UNIÓN TEMPORAL MAGISTERIO REGIÓN 4** presentó, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, demanda en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** y del **FOMAG**, con ocasión del contrato de prestación de servicios No. 12076-005-2012.

El veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Segunda de Oralidad, con ponencia de la magistrada Beatriz Elena Jaramillo Muñoz, admitió la demanda y ordenó notificar personalmente a los demandados.⁴

Dentro del término previsto para el efecto, las demandadas contestaron la demanda.

El cuatro (4) de marzo de 2016 tuvo lugar la audiencia inicial en la cual se declaró probada la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y en consecuencia, se dio por terminado el proceso. Contra dicha decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de

³ Cuaderno Principal número 4, folios 96 y siguientes.

⁴ Ver folios 204 y 205 del cuaderno principal número 1.

apelación y la apoderada de ACE Seguros “*descorrió el traslado de apelación acogiendo la tesis formulada por el demandante.*”⁵ El recurso fue concedido en efecto suspensivo.

El veintiuno (21) de julio de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, confirmó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en consecuencia, ordenó remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.⁶

En cumplimiento de lo anterior, el cuatro (4) de octubre de dos mil dieciséis (2016) el expediente fue remitido al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

1.4 Nombramiento de árbitros

El (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), por sorteo, se designaron como árbitros a los doctores, **ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ**, **ANNE MARIE MÜRRLER ROJAS** y **JORGE ARANGO MEJÍA** quien no aceptó la designación y en su lugar se nombró al doctor **HAROLD ECHEVERRY DIAZ**. Una vez notificados los árbitros, aceptaron oportunamente su designación. El doctor Gómez Méndez posteriormente presentó renuncia como árbitro y fue designado por sorteo para su reemplazo el doctor **GUILLERMO VARGAS AYALA**, quien aceptó su designación dentro del término legal, según se mencionará más adelante.

1.5 Admisión de la demanda, contestación y audiencia de conciliación

En audiencia llevada a cabo el seis (6) de marzo de dos mil diecisiete (2017) se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral y se inadmitió la demanda, la cual se subsanó en tiempo.⁷

⁵ Cuaderno Principal número 3 folio 12.

⁶ Folios 23 a 32 del Cuaderno Principal 2

⁷ Cuaderno Principal 3, folios 180 y 181

Mediante Auto No. 4 de veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal (i) admitió la demanda; (ii) ordenó correr traslado de ésta y de sus anexos a **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG-** y a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA**; (iii) ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público; (iv) ordenó la vinculación de la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA S.A.** y de **ACE SEGUROS S.A.** como litisconsortes cuasi-necesarios para que, en el término de cinco (5) días, manifestaran si se adherían o no al pacto arbitral; y (v) ordenó a la convocante allegar copia de la demanda y de sus anexos para correr los traslados de ley⁸.

Mediante memorial radicado el quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017) la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A.**, manifestó no adherir al pacto arbitral.⁹ **ACE SEGUROS** guardó silencio.

Dentro del término previsto para el efecto, las convocadas contestaron la demanda¹⁰.

Mediante Auto No. 6 de veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal dispuso, entre otros, continuar con el trámite sin la intervención de los litisconsortes cuasinecesarios y correr traslado de las excepciones formuladas¹¹.

Dentro del término previsto para el efecto, la parte convocante, por intermedio de su apoderado, recorrió traslado de las excepciones¹².

⁸ Cuaderno Principal 3, folios 189 a 203

⁹ Folios 265 a 266 del Cuaderno Principal 3

¹⁰ Folios 310 a 420 del Cuaderno Principal 3

¹¹ Folio 423 a 425 del Cuaderno Principal 3

¹² Folio 1 a 35 del Cuaderno Principal 4

El siete (7) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) tuvo lugar la audiencia de conciliación¹³ la cual se declaró fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio de las partes. A continuación, mediante auto No.9, se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, las cuales fueron consignadas en su totalidad por la parte convocante.

1.6 La demanda

1.6.1 Los hechos de la demanda¹⁴

Los hechos en las que la convocante apoya sus pretensiones, se resumen como sigue:

- El día dos (2) de mayo de dos mil doce (2012) la Unión Temporal Magisterio Región 4, Fiduciaria La Previsora S.A. y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio celebraron el contrato de prestación de servicios médico asistenciales No. 12076-005-2012.
- El nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012) la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A. expidió la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. GU047857 en coaseguro con ACE Seguros S.A.
- Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizó el control y seguimiento del contrato y, teniendo en cuenta los informes de supervisión, las auditorias y las evaluaciones, dio inicio a un proceso administrativo sancionatorio en contra del contratista.
- El trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013) la Unión Temporal Magisterio Región 4 suscribió un plan de mejoramiento con el FOMAG.
- El veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013) el CONSORCIO SIV, auditor externo, realizó en la sede COSMITET en la ciudad de Armenia, una

¹³ Folio 36 a 42 del Cuaderno Principal 4

¹⁴ La demanda obra a folios 5 a 37 del Cuaderno Principal 1

auditoria en la cual estableció varios hallazgos y solicitó la ejecución del plan de mejoramiento.

- El quince (15) de octubre dos mil trece (2013) Fiduprevisora S.A. determinó que el plan de mejoramiento tenía un avance del 84%.
- El cuatro (4) de diciembre de dos mil trece (2013) la Fiduprevisora S.A. citó al representante de la Unión Temporal Magisterio Región 4 a rendir descargos en audiencia pública por el presunto incumplimiento del contrato de prestación de servicios médico asistenciales No. 12076-005-2012.
- El catorce (14) de marzo de dos mil catorce (2014), la Unión Temporal Magisterio Región 4 fue notificada de la resolución No. 2459 de veinticinco (25) de febrero de ese año, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial de sus obligaciones, se le impuso una multa y se declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento. Frente a esa decisión, la convocante interpuso recurso de reposición que fue resuelto desfavorablemente mediante resolución No. 7843 de veintisiete (27) de mayo de dos mil catorce (2014).
- El dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014) la Fiduprevisora S.A. informó que la multa impuesta a la convocante, sería descontada de los pagos que le fueran realizados.
- El diecisiete (17) de febrero de dos mil quince (2015) tuvo lugar la audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

1.6.2 Las pretensiones de la demanda

La demanda fue subsanada y las pretensiones quedaron como sigue:

“4.1. Que se declare la Nulidad de la Resolución No.2459 del 25 de febrero de 2014, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del Contrato No.12076-005-2012, se impone una multa y se declara la ocurrencia del siniestro, proferida por el Ministerio de Educación Nacional.

4.2. Que como consecuencia de lo anterior, se declare la Nulidad de la Resolución No.7843 del 27 de mayo de 2014, por medio de la cual se confirma en todas sus partes la Resolución No.2459 del 25 de febrero de 2014.

*4.3. Que se ordene la Devolución de la suma de **MIL CIENTO TRES MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$1.103.292.965)** descontada de los pagos a favor de la Unión Temporal Magisterio Región 4, con ocasión de la ejecución del contrato de prestación de servicios medico (sic) asistenciales No. 12076-005-2012, en virtud de la Resolución No. 2459 de 2014, confirmada por la Resolución No. 7843 de 2014, suma que deberá ser indexada al momento de proferir la sentencia.”¹⁵*

1.7 Contestación de la demanda

1.7.1 La contestación de la demanda por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A como vocera del FOMAG

En escrito presentado el diecisiete (17) de julio de dos mil diecisiete (2017), **EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** contestó la demanda¹⁶.

En esta oportunidad aceptó algunos hechos, otros tan solo parcialmente y negó los restantes, particularmente aquellos atinentes a la fecha en que inició el contrato y se celebraron sus modificaciones, así como en lo relacionado con la fecha de notificación de las resoluciones demandadas.

En lo que se refiere a las pretensiones se opuso a todas ellas y propuso las siguientes excepciones:

- **“AUSENCIA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA CONOCER DEL**

¹⁵ Cuaderno principal número 3, folio 180.

¹⁶ Folios 308 a 337 del cuaderno principal número 3

OBJETO DEL LITIGIO”.

- *“EXISTENCIA DE PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONATORIO VINCULANTE PARA LAS PARTES”.*
- *“MALA FE DEL DEMANDANTE EN EL PROCESO DE CONVOCATORIA PÚBLICA”.*
- *“VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE UBERRIMA BUENA FE DEL CONTRATO DE SEGURO POR EL DEMANDANTE”.*
- *“RESPONSABILIDAD DEL DEMANDANTE PARA LA VINCULACIÓN DE ACE SEGUROS S.A.”*
- *“INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE ACE SEGUROS S.A. POR LA EXISTENCIA DE ASEGURADORA LÍDER EN EL COASEGURO”.*
- *“AUSENCIA DE VICIOS DE PROCEDIMIENTO QUE AFECTARAN EL DERECHO DE DEFENSA Y EL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCESOS SANCIONATORIOS”.*
- *“GENÉRICA”¹⁷.*

1.7.2 La contestación de la demanda por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional

En escrito presentado el veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017), **LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** contestó la demanda¹⁸.

En esta oportunidad manifestó no constarle algunos hechos y negó aquel atinente a la resolución que resolvió el recurso de reposición.

En lo que se refiere a las pretensiones se opuso a todas ellas y propuso las siguientes “*cuestiones previas*” encaminadas a controvertir la competencia del Tribunal respecto de la Nación-Ministerio de Educación:

¹⁷ Cuaderno principal número 3, folios 314 a 336

¹⁸ Cuaderno principal número 3, folios 348 a 418

- “*FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO RESPECTO DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL POR AUSENCIA DE PACTO ARBITRAL*”.
- “*SOBRE EL ALCANCE DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL*”.
- “*PRECEDENTE HORIZONTAL – DECISIÓN DE EXCLUSIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL EN TRÁMITES ARBITRALES SIMILARES*”.
- “*EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL NO DEBE CONCURRIR A LA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO*”¹⁹.

1.8 Primera Audiencia de Trámite

- El veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018) se dio inicio a la primera audiencia de trámite²⁰, oportunidad en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias sometidas a su consideración. Frente a esa decisión los apoderados de las convocadas formularon recurso de reposición.
- Mediante auto de cinco (5) de marzo de dos mil dieciocho (2018), el Tribunal repuso parcialmente el auto de competencia en el sentido de declararse no competente para resolver las controversias surgidas entre las convocantes y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en posición propia, entidad que fue desvinculada del proceso, y confirmó en lo demás la providencia recurrida, según se mencionó antes en el acápite sobre “*Partes*”.
- Respecto de la decisión del Tribunal de declararse competente respecto del Ministerio de Educación, el doctor **ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ** salvó el voto y en consecuencia renunció a su cargo²¹.

¹⁹ Cuaderno principal número 3, folios 356 a 382

²⁰ Cuaderno Principal 4, folio 57 a 94

²¹ Cuaderno Principal 4, folio 106 del

- Como consecuencia de la renuncia del doctor **GÓMEZ MÉNDEZ**, se designó por sorteo al doctor **GUILLERMO VARGAS AYALA**, quien una vez notificado por la Cámara, aceptó oportunamente el cargo.²²
- La primera audiencia de trámite culminó el doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018)²³ con el auto que decretó las pruebas solicitadas por las partes²⁴.

1.9 Las pruebas del proceso

- El diecinueve (19) de junio de dos mil dieciocho (2018) se recibió el testimonio de la señora Martha Isabel Granada²⁵.
- Mediante correo electrónico enviado el veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018), el apoderado del **FOMAG** desistió de las declaraciones de los señores Fabio Valencia, Berta Moreno y Martha Camelo²⁶.
- En audiencia llevada a cabo ese mismo día, se recibió la declaración del señor Francisco Andrés Sanabria Valdés y la convocante desistió de la declaración del señor Jorge Peralta Nieves²⁷.
- El seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018) se recibió la respuesta al oficio número 7 por parte de Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.²⁸.
- El veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), de acuerdo con lo convenido por las partes en relación con la exhibición de documentos, el apoderado del **FOMAG** presentó disco compacto con los documentos cuya exhibición fue decretada y quedó en traslado del apoderado de la parte demandante.²⁹

²² del Cuaderno Principal 4, folios 120 a 123

²³ Cuaderno Principal 4 del expediente, Acta 13 se corrige el Acta 12 y se indica que la primera audiencia de trámite se celebró el 12 de junio de 2018.

²⁴ Cuaderno Principal 4, folio 137 a 146

²⁵ Cuaderno Principal 4, folio 147 a 153

²⁶ Cuaderno Principal 4, folio 164

²⁷ Cuaderno Principal 4, folios 165 a 171

²⁸ Cuaderno de pruebas número 6, folios 7 a 549

²⁹ Cuaderno de pruebas número 6, folio 6

- El dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018), la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** dio respuesta al oficio número 3³⁰.
- Ese mismo día, se recibió el informe juramentado suscrito por la doctora Yaneth Giha Tovar, Ministra de Educación Nacional³¹.
- En audiencia llevada a cabo el primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se recibió el interrogatorio de parte del señor Miguel Ángel Duarte Quintero, representante de la Unión Temporal demandante³².
- Ese mismo día, el apoderado del **FOMAG** desistió de la declaración del señor William Mariño Ariza³³.
- El dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se recibió respuesta del representante legal del **FOMAG** al cuestionario formulado por la parte convocante³⁴.
- El catorce (14) de agosto de (2018) el apoderado del **FOMAG** desistió de los testimonios de los señores Fabio Alberto Valencia Bustamante e Isabel Cristina Baena³⁵.
- El diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), se recibió respuesta a los oficios número 1 y 2 reiterados mediante oficios 9 y 10³⁶.

Las transcripciones de las declaraciones rendidas dentro del proceso se encuentra incorporadas en el Cuaderno de Pruebas número 8 del expediente.

1.9 Los alegatos de conclusión presentados por las partes

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto. En ella

³⁰ cuaderno de pruebas número 7, folios 7 y 8

³¹ Cuaderno de Pruebas 7, folios 1 a 6

³² Folios 231 a 236 del Cuaderno Principal 4

³³ Folios 231 a 236 del Cuaderno Principal 4

³⁴ Folios 62 a 68 del Cuaderno de Pruebas 7

³⁵ F]Folio 237 del cuaderno principal número 4.

³⁶ Folio7 del Cuaderno de Pruebas número 7.

hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente.

1.10 Término para fallar

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalen el término para la duración del trámite arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite culminó el doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018) fecha a partir de la cual se inició el citado término para proferir la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral.

Por lo anterior, habrá de tenerse en cuenta que en el presente caso el proceso estuvo suspendido, por petición de las partes, así:

ACTA	DESDE	HASTA	DÍAS HÁBILES DE SUSPENSIÓN
12	13/06/2018	18/06/2018	4
14	19/07/2018	31/07/2018	8
16	9/08/2018	14/08/2018	4
19	5/10/2018	23/10/2018	12
20	25/10/2018	21/02/2019	81
	TOTAL		109

Por ello, y teniendo en cuenta que el proceso se suspendió durante 109 días, el laudo se profiere dentro del término legal.

2. Capítulo Segundo. Consideraciones del Tribunal

2.1 Presupuestos procesales

2.1.1 Demanda en forma

Encuentra el Tribunal que la demanda reúne los requisitos legales contenidos en el artículo 82 del Código General del Proceso, la cual se define con la expedición del presente laudo.

2.1.2 Capacidad

Las partes de este proceso tienen capacidad para serlo y para comparecer al trámite, en los términos de los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso y 159 y 160 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y lo hicieron a través de sus respectivos representantes legales, quienes otorgaron poderes para la respectiva vocería judicial, de acuerdo con los cuales fue reconocida la correspondiente personería.

2.1.3 Competencia y legitimación

La competencia del Tribunal ha sido un punto de controversia entre las partes desde el inicio del trámite.

En efecto, en relación con este punto se interpuso un recurso contra el auto admisorio de la demanda y luego en la primera audiencia de trámite, contra el auto por virtud del cual el Tribunal avocó competencia para conocer del proceso, sin perjuicio de lo que se llegara a decidir en el laudo.

En tales circunstancias, la competencia del Tribunal será abordada nuevamente en el presente laudo, luego de hacer referencia a los pronunciamientos que al respecto se han formulado a lo largo del trámite del proceso.

2.1.3.1 La postura de la Nación – Ministerio de Educación Nacional

2.1.3.1.1 El recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda

El apoderado de la Nación-Ministerio de Educación interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de fecha 12 de mayo de 2017.

Como fundamento del recurso se afirma que el Ministerio no suscribió el contrato en el que se encuentra contenida la cláusula compromisoria y en consecuencia se solicita que se rechace la demanda por inexistencia del pacto arbitral, con base en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, en cuanto dispone que *“El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral. (...)”*

Adicionalmente menciona como antecedente cuya aplicación solicita, el auto proferido por el Tribunal convocado por Médicos Asociados S.A. contra la Nación-Ministerio de Educación y La Previsora, en el cual se decidió que no tenía competencia respecto de la Nación-Ministerio de Educación, por no haber suscrito esta entidad el pacto arbitral.

Como petición subsidiaria a la revocatoria del auto pide que, con base en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, se cite al Ministerio de Educación para que manifieste si adhiere al pacto arbitral invocado por la demandante, del cual, reitera, no es parte.

El Tribunal negó el recurso en auto de fecha 12 de junio de 2017, por considerar que para efectos de pronunciarse sobre la admisión de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, debía verificar la existencia de un pacto arbitral,

requisito que en este caso estimó cumplido, pues se aportó con la demanda copia del Contrato 12076-005-2012, en el cual se pactó cláusula compromisoria.

Adicionalmente consideró que no era esa la oportunidad procesal para pronunciarse sobre el alcance de dicho pacto arbitral, en relación con los sujetos que pudieran verse vinculados por tal estipulación.

2.1.3.1.2 Contestación de la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Educación

Posteriormente, en la contestación a la demanda, el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional planteó como *“cuestión previa”* la ***“FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO RESPECTO DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL POR AUSENCIA DE PACTO ARBITRAL.”***

Como fundamento de su oposición, sostuvo que el Tribunal carece de competencia para dirimir las pretensiones formuladas en contra de esa entidad, toda vez que ella no fue parte del contrato de prestación de servicios que da origen a este proceso y que contiene la cláusula compromisoria, ni ha celebrado compromiso alguno que habilite a los árbitros para resolver tales controversias.

En este mismo sentido se refirió a una sentencia de la Corte Constitucional para puntualizar *“que el arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o de habilitación, lo cual significa que para su procedencia se requiere necesariamente que las partes hayan manifestado de forma previa y libre su intención de someter una controversia a unos particulares denominados árbitros para que la solucionen.”*

Adicionalmente aludió al principio de relatividad de los contratos y expresó que, de conformidad con el mismo, *“las cláusulas y obligaciones en un contrato solo pueden*

vincular a las partes que en él intervinieron.” Y se refirió a una providencia del Consejo de Estado de la cual extractó el siguiente aparte:

“fue CORPONARIÑO quien lo contrató, y le indicó las condiciones técnicas y económicas para ejecutar los trabajos, de manera que cualquier incumplimiento de las mismas es de su responsabilidad. Mal podría la entidad estatal demandada excusar su responsabilidad en un tercero -el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, cuando suscribió el contrato objeto de este proceso. Otra cosa es que el Ministerio, materialmente, hubiese intervenido en la ejecución de la obra, lo cual no lo hace parte del contrato, y menos se le pueden extender sus efectos, por aplicación del principio de la relatividad del contrato, según el cual los negocios jurídicos sólo producen efectos frente a quienes los suscriben, y no es posible, a través suyo, comprometer a terceros, a menos que éstos consientan con posterioridad, cuyo caso no se presenta aquí”³⁷.

Desde otro punto de vista mencionó el alcance del contrato de fiducia mercantil, para concluir que la defensa y representación de los patrimonios autónomos en procesos judiciales corresponde al fiduciario, y según su dicho, no corresponde al fiduciante concurrir a tales procesos para responder o defender a los patrimonios autónomos constituidos.

Adicionalmente, el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación citó como precedente obligatorio, las decisiones adoptadas por dos Tribunales de Arbitraje, el instaurado por la Unión Temporal Magisterio Sur y otros contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora S.A. y el convocado por Médicos Asociados S.A. y otros contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora S.A.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D. C, octubre primero (1) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 52001-23-31-000-1994-06078-01(17070). Actor: RICARDO HERNANDEZ SUAREZ Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL PARA EL DESARROLLO DE NARIÑO-CORPONARIÑO.

A este respecto sostuvo que dichos Tribunales consideraron que su competencia no se extendía a su representada, por no haber suscrito los contratos con base en los cuales se iniciaron los procesos.

Por otra parte, el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación manifestó que hay falta de legitimación por pasiva respecto de esa entidad y que, en cualquier caso, de llegar a considerarse que el laudo podría generarle efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, expresamente afirmó que no se adhiere al pacto arbitral.

Expresó además que *“la participación del Ministro de Educación en órganos de dirección de otros entes, como ocurre en el caso que nos ocupa, no implica un cambio en la naturaleza jurídica de éstos, ni constituye una injerencia en sus asuntos, como tampoco una pérdida de su autonomía y poder de autogestión, mucho menos la asunción de responsabilidades por parte del Ministerio en los asuntos de ese ente.”*

Adujo también que, respecto de su poderdante, hay falta de legitimación por pasiva, presupuesto para la sentencia favorable que *“nace de la relación sustancial entre dos sujetos, lo que le permite a uno de ellos, por activa, reclamar un derecho de otro, por pasiva.”*

Sobre el particular reitera que por no haber suscrito el Ministerio de Educación el contrato con la demandante, ésta no puede exigir de su representada la satisfacción de derecho alguno derivado de esa relación sustancial contractual.

Agrega además que *“la convocante tampoco puede exigir del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL la revocación de los actos que cuestiona, como quiera que si bien fueron expedidos por la Ministra de Educación, los mismos no se dictaron por esa funcionaria como representante de ese organismo sino como presidenta del Consejo*

*Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón adicional por la que tampoco existe legitimación en la causa por pasiva respecto del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** en este proceso arbitral.”*

2.1.3.1.3 Recurso contra el auto por el que se avoca competencia en la primera audiencia de Trámite

El apoderado del Ministerio de Educación Nacional interpuso recurso de reposición contra el auto por virtud del cual el Tribunal avocó competencia en la primera audiencia de trámite, con fundamento en los mismos argumentos que expuso como sustento de la excepción formulada en la contestación de la demanda.

En resumen, tal como aparece en el acta correspondiente a dicha audiencia, reiteró que:

- El Tribunal reconoce que el Ministerio de Educación no suscribió el contrato de prestación de servicios médicos, por lo cual no puede considerarse que es parte del convenio de arbitraje en él contenido.
- A quien le corresponde comparecer al proceso es a la Fiduciaria como Vocera del Patrimonio Autónomo.
- Las actuaciones del Ministro de Educación Nacional en el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son en calidad de funcionario, pero no en nombre del Ministerio que él representa. La Ministra actuó en calidad de Presidente del mencionado Consejo, pero no en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

2.1.3.1.4 Postura de la Nación – Ministerio de Educación Nacional en el alegato de conclusión

En su alegato de conclusión el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional reiteró su oposición a la competencia, con fundamento en los mismos argumentos que expuso al sustentar la correspondiente excepción en la contestación a la demanda.

Se refirió nuevamente a la falta de legitimación por pasiva respecto de la entidad que representa pues reiteró que la demandante no puede exigir de ésta *“la revocación de los actos que cuestiona, como quiera que si bien fueron expedidos por la Ministra de Educación, los mismos no se dictaron por esa funcionaria como representante de ese organismo sino como presidenta del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón adicional por la que tampoco existe legitimación en la causa por pasiva respecto del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en este proceso arbitral.”*

2.1.3.2 Postura del FOMAG

2.1.3.2.1 En la contestación de la demanda

Por su parte el apoderado de La Previsora, obrando como vocera del FOMAG, en la contestación de la demanda, propuso entre otras excepciones la de *“Ausencia de competencia del tribunal arbitral para conocer del objeto del litigio.”*

Como fundamento de dicha excepción afirmó que *“las resoluciones demandadas comportan el ejercicio de facultades exorbitantes del Estado y en dicha medida excluyen la competencia de los árbitros por la naturaleza de la materia.”*

2.1.3.2.2 En la primera audiencia de trámite

El apoderado del FOMAG interpuso recurso de reposición contra el auto por virtud del cual el Tribunal avocó competencia en la primera audiencia de trámite, por considerar que en las multas fueron impuestas a la convocante en ejercicio de una facultad exorbitante por lo cual al tribunal de arbitraje le está vedado pronunciarse sobre su legalidad.

2.1.3.2.3 En el alegato de conclusión

El apoderado del FOMAG en su alegato de conclusión solamente se refiere a la competencia del Tribunal respecto del Ministerio de Educación, de manera tangencial en el acápite que trata sobre la competencia de esa entidad para imponer sanciones.

Así, el apoderado del FOMAG se refiere a un Tribunal de Arbitraje convocado por SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A., COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD - INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012, en contra de LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en el que se avocó competencia respecto del Ministerio de Educación Nacional.

2.1.3.3 Postura de La Previsora

2.1.3.3.1. En la contestación a la demanda

En la contestación a la demanda presentada por la apoderada de La Previsora, también formuló como excepción de mérito la *“Ausencia de competencia de los árbitros para conocer del presente asunto”* con fundamento en el mismo argumento planteado por el

apoderado del FOMAG, esto es que por ser la imposición de multas una facultad exorbitante de la administración, la legalidad de la resolución que se expida para tal efecto escapa a la competencia de los tribunales de arbitraje.

Adicionalmente planteó la falta de legitimación por pasiva de la Fiduciaria en cuanto ninguna de las pretensiones de la demanda tiene relación con su conducta contractual y se ha reconocido que su participación ha sido como vocera del FOMAG.

2.1.3.3.2. En la primera audiencia de trámite

El apoderado de La Previsora interpuso recurso de reposición contra el auto por virtud del cual el tribunal avocó competencia por considerar que la defensa del FOMAG debía ser asumida exclusivamente por La Previsora como vocera del Patrimonio Autónomo del FOMAG y que la Fiduciaria no debía estar vinculada al proceso en posición propia.

2.1.3.4 Postura del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público coadyuvó el recurso formulado por el apoderado del Ministerio de Educación, con fundamento en la consideración de que tal entidad no suscribió el contrato en el que se pactó la cláusula compromisoria.

Adicionalmente expresó que el recurso formulado por el apoderado del FOMAG no debía prosperar pues la competencia de los tribunales de arbitraje para conocer sobre la legalidad de actos administrativos que imponen multas está respaldada por una sólida línea jurisprudencial del Consejo de Estado.

Finalmente manifestó que debía excluirse la competencia respecto de La Previsora actuando en su propio nombre, puesto que suscribió el contrato con la convocante como vocera del FOMAG.

2.1.3.5 Consideraciones del Tribunal sobre su competencia

2.1.3.5.1. Reiteración y ampliación de las consideraciones expuestas la primera audiencia de trámite

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal, para pronunciarse sobre su competencia, tuvo en cuenta las objeciones que a este respecto plantearon las partes en las respectivas contestaciones a la demanda y luego de un análisis sobre la materia, con los elementos de juicio hasta entonces disponibles, se declaró competente para conocer de las pretensiones formuladas respecto de todos los demandados, incluyendo a la Nación-Ministerio de Educación Nacional. La Previsora actuando en posición propia fue desvinculada del trámite al decidir el recurso de reposición interpuesto por esta entidad.³⁸

Para decidir sobre su competencia el Tribunal hizo alusión en primer término a la actuación de las partes ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y ante el Consejo de Estado y se refirió a las decisiones adoptadas por tales corporaciones, a las que nuevamente se mencionarán más adelante.

Luego hizo referencia al desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con las facultades de los árbitros para decidir sobre la legalidad de actos administrativos, para concluir que actualmente se reconoce, de manera unánime, la competencia de los tribunales de arbitraje para tal efecto, siempre que los actos administrativos acusados no involucren el ejercicio de facultades exorbitantes, dentro de las cuales no se encuentra incluida la imposición de multas.

³⁸ Al decidir el recurso de reposición formulado por el apoderado de La Previsora actuando en posición propia, el Tribunal accedió a lo solicitado y se declaró no competente respecto de esa entidad por considerar que (i) no es parte del contrato que da origen a este proceso, (ii) no le son extensivos los efectos de la cláusula compromisoria y (iii) su actuación en el contrato se da exclusivamente por su calidad de representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual ordenó su desvinculación del Trámite.

A este respecto conviene agregar en esta oportunidad, que el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la providencia en la que decidió la excepción previa de falta de jurisdicción formulada por el Ministerio de Educación, expresamente reconoció que la imposición de multa contenida en Resolución atacada no involucra el ejercicio de una facultad exorbitante, en los siguientes términos:

“No desconoce el Tribunal que el Consejo de Estado ha indicado que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos, que incorporan el ejercicio de poderes exorbitantes como lo es la liquidación unilateral del contrato que es una decisión que solo puede juzgar la jurisdicción contencioso administrativo (sic). En el presente caso se trata de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2459 del 25 de febrero de 2014, que declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones de la Unión Temporal Magisterio Región 4 contenidas en el contrato de prestación de servicios médico asistenciales No. 12076-005-2012, se impone una multa y se declaró la ocurrencia de un siniestro, sin que se trate de las cláusulas exorbitantes que están regulados (sic) en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.”³⁹ (Se ha subrayado)

En cuanto a la oposición formulada por el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación en el sentido de que el pacto arbitral no le resulta vinculante a esa entidad por no haber suscrito el contrato que lo contiene, este Tribunal concluyó en la primera audiencia de trámite que tal entidad se encuentra vinculada por la cláusula compromisoria por varias razones las cuales estima pertinente reiterar y profundizar en este laudo.

Así, en primer lugar es pertinente tener en cuenta que dentro de las estipulaciones del contrato que contiene la cláusula compromisoria, se establecieron derechos y obligaciones a cargo del Ministerio de Educación, los cuales fueron ejercidos por esa entidad al proferir las resoluciones atacadas dentro de este proceso, de lo cual se colige su manifestación inequívoca de voluntad en el sentido de considerarse vinculada por el contrato.

³⁹ Cuaderno principal No. 3, folio 10.

En efecto, en la cláusula 4, denominada “*OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA*”, se dispone que “(...) *El incumplimiento de estas obligaciones acarreará las sanciones previstas en el Manual de Aplicación de Multas, el cual se anexa como, Apéndice 1 B y hace parte integral del presente contrato*”.

Así mismo, en la cláusula 5 del contrato se acordó como obligación a cargo del contratante “5. *Dar curso a las reclamaciones que sean del caso por incumplimiento del contrato, e imponer al CONTRATISTA las multas a que haya lugar, de conformidad con las estipulaciones contenidas en el capítulo VIII del presente contrato*”.

Para ese efecto, el reglamento para la imposición de sanciones en los contratos del FOMAG contenido en el apéndice 1B del pliego de condiciones, aportado como prueba con la contestación de la demanda por esa entidad, en cuanto a la imposición de las sanciones establece lo siguiente:

“FIDUPREVISORA S.A. no tiene competencia para expedir actos administrativos, toda vez que es una entidad administradora fiduciaria y no, entidad con carácter de autoridad pública, conforme a la sentencia SU-014 de 2002 de la Honorable Corte Constitucional y a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.” (Se subraya)⁴⁰

En el numeral 6 del capítulo 2 sobre “*Procedimiento para imposición de sanciones*”⁴¹ del mismo Apéndice, se dispone:

“Una vez presentados los descargos por el contratista y/o la compañía de seguros o banco garante, el contratante y el representante del Ministerio de Educación Nacional en su calidad de fideicomitente podrá en la misma diligencia decidir sobre la imposición de sanción o, solicitar la suspensión de la misma por el término máximo de quince (15) días hábiles para motivar su decisión.” (Se ha subrayado)

⁴⁰ Cuaderno principal 2, folio 855.

⁴¹ Cuaderno principal 2, folio 857.

De lo anterior se evidencia que la facultad sancionatoria es ejercida a través de actos administrativos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional, nótese que en el contrato expresamente se reconoce que la fiduciaria “*es una entidad administradora fiduciaria y no entidad con carácter de autoridad pública*” y se establece que la facultad sancionatoria del Ministerio se deriva de su calidad de fideicomitente, sin que se mencione el hecho de ejercer la Presidencia del Consejo Directivo del FOMAG como fuente de la competencia para imponer multas, por lo cual, la tesis del apoderado del Ministerio de Educación, en el sentido de que las resoluciones atacadas no pueden entenderse como proferidas por esa entidad, pues la Ministra actuaba no como tal sino como representante del Consejo Directivo del Fomag, no resulta atendible. En cualquier caso, la Ministra que expidió las resoluciones que se atacan, ocupaba el cargo de Presidente del Consejo Directivo del FOMAG, precisamente por ostentar el cargo de Ministra de Educación.

Confirma lo anterior, el texto del numeral 8 del mismo capítulo del Apéndice 1B, en el que entre otras cosas, se establece:

“De la actuación adelantada en la audiencia se elaborará un acta donde quedará consignado un relato sucinto de los hechos constitutivos del incumplimiento, la documentación aportada, descargos presentados por el contratista y/o la aseguradora, pruebas aportadas, decretadas y practicadas, concepto del contratante frente a los descargos presentados y la decisión final tomada por el competente o su delegado, aclarando la causal del incumplimiento y la sanción a imponer. El acta servirá de base para la elaboración del acto administrativo sancionatorio, el cual será expedido por el Ministerio de Educación Nacional, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la audiencia”. (Se ha subrayado)

En este orden de ideas se confirma que se atribuyen al Ministerio de Educación unas funciones claras y muy importantes en relación con la ejecución del contrato, relacionadas nada menos que con la imposición de sanciones al contratista.

Tales funciones fueron ejercidas también de manera clara al expedir las resoluciones objeto

de las pretensiones planteadas en el presente proceso.

Y es que, tal como quedó dicho en la primera audiencia de trámite, el pacto arbitral corresponde a la manifestación de voluntad coincidente de las partes, de abstenerse de acudir a la jurisdicción ordinaria para que decida las controversias que llegaran a derivarse del contrato entre ellas celebrado y da origen a la obligación de convocar un tribunal de arbitraje para tal efecto.

En este orden de ideas, para determinar si una persona está vinculada por un pacto arbitral es preciso establecer si manifestó su voluntad en el sentido indicado.

Ahora bien, la voluntad puede manifestarse de manera expresa, por la vía de la suscripción del documento que contenga el pacto arbitral, o de manera tácita cuando inequívocamente se puede deducir su consentimiento.

A este respecto la doctrina ha expresado:

“Como se ha dicho, el carácter voluntario del arbitraje impide que alguien sea obligado a someterse a la jurisdicción de los árbitros si no ha prestado su consentimiento para ello. La línea de pensamiento que ha ido desarrollándose en el derecho comparado no reniega de ese principio. Más bien lo ratifica. En lo que esta interpretación puede considerarse «innovadora» es en hacer flexible la parte formal del principio: a la vista de ciertas circunstancias de hecho particulares priorizando el fondo, la realidad, por sobre la forma o la mera apariencia, considera que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje. Estas doctrinas, en definitiva, permiten concluir que ha existido conformidad respecto del arbitraje, que se ha consentido en él, dadas ciertas conductas o situaciones de hecho, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación”⁴²

La tendencia referida ha tenido eco en la Ley 1563, en los párrafos de los artículos 3 y

⁴² CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos del pacto arbitral a quien no ha sido signatario”: En la Revista “Lima Arbitration”, No 1, 2006, p. 160 y 161.

37.

De acuerdo con la primera de las normas citadas, se permite tener válidamente probada la existencia del pacto arbitral, si una de las partes la afirma y la otra no la niega, sin que se exija de ninguna manera un documento firmado.

Desde otro punto de vista, en el párrafo del artículo 37, se extienden los efectos de la cláusula compromisoria al garante del contrato, sin que se exija que lo haya suscrito.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, si bien el Ministerio de Educación no suscribió el contrato que contiene la cláusula compromisoria, su participación en el mismo, que se evidencia en tanto en las menciones que de tal entidad se hacen en su clausulado como en la ejecución de sus estipulaciones al proferir las resoluciones sancionatorias en los términos pactados, permiten evidenciar que consintió en el pacto arbitral allí contenido.

Lo anterior queda confirmado con la postura asumida por el Ministerio de Educación Nacional en la contestación de la demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia⁴³ cuando formuló como excepción previa la que denominó “Falta de jurisdicción – cláusula compromisoria.”

Como fundamento de dicha excepción citó varias sentencias del Consejo de Estado en las que se afirma que la existencia del pacto arbitral excluye la competencia de la jurisdicción contenciosa y concluye que: “Por lo expuesto se solicita la declaratoria de la presente excepción previa y en consecuencia la nulidad de todo lo actuado y el rechazo de esta demanda por falta de jurisdicción por encontrarse pactada la cláusula compromisoria en el contrato para la PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO –ASISTENCIALES No 12076-005-2012 ENTRE EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.S. y la UNIÓN TEMPORAL MAGISTERIO

⁴³ Cuaderno principal 2, folio 220. CD contestación demanda.

REGIÓN 4.”

Finalmente agregó: *“Así las cosas, es de señalar que la existencia de esta cláusula compromisoria contenida en el contrato suscrito por la FIDUPREVISORA S.A., administradora del patrimonio autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG y la demandante llevan necesariamente a concluir, por parte del Honorable Despacho, en consideración a la reiterada jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción conenciosa, la declaratoria de esta excepción propuesta dado que es clara y evidente no solo la renuncia de las partes de la relación contractual a someter sus diferencias contractuales a la jurisdicción administrativa como expresión de la autonomía de la voluntad de la demandante y la FIDUPREVISORA S.A. sino que existe el impedimento para esta jurisdicción por aconocer el asunto por falta de jurisdicción.”* (Se ha subrayado)

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en providencia del 4 de marzo de 2016⁴⁴, declaró probada la excepción formulada por el Ministerio de Educación por lo cual igualmente declaró terminado el proceso.

Frente a dicha decisión, la parte demandante, al igual que la apoderada de Ace Seguros, interpusieron recurso de apelación ante el Consejo de Estado, por considerar que *“los Actos administrativos demandados fueron expedidos por el Ministerio de Educación, Entidad esta con la que no se suscribió el contrato No. 12076-005-2012 y en donde se estipuló la cláusula compromisoria.”*⁴⁵

Dicho recurso fue decidido por el Consejo de Estado mediante providencia del 21 de julio de 2016, por virtud de la cual confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia por considerar que debía aplicarse el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de

⁴⁴ Cuaderno principal No. 3, folio 11.

⁴⁵ Cuaderno principal No. 3, folio 23.

2012 y en consecuencia concluyó que no se había renunciado a la cláusula compromisoria.⁴⁶

Visto lo anterior, para este Tribunal no resulta coherente la conducta procesal del Ministerio de Educación en cuanto propone la excepción de falta de competencia ante la jurisdicción contencioso administrativa por la existencia de la cláusula compromisoria y ante el foro arbitral propone la misma excepción aduciendo ahora que tal cláusula no le resulta vinculante.

Lo anterior, pues de acogerse la postura defendida en este trámite, no existiría juez competente para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional en relación con el contrato que ha dado lugar a esta controversia.

2.1.3.5.2. Consideraciones adicionales sobre la aplicación del precedente en este trámite arbitral

El apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional ha solicitado que se tengan en cuenta en este caso, como precedente, las decisiones adoptadas por dos tribunales de arbitraje, los cuales en la primera audiencia de trámite optaron por desvincular a su representada, por considerar que no tienen competencia respecto de ella, en cuanto no suscribió el contrato que contiene el pacto arbitral.

Se trata de los tribunales de arbitraje convocados, el primero, por las sociedades integrantes de la Unión Temporal Magisterio Sur contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A. y el segundo, por Médicos Integrales de Salud S.A.S., Empresa Cooperativa de Servicios de Salud “*Emcosalud*” y Colombiana de Salud S.A. contra la Nación Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria la Previsora.

⁴⁶ Cuaderno principal No. 3, folio 30 vuelto.

A este respecto el Tribunal encuentra del caso destacar, en primer lugar, que el Consejo de Estado ha afirmado que “(...) *el antecedente horizontal –entre dos Tribunales de Arbitramento o entre jueces de un mismo nivel o jerarquía- puede constituir un criterio de interpretación jurisprudencial, pero no necesariamente configura la existencia del precedente obligatorio.*”⁴⁷

Igualmente es pertinente señalar que, según lo ha recogido el Consejo de Estado⁴⁸ la Corte Constitucional determinó que los requisitos para la aplicación del precedente judicial son: “i) *que los hechos relevantes del nuevo caso sean semejantes a los del precedente, ii) que la regla, principio o criterio hermenéutico contenido en la sentencia precedente pueda equipararse a la que exige el nuevo caso, y iii) que la regla, principio o criterio interpretativo se mantenga, no haya cambiado o evolucionado, es decir, que no se haya recogido.*”

El Tribunal considera que, si en gracia de discusión se admitiera la obligatoriedad del precedente horizontal en arbitraje, lo cierto es que en el caso que nos ocupa no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia ha reconocido como indispensables para la aplicación de una decisión anterior.

En efecto, no se encuentra evidencia en los hechos que dieron lugar a las decisiones que cita el apoderado del Ministerio de Educación Nacional como precedente, que esta entidad haya formulado la excepción de falta de competencia por existencia de pacto arbitral ante la

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia del 1º de agosto de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00961-01(35953). Actor: FRANCISCO BUITRAGO MONROY. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCON, sentencia del 22 de noviembre de 2016. Actor: JESUS ANTONIO ECHEVERRY JARAMILLO Y OTRO. Demandado: NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Radicación número: 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317).

jurisdicción de lo contencioso administrativo, a fin de que la controversia fuera dirimida por un tribunal de arbitraje.

Tampoco en las otras actuaciones hay una decisión precedente del Tribunal Administrativo, confirmada por el Consejo de Estado, en el sentido de que la competencia para conocer del asunto corresponde a un tribunal de arbitraje.

Lo anterior constituye diferencia suficiente entre el caso que nos ocupa y aquéllos que dieron lugar a las decisiones que se pretenden tener como precedente.

De otra parte, en ninguno de los casos que se citan como precedente, las pretensiones sometidas a consideración de los respectivos tribunales de arbitraje versaron sobre la nulidad de actos administrativos expedidos por el Ministro de Educación, como en el caso que nos ocupa, circunstancia que para el Tribunal hace necesaria la presencia de la entidad dentro del proceso en el que se debate precisamente la legalidad de su actuación.

Por las razones anteriores, el Tribunal no encuentra procedente acoger la solicitud formulada por el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, en el sentido de adoptar en este caso la decisión de desvincular a dicha entidad por falta de competencia.

Con fundamento en lo antes expuesto, el Tribunal confirma la decisión adoptada en la primera audiencia de trámite en el sentido de declararse competente para conocer de la controversia sometida a su consideración y tener como integrante de la parte demandada a la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

De acuerdo con lo antes expuesto, se tienen por no demostrados los argumentos que como “*cuestiones previas*” que para oponerse a la competencia del Tribunal, planteó el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, bajo los títulos de “*Falta de competencia del tribunal de arbitramento respecto de la Nación – Ministerio de Educación Nacional*”

por ausencia de pacto arbitral”; “Sobre el alcance del contrato de fiducia mercantil”; “Precedente Horizontal – decisión de exclusión del Ministerio de Educación Nacional en trámites arbitrales similares”; “El Ministerio de Educación Nacional no debe concurrir a la integración del contradictorio.”

Igualmente se tiene por no demostrada la excepción de falta de competencia formulada por el apoderado de la Fiduciaria actuando como vocera del patrimonio autónomo FOMAG.

2.2 Las pretensiones de la demanda

2.2.1 Pretensiones primera y segunda de la demanda

El texto de la primera pretensión de la demanda es el siguiente:

“Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 2459 del 25 de febrero de 2014, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 12076-005-2012, se impone una multa y se declara la ocurrencia del siniestro, proferida por el Ministerio de Educación Nacional.”

El texto de la segunda pretensión de la demanda es el siguiente:

“Que como consecuencia de lo anterior, se declare la Nulidad de la Resolución No. 7843 del 27 de mayo de 2013, por medio de la cual se confirma en todas sus partes la Resolución No. 2459 del 25 de febrero de 2014.”

2.2.1.1 Postura del demandante en relación con la nulidad alegada

Como fundamento de su pretensión, en primer término el demandante afirma en la demanda, en el acápite denominado *“conceptos de violación”* que las resoluciones impugnadas fueron emitidas por la Ministra de Educación, fundándose supuestamente en el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo los actos

administrativos y las diligencias que las antecedieron se apartaron de tal procedimiento “por lo que se vulneró gravemente el Derecho al debido Proceso, Derecho de Defensa y Contradicción, Derecho de audiencia” de su poderdante.

Agrega que “el encabezado del acto administrativo emanado por la Ministra de Educación fundó el procedimiento previo a la expedición del mismo al procedimiento administrativo sancionatorio en materia de contratación estatal (artículo 86 Ley 1474/2011), sin embargo, la aplicación fue absolutamente irregular y defectuosa como quiera que:

- La citación no fue determinada por los hechos detallados que exige la norma, ni las consecuencias, ni las supuestas normas violadas, por lo que no se permitió el cumplimiento de una Defensa técnica seria.
- Quien suscribió la citación no fue el “Jefe de la entidad”, ni el delegado por el “jefe de la Entidad”, sino más bien, un funcionario particular de la Fiduciaria La Previsora, careciendo de legitimidad y competencia para ello.
- No se acompañó la citación con un informe técnico detallado que impone la norma.
- La audiencia no fue precedida, ni atendida por quien emitió las resoluciones; antes por el contrario, quien escuchó los descargos fue un empleado de la Fiduciaria La Previsora, atentando contra el principio de inmediación y juez natural.
- No se permitió ni valoró la presentación de las pruebas por parte de mi representada, ni se tuvieron en cuenta al momento de definir el acto administrativo.
- A pesar de que el procedimiento antes mentado (artículo 86) es eminentemente oral y por tanto, la forma de expedición y notificación debió realizarse en audiencia, cosa que no ocurrió, ya que los actos administrativos No. 7843 del 2014 y la Resolución No. 2459 del 2014, fueron emitidos y notificados por fuera de toda audiencia y con procedimientos de notificación diferentes a los de la norma (art 86 Ley 1474/2011)
- No se vinculó en ninguna de las instancias a todos los garantes del Contrato.”

Luego la demanda se ocupa de cada uno de los conceptos de violación señalados, indicando los términos en los que a juicio del actor quedaron configurados.

2.2.1.2 Posiciones de las partes sobre el procedimiento sancionatorio aplicable en el caso concreto

El primero de los argumentos en los cuales basa la demandante su pretensión de nulidad, se refiere al incumplimiento del procedimiento sancionatorio contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual a su juicio debió seguirse para expedir las resoluciones atacadas.

Este respecto, el Ministerio de Educación, en la contestación de la demanda sostiene que *“El procedimiento para la imposición de multas como la que aquí se discute está contenido en el Contrato de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-005-2012 y en el Reglamento para la Imposición de Sanciones en los Contratos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante el Reglamento”* y enfatiza que *“Tanto el Contrato como el Reglamento y su contenido fue aceptado en su integridad por la convocante”* y concluye que *“Por tanto, no se entiende por qué motivo la UNIÓN TEMPORAL discute el procedimiento adelantado conforme con los documentos citados, aceptados previamente sin objeciones, los cuales garantizan los postulados del debido proceso y de defensa y contradicción.”*

El FOMAG, en la contestación de la demanda coincide con el planteamiento formulado por el Ministerio de Educación al proponer la excepción que denominó “existencia de procedimiento especial sancionatorio vinculante para las partes” en virtud de la cual afirmó que *“(…) el procedimiento que hoy rechaza el demandante fue objeto de su conocimiento y aquiescencia al aceptar y presentar oferta en el proceso de invitación pública que originó su contratación.”*

Agrega que *“Tampoco es de recibo el alegato según el cual el procedimiento legal prima sobre el de los términos (sic) de la invitación, en la medida en que la ley 1474 es aplicable para las entidades a quienes les aplique el estatuto de contratación estatal, situación que no aplica para el presente caso en la medida en que se deriva de un contrato de fiducia de naturaleza y régimen jurídico privado”* y expresa además que Fiduprevisora no es sujeto de la jurisdicción contencioso administrativa y *“por tanto los patrimonios autónomos que se constituyen con ocasión del desarrollo de su objeto social no le son aplicables de manera directa, mas si pueden servir como modelo, las normas de la ley 1474.”*

De acuerdo con lo anterior, sostiene que *“las eventuales discordancias de procedimiento entre la ley 1474 y el reglamento de imposición de multas aplicable al presente contrato no genera vicio ni nulidad alguna respecto del procedimiento, máximo cuando en el procedimiento se establecieron espacios de debate y defensa propios del debido proceso.”*

Por su parte, el representante del Ministerio Público en sus alegaciones finales manifestó que el contrato que ha dado lugar a este proceso arbitral es de carácter estatal y por lo tanto deben aplicársele las disposiciones de la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 y concluyó que no se presentó violación en la aplicación del artículo 86 de esta última, en relación con los cargos formulados en la demanda.

2.2.1.3 Consideraciones del Tribunal

2.2.1.3.1 La naturaleza del contrato celebrado

En vista de que el apoderado del FOMAG ha expresado que el contrato que ha dado lugar al proceso arbitral que nos ocupa, no se encuentra regido por las disposiciones aplicables a las entidades estatales, particularmente por la Ley 1474 de 2011, es pertinente en primer término establecer el marco regulatorio de dicho contrato.

Para el Tribunal, el contrato de prestación de servicios celebrado con la Unión Temporal demandante es un contrato estatal al cual se le aplican las normas de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo que pasa a exponerse.

En primer término, por la naturaleza Fiduprevisora S.A., como contratante, pues es una Sociedad de Economía Mixta de carácter indirecto, del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo que implica que en los términos de la Ley 80 de 1993, es una *entidad estatal*⁴⁹ y por consiguiente se le aplican sus disposiciones.

En efecto, el artículo artículo 2, numeral 1, literal a), de dicha norma establece:

“Se denominan entidades estatales:

- a) *La Nación, (...) las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), (...)” (Subrayas del Tribunal).*

Y el artículo 1º de la misma Ley 80 consagra:

“DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”

De otra parte, el artículo 93 de la Ley 498 de 1998 dispone:

“93. REGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.

Adicionalmente, en relación con el régimen de los contratos estatales, la ley 80 de 1993, establece:

⁴⁹ Literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

“Los contratos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”⁵⁰.

De otra parte, es pertinente tener en cuenta que el FOMAG se creó por virtud de la Ley 91 de 1989, como una *“cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.”* (Se ha subrayado).

En la misma norma se estableció que *“Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley”* y agregó: *“La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”*

De acuerdo con lo anterior, Fiduprevisora S.A., como vocera del patrimonio autónomo FOMAG, con base en las disposiciones legales, en el contrato de fiducia mercantil, y en lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG, adelantó una licitación con el objeto de contratar, por regiones, la prestación de los servicios de salud para los afiliados y beneficiarios del FOMAG, en los departamentos de Antioquia, Caldas, Chocó, Risaralda y salió seleccionada la UT Magisterio Región 4, con quien fue suscrito el contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No.12076-005-2012, del cual se origina la controversia que nos ocupa.

En las consideraciones de dicho Contrato 12076-005-2012 aparece:

“Que para el proceso de selección de los contratistas se acordó:

- a. *De conformidad con las características de la contratación, seguir el procedimiento de licitación pública establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.”*

⁵⁰ Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Y en la cláusula vigésima segunda, se estipuló:

“LEY APLICABLE. Este contrato se sujeta a las leyes de la República de Colombia. Sin perjuicio de las disposiciones presupuestales aplicables, está sometido a lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989, 10 de 1990, 80 de 1993, 1150 de 2007 y en sus decretos reglamentarios así como las demás normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan. En lo que no esté particularmente regulado en ellas, por las normas legales, administrativas, comerciales, civiles y demás disposiciones colombianas vigentes que le sean aplicables.”

De otra parte, se tiene que la Ley 1474 de 2011 empezó a regir a partir de su promulgación, esto es, el 12 de julio de 2011, de manera que se encontraba vigente para el 30 de abril de 2012, fecha de celebración del Contrato 12076-005-2012.

Adicionalmente se tiene que la Sala de Consulta del Consejo de Estado,⁵¹ en concepto de fecha 15 de diciembre de 2014, expresó que el Fomag está sometido *“a las reglas del derecho público y a los principios que rigen la función administrativa en su constitución, manejo de recursos, funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones asignadas por ley.”*

Y agregó: *“Como puede verse, las funciones que se atribuyen al FOMAG por la Ley 91 de 1989 corresponden al cumplimiento de obligaciones que la misma ley le asigna, las cuales se encuentran directamente relacionadas con la prestación de un servicio público como es el de la educación (pago de prestaciones sociales a los educadores) o la efectividad de un derecho fundamental (garantizar la prestación del servicio médico asistencial a los afiliados), entre otras, funciones que son típicamente administrativas. La sujeción al derecho público y las funciones administrativas asignadas al FOMAG se ven reforzadas por la integración con servidores públicos del Consejo Directivo del Fondo, así como las funciones que a este corresponden. En efecto, el esquema de dirección y administración*

⁵¹ Concepto No. 11001-03-06-000-2014-00182-00

establecido por la Ley 91 se asigna a un Consejo Directivo que está integrado por: el Ministro de Educación o el Viceministro quien lo presidirá; el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; el Ministro de Trabajo o su delegado, dos representantes del magisterio, y el gerente de la fiduciaria contratada para la administración de los recursos del Fondo quien participará con voz pero sin voto. (...) Si a lo anterior agregamos que por definición el FOMAG es un sistema presupuestal de manejo de recursos públicos, debe concluirse que dicho Fondo se encuentra sometido a las reglas del derecho público y a los principios que rigen la función administrativa en su constitución, manejo de recursos, funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones asignadas por ley.”

De lo anterior se concluye que al Contrato 12076-005-2012 le son aplicables la Ley 1474 de 2011, así como la Ley 80 de 1993 y en general, las normas aplicables a los contratos estatales.

2.2.1.3.2 El procedimiento aplicable para imponer sanciones en relación con el Contrato 12076-005-2012

Una vez definido lo anterior, es pertinente establecer si es legalmente viable establecer contractualmente, como se hizo en este caso, un procedimiento para la imposición de multas, o si el consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es de aplicación imperativa.

A este respecto, este Tribunal considera, de acuerdo con lo expresado en el concepto de diez (10) de octubre de 2013, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵², que la regulación del procedimiento sancionatorio corresponde a la ley, y en tal

⁵² Magistrado Ponente: Álvaro Namén Vargas. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

sentido es de “*reserva legal*”.

No obstante lo anterior, se estima que es válido el procedimiento sancionatorio que se pacte contractualmente, siempre que en tal procedimiento se respeten, como mínimo, las garantías al debido proceso contempladas en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Nótese que en el concepto del Consejo de Estado al que se ha hecho referencia, se concluye que resulta ineficaz de pleno derecho un procedimiento sancionatorio contractual por no cumplir con las previsiones consagradas en los numerales b y d del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En este orden de ideas es necesario analizar el procedimiento pactado en el Contrato 12076-005-2012, en orden a establecer si cumple con las garantías al debido proceso a las que se hace referencia en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

En el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se establece:

“DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

“PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el

efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

“PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”*

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece:

“IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

“b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

“c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

Ahora bien, en la cláusula trigésima novena del Contrato que nos ocupa, sobre “Multas” se establece:

“EL CONTRATANTE, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2.007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, tiene la facultad de imponer multas por los incumplimientos, parciales o totales, de las obligaciones contractuales por parte del CONTRATISTA. Para estos efectos, en el Apéndice 1B que hace parte integral del presente contrato se adoptan los criterios y procedimientos mediante los cuales FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de CONTRATANTE debe proceder para la imposición de las mismas.

“Sin perjuicio del procedimiento general establecido, a continuación se especifican las causas para la imposición de las multas, en los siguientes términos: (...)”

Considera el Tribunal que la disposición anterior, al establecer las conductas que dan lugar a la imposición de multas, cumple con una de las exigencias que la jurisprudencia de manera reiterada ha considerado como expresión del debido proceso, y en ese orden de ideas, el acto sancionatorio deberá indicar, de manera clara, la conducta que ha dado lugar a la multa que se llegare a imponer.

Es pertinente remitirse ahora al texto del Apéndice 1B del Contrato, para determinar si el procedimiento sancionatorio en él descrito contiene las garantías que la ley y la jurisprudencia exigen.

En el citado apéndice se dispone:

"2. PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICIÓN DE SANCIONES

"Para la imposición de las sanciones pactadas contractualmente o las establecidas en la ley, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. y sus contratistas, respetarán y actuarán de conformidad con el procedimiento que se señala a continuación:

- "1. Durante la ejecución de los contratos, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. realizará control y seguimiento de los contratos a través de supervisiones, auditorias y evaluaciones respectivas.*
- "2. En el evento en que se demuestre la existencia de incumplimientos parciales o deficiencias en la prestación de los servicios, bien sea por información del Comité Regional o en forma directa por la Auditoria del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. en sus evaluaciones, o por cualquier otro medio, el contratista deberá presentar un plan de mejoramiento coherente con los hallazgos, para cumplirse a corto plazo teniendo en cuenta los tiempos establecidos en los pliegos de condiciones cuando hubiere lugar o cuando esto no exista mediante acuerdo pactado de manera conjunta con el contratante. Una vez superado el plazo para el cumplimiento del plan de mejoramiento, se realizará auditoria de seguimiento y en caso de no cumplimiento de lo pactado, el contratante elaborará un informe legal y/o técnico científico en el cual conste la verificación de los hechos u omisiones constitutivos del incumplimiento parcial, tardío o deficiente, la gravedad de los mismos, la reiteración de la conducta y cualquier otra circunstancia relativa al incumplimiento, el cual se comunicará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al Ministerio de Educación Nacional en calidad de Fideicomitente y a la Compañía de Seguros o Banco garante.*

- "3. Con base en el informe legal y/o técnico – científico, se citará de manera escrita al contratista para que concurra a una audiencia en la que rinda sus descargos y aporte las pruebas que considere pertinentes y a la compañía de seguros o banco garante, para que adelante las gestiones conducentes y pertinentes.*
- "4. En la citación dirigida al contratista debe contener la motivación detallada en la que se expongan los hechos constitutivos, la causal de incumplimiento y la enumeración y especificación de las pruebas con fundamento en las cuales se inicia el proceso sancionatorio. En general se dará aplicación a lo establecido en el literal a) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.*
- "5. En la audiencia se dará el trámite establecido en el literal b) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y el contratista y/o la compañía de seguros o banco garante deberán presentar sus descargos, junto con las pruebas pertinentes que pretendan hacer valer para su defensa."*

Hasta aquí, las estipulaciones del reglamento no resultan lesivas para el contratista y establecen un procedimiento que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo, a continuación el procedimiento resulta confuso, de manera que no son claras las oportunidades que tiene el contratista para ejercer su derecho de defensa y contradicción de las pruebas recaudadas.

El texto es el siguiente:

- "6. Una vez presentados los descargos por el contratista y/o la compañía de seguros o banco garante, el contratante y el representante del Ministerio de Educación Nacional en su calidad de fideicomitente podrá en la misma diligencia decidir sobre la imposición de sanción o, solicitar la suspensión de las mismas por el término máximo de quince (15) días hábiles para motivar su decisión."*

En el numeral antes transcrito no es claro si la decisión "sobre la imposición de la sanción" debe ser adoptada conjuntamente por el Ministerio de Educación y Fiduprevisora, cuando en otro aparte del mismo Apéndice 1B se estableció que Fiduprevisora "no tiene

competencia para expedir actos administrativos” y en cambio se hace referencia a que debe emitir un “concepto.”

Sin embargo luego se establece: *“7. Si los descargos y las pruebas allegadas con él, son suficientes a juicio del contratante, se archivarán las diligencias”, de lo cual se colige que quien toma la decisión sobre la sanción es Fiduprevisora, como contratante, pero a continuación se dispone que, en caso de presentarse recurso se “podrá sustentar y decidir en la misma audiencia” o “igualmente el representante del Ministerio de Educación Nacional en su calidad de fideicomitente podrá solicitar la suspensión por el término máximo de quince (15) días hábiles para pronunciarse sobre el recurso”, de lo cual se concluye que es el Ministerio el que toma la decisión sancionatoria, en la misma audiencia, que puede suspenderse para continuar posteriormente.*

A continuación, en el numeral 8, se hace referencia a la *“Audiencia del afectado”* y al *“procedimiento para desarrollarla”* en los siguientes términos:

“Requisitos de la citación por escrito a audiencia:

- a) Relación de los hechos constitutivos y la causal de incumplimiento,*
- b) Enumeración de las pruebas con fundamento en las cuales se hace la citación a la audiencia,*
- c) Indicación de lugar, fecha y hora en la que se realizará la audiencia,*
- d) Citación al contratista y aseguradora para que comparezca a la audiencia,*
- e) Citación a un representante del Ministerio de Educación en su calidad de fideicomitente;*
- f) Citación a un representante del Auditor Médico externo.*

Instalada la audiencia y comprobada la personería jurídica y representación legal para actuar de los asistentes, el presidente de la misma, que para el caso será el Vicepresidente Fondos de Prestaciones de Fiduprevisora S.A., o la persona a quien este delegue, después de leer el requerimiento y sus descargos, seguidamente ofrecerá la palabra, al representante legal de la entidad contratista, al representante de la Compañía de Seguros o banco garante. Una vez finalizadas las intervenciones y de no ser necesario de parte

del contratante un análisis o verificación de los argumentos y hechos expuestos en la Audiencia, el competente o su delegado se pronunciará mediante concepto, determinando si existe o no incumplimiento y si procede la sanción y el monto de la misma.” (Subrayado ajeno al texto)

Nuevamente aparece confusión sobre quién adopta la decisión en relación con el incumplimiento, pues al parecer quien debe emitir concepto es la Fiduciaria aunque es claro que la Resolución sancionatoria debe ser expedida por el Ministerio. Expresa a continuación el Reglamento:

“No obstante lo anterior, el representante del Ministerio de Educación Nacional en su calidad de fideicomitente podrá en la misma diligencia solicitar la suspensión de la misma por el término máximo de quince (15) días hábiles para motivar la decisión.”

No es claro entonces si frente al concepto que debe proferir “*el competente o su delegado*” puede el contratista presentar alguna oposición o si tal concepto ni siquiera le debe ser comunicado.

A continuación, se lee:

“La ausencia de uno o varios de los interesados requeridos no impedirá la celebración de la audiencia. El competente o su delegado velarán por que ésta se celebre de manera organizada sin que se presenten abusos de las partes en las exposiciones.

En el evento de que el contratante considere necesario un análisis o verificación de los argumentos y hechos expuestos por los contratistas, el representante de la Compañía de Seguros o banco garante en la audiencia, se suspenderá la audiencia y la entidad contratante en un término de quince (15) días hábiles, se pronunciará mediante concepto, determinando si existe o no incumplimiento y si procede la sanción y el monto de la misma.”

Nuevamente se genera confusión en el texto antes transcrito en relación con las etapas y término del procedimiento, pues si la suspensión aludida es para que el contratante emita su

concepto, no se sabe en qué momento profiere el Ministerio de Educación la resolución sancionatoria, si debe ser en la misma audiencia o en fecha posterior, puesto que a continuación se establece:

“De la actuación adelantada en la audiencia se elaborará un acta donde quedará consignado un relato sucinto de los hechos constitutivos del incumplimiento, la documentación aportada, descargos presentados por el contratista y/o la aseguradora, pruebas aportadas, decretadas y practicadas, concepto del contratante frente a los descargos presentados y la decisión final tomada por el competente o su delegado, aclarando las causales del incumplimiento y la sanción a imponer. El acta servirá de base para la elaboración del acto administrativo sancionatorio, el cual será expedido por el Ministerio de Educación Nacional, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la audiencia”. (Subraya ajena al texto)

Seguidamente se establece:

“La resolución sancionatoria será notificada en forma legal y contra ella procede únicamente el recurso de reposición ante el competente dentro de los términos establecidos para ello en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.”

A continuación, aparece de nuevo una redacción confusa en cuanto al momento en que se decide el eventual recurso de reposición, al establecer que puede resolverse dentro del período de suspensión solicitado por el Ministerio de Educación Nacional, en los siguientes términos:

“El recurso de reposición podrá resolverse de plano, en la misma audiencia de descargos del contratista o dentro de los quince (15) días hábiles de suspensión que haya solicitado el delegado del Ministerio de Educación Nacional. En todo caso, para desatar el recurso, se requiere concepto previo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. o del Auditor Médico Externo.

Una vez se emita el concepto, será enviado al Ministerio de Educación Nacional para la expedición del acto administrativo que resuelva el recurso interpuesto.” (Subraya ajena al texto)

Finalmente se dispone:

“Ejecutoriada la resolución sancionatoria, se enviará copia de la misma a la Vicepresidencia Fondos de Prestaciones de Fiduprevisora; a la subdirección financiera del Ministerio de Educación; se comunicará a la Cámara de Comercio en donde se encuentre inscrito el contratista sancionado y a la Procuraduría general de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la ley 80 de 1993.”

En tales condiciones, para el Tribunal, la falta de claridad y las contradicciones en el procedimiento establecido en el Apéndice 1B del Contrato constituyen una violación al debido proceso, puesto que la Unión Temporal Contratista no tiene certeza de quién adopta la decisión sancionatoria, ni del momento en el cual se adoptaría tal decisión, como tampoco de las oportunidades de las cuales dispone para ejercer el derecho de defensa y oposición.

Ahora bien, el hecho de que el texto de tal procedimiento haya sido aceptado por la Unión Temporal Contratista al celebrar el Contrato, circunstancia reiterada por los apoderados de las entidades demandadas, no subsana la violación al debido proceso, puesto que la ley consagra la ineficacia de las estipulaciones de esta índole.⁵³

Por lo anterior, el Tribunal no encuentra demostrada la excepción formulada por el apoderado de Fiduprevisora como vocera del FOMAG, que denominó *“mala fe del demandante en el proceso de convocatoria pública”*, y que fundó, en resumen, en que *“El demandante presentó la oferta y en consecuencia aceptó expresamente y se obligó en sus términos, por lo que no puede alegar la nulidad de las resoluciones demandadas, por las razones alegadas, en la medida en que las reglas estaban claramente determinadas en los pliegos así como en el contrato y de manera expresa y cabal las aceptó.”*

⁵³ Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 5.

De lo antes expuesto concluye el Tribunal, que ante las falencias del procedimiento establecido en el Contrato, la entidad contratante debió aplicar, por lo menos, el trámite contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para proferir la resolución por virtud de la cual se impuso una multa a la Unión Temporal Contratista, sin embargo no dio cumplimiento al confuso reglamento pactado en el contrato, ni tampoco siguió de manera estricta lo establecido en el artículo 86 de la citada Ley, y en el procedimiento que siguió incurrió en violaciones graves al debido proceso que conducen a la prosperidad de las pretensiones primera y segunda de la demanda, según se analiza a continuación.

En primer término tiene en cuenta el Tribunal que, de acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, no cualquier irregularidad en el procedimiento sancionatorio conduce a la nulidad de la decisión que se adopte a través del mismo.

A este respecto dicha Corporación ha señalado⁵⁴:

“(…) con idéntico fundamento en el principio constitucional del debido proceso y en la garantía del derecho de defensa, se tiene que advertir que el afectado que impugna un acto administrativo invocando una irregularidad procedimental debe demostrar que la misma se produjo aparejada de una decisión que afectó materialmente sus derechos, para que esa irregularidad pueda ser considerada como constitutiva de la vulneración al debido proceso.”
(Subraya ajena al texto original)

Y más adelante agrega:

“En otras palabras, de la misma manera que el Estado debe observar el debido proceso tanto en los aspectos formales como en los materiales de la actuación administrativa, el administrado que pretende la anulación del respectivo acto administrativo debe desplegar la prueba, en dos sentidos: i) identificar la violación del procedimiento y ii) demostrar la consecuencia de la

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, 23 de noviembre de 2017. Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02063-01(53861) Actor: Seguros Colpatria S.A. Demandado: Ministerio De Transporte

irregularidad sobre la decisión contenida en el acto administrativo.” (Subraya ajena al texto original)

Para concluir que:

“Se considera que una pretensión de nulidad del acto administrativo por violación al derecho de defensa no sale avante en el proceso judicial cuando solo se apoya en un asunto meramente formal, sin efecto material sobre el sentido de la decisión.” (Subraya ajena al texto original)

2.2.1.3.3 Los cargos en los cuales se fundamenta la nulidad alegada

2.2.1.3.3.1 Violación al debido proceso por falta de citación a ACE Seguros a la audiencia de descargos, en los términos previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Alega el demandante que “(...) ni FIDUPREVISORA ni el MINISTERIO DE EDUCACIÓN ni el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, observaron con rigurosidad los presupuestos obligatorios señalados en el artículo porque ACE SEGUROS S.A. no fue citado a la audiencia para debatir lo ocurrido; tampoco fue escuchado en el proceso ni pudo presentar descargos y solicitar pruebas; tampoco conoce que decisión se tomó, ni tuvo oportunidad de interponer los recursos correspondientes.”

A este respecto, el Ministerio de Educación expresó en la contestación a la demanda, que “se convocó a la actuación a todos quienes tenía un interés, de conformidad con los documentos y normas en la materia. En efecto, de conformidad con el texto de la póliza o garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 18GU047857 es claro, como lo afirma la demandante, que quien la expidió fue directamente la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA.”

Y agregó: *“Igualmente, de conformidad con el texto mismo de la póliza citada su administración y atención corresponde a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.S CONFIANZA, al margen de la limitación de la responsabilidad que estableció frente al tomador y al asegurado, con la COMPAÑÍA ACE SEGUROS S.A. por cuenta de la relación privada de coaseguro que unió a esas dos empresas.”*

En el alegato de conclusión, adicionalmente expresó que *“bajo el derecho colombiano, la convocante no está legitimada para solicitar esta nulidad, ya que la misma solo puede invocarse por la sociedad supuestamente afectada, ACE SEGUROS S.A., quien no es parte en el presente proceso.”*

A este respecto, el apoderado de la Fiduprevisora como vocera del FOMAG, también manifestó que la citación de ACE Seguros no se requería, habiendo sido citada Confianza, aseguradora que tenía a su cargo la administración de la póliza, y que, en cualquier caso, la unión temporal contratista hubiera podido informar a ACE Seguros sobre la existencia del proceso sancionatorio.

El Ministerio Público en sus alegaciones finales, en el mismo sentido de lo sostenido por los apoderados de las entidades demandadas, expresó que quien tendría legitimación para alegar una nulidad derivada de la falta de citación al procedimiento sancionatorio sería ACE Seguros y no la unión temporal demandante.

2.2.1.3.3.1.1 Consideraciones del Tribunal

Es pertinente anotar que en el reglamento contenido en el Apéndice 1B del Contrato se estableció como uno de los requisitos de la audiencia de descargos la citación de la aseguradora, previsión que coincide con la exigencia contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Para el Tribunal, con la citación a la audiencia de descargos a Confianza⁵⁵, aseguradora líder en la póliza otorgada por el contratista, se cumplió de manera suficiente con el propósito de la norma, cual es que el garante conozca los cargos formulados al contratista y tenga oportunidad de oponerse a ellos y presentar, solicitar y controvertir las pruebas en los términos que considere indicados.

Adicionalmente, conviene destacar que, en este caso, en la *“Cláusula de Distribución de Coaseguro Cedido”* que aparece en un anexo que forma parte de la póliza, se dispone que *“La administración y atención de la póliza corresponde a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, la cual recibirá del tomador la prima total para redistribuirla en su proporción a las compañías coaseguradoras.”*⁵⁶ (Se ha subrayado). En tales condiciones, Confianza tenía a su cargo la *“atención de la póliza”* lo cual confirma que con la citación que se le formuló se cumplió con el debido proceso.

Desde otro punto de vista, es pertinente tener en cuenta que la falta de notificación a la compañía Ace Seguros S.A. no tuvo ninguna incidencia para la Unión Temporal contratista, ni para la propia Ace, pues a pesar de que en el título de las resoluciones acusadas se menciona que por virtud de las mismas *“se declara la ocurrencia del siniestro”* lo cierto es que en la parte resolutive no se afecta de ninguna manera la póliza otorgada, y en cambio se dispone *“Ordenar a la Fiduciaria La Previsora S.A. que una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, practique al contratista los respectivos descuentos directos de la próxima factura de capitación de acuerdo con los valores descritos en el punto segundo de la parte resolutive del presente acto.”*

⁵⁵ La citación a Confianza consta en las siguientes piezas del proceso: Cuaderno de Pruebas 6, folio 220. Comunicación del 4 de diciembre de 2013, dirigida por Fiduprevisora a Confianza, citándola a la audiencia que se realizaría el 11 de diciembre del mismo año. Cuaderno de Pruebas 6, folio 267. Comunicación del 4 de diciembre de 2013, dirigida por Fiduprevisora a Confianza, citándola a la audiencia que se realizaría el 16 de diciembre del mismo año.

⁵⁶ Cuaderno Principal 2, folio 66.

Lo anterior, de acuerdo con la estipulación contenida en el Apéndice 1B en cuanto dispone: *“Para los efectos previstos en el presente reglamento, el contratista autorizará de forma expresa e irrevocable al contratante a deducir de las sumas que le llegare a adeudar por cualquier concepto, el valor de las multas que llegaren a imponerse.”*

En tales condiciones se evidencia que en las Resoluciones cuya nulidad se demanda, no se declaró ninguna situación jurídica con efecto directo sobre las compañías aseguradoras garantes.

Adicionalmente, manifiesta el demandante que *“se debe integrar el litisconsorcio necesario para que cada una de las aseguradoras haga valer sus derechos, ejerza su defensa, presente pruebas y asuma la responsabilidad que le pueda ser endilgada”* de lo cual concluye que *“las decisiones tomadas por el Ministerio de Educación resultan NULAS ABSOLUTAMENTE al desconocer los derechos y garantías de ACE SEGUROS S.A., vulnerando lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes del CPACA.”*

A este respecto el Tribunal considera que al proceso sancionatorio debe ser citada la compañía de seguros en su condición de garante, por expresa disposición del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pero el fundamento de tal exigencia no corresponde a la existencia de un litisconsorcio necesario, figura propia del proceso ante la jurisdicción y que, dicho sea de paso, ha sido descartada por la jurisprudencia en punto de la relación entre la aseguradora y el contratista.

En efecto, en reciente jurisprudencia⁵⁷ se ha señalado:

“Acerca de la posición de la compañía aseguradora en los litigios relacionados con el contrato estatal, el Consejo de Estado ha observado que

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02063-01(53861). Actor: SEGUROS COLPATRIA S.A. Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE.

su intervención no es obligatoria y que la compañía aseguradora tiene derecho a comparecer al proceso contractual o a demandar por separado dentro del término legal de caducidad, dado que, como regla general, no tiene la condición de litis consorte necesario.”

En la misma providencia se cita otra decisión de la misma Corporación⁵⁸ en la que se expresa:

“(…) (iv) Para dictar sentencia frente a la Litis no se requiere la comparecencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista, pues es suficiente la concurrencia de cualquiera de ellos.

“Dadas estas circunstancias, encuentra la Sala que no se configura nulidad procesal alegada por el Ministerio Público, por cuanto, en este evento se está en presencia de un litisconsorcio cuasinecesario, o en gracia de discusión, sobre la naturaleza de esta figura, en un litisconsorcio facultativo.”

En tales condiciones, la causal de nulidad alegada, consistente en la existencia de un litisconsorcio necesario entre la unión temporal contratista y las compañías de seguros garantes, que hacía necesaria la presencia de Ace en el proceso sancionatorio, no se encuentra configurada.

Ahora bien, aún en la hipótesis en la que se hubiera adoptado una decisión por la entidad sancionadora que afectara a Ace Seguros S.A., era ésta la legitimada para deprecar la nulidad de las Resoluciones por no haber tenido la oportunidad de participar en la actuación que les dio origen.

⁵⁸ Cita propia de la sentencia. Consejo de Estado; Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 23 de 2011, Radicación: 05001-23-26-000-1994-00558-01, expediente 20810, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, demandante: Sistemas Integrados Eléctricos Ltda., Sintel Ltda, demandado: departamento de Antioquia. Esta jurisprudencia ha sido reiterada, como regla general, para la legitimación activa de la compañía de seguros, en la siguiente providencia; Consejo de Estado; Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 2 de septiembre de 2013, radicación 25000232600020020041201 (30236) demandante: Guillermo Cubillos Tinoco, demandado Distrito Capital de Bogotá –Secretaría de Educación, acción contractual.

De acuerdo con lo antes expuesto, reitera el Tribunal que no encuentra demostrada como causal de nulidad de las Resoluciones atacadas, la falta de citación a Ace Seguros S.A. al procedimiento sancionatorio que concluyó con tales resoluciones.

En tales condiciones, acierta el apoderado de Fiduprevisora como vocera del FOMAG al plantear como argumento de defensa que la unión temporal demandante no tiene legitimación para alegar nulidad derivada de la no vinculación de Ace Seguros, y en tal sentido la excepción que denominó *“inexistencia de violación de los derechos de Ace Seguros por la existencia de aseguradora líder en el coaseguro”* se tiene por demostrada, aunque el título no coincide con el fundamento que se tiene por cierto.

Sin embargo, las excepciones que denominó *“violación del principio de ubérrima buena fe del contrato de seguro por el demandante”* y *“responsabilidad del demandante para (sic) la vinculación de Ace Seguros S.A.”* no se encuentran probadas, pues no comunicó a Ace Seguros la iniciación de un procedimiento sancionatorio en su contra, no se considera una conducta de mala fe de la unión temporal contratista, más cuando en el reglamento contenido en el Apéndice 1B no se pactó que sería el contratista quien convocaría al garante a la audiencia de descargos.

2.2.1.3.3.2 Infracción al debido proceso por *“violación al principio del juez natural”*

Considera el apoderado de la parte demandante que el Ministerio de Educación ha debido seguir el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en lugar del reglamento para la imposición de sanciones contemplado en el contrato.

Estima además, que al aplicar tal reglamento se violó el debido proceso pues fue el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones de Fiduciaria La Previsora S.A. quien decidió la solicitud de nulidad, lo cual dice que está probado con los audios de las audiencias.

Tanto el apoderado de Fiduprevisora obrando como vocera del FOMAG, como el apoderado del Ministerio de Educación, han sostenido a este respecto que la Unión Temporal Contratista aceptó el procedimiento de imposición de sanciones contenido en el Apéndice 1B del contrato al haber accedido a suscribirlo, por lo cual no resulta procedente alegar ahora la nulidad de los actos administrativos expedidos con fundamento en tal procedimiento.

Por su parte, el representante del Ministerio Público en sus alegaciones finales expresó que no se configura el vicio alegado por la demandante, pues quien expidió las resoluciones sancionatorias fue el Ministerio de Educación, entidad que tenía competencia para ello según el reglamento de imposición de sanciones.

Para abordar el estudio de este punto, el Tribunal analizará las pruebas documentales allegadas al proceso, pues los audios correspondientes a la audiencias surtidas dentro del procedimiento sancionatorio no fueron aportadas. Es preciso tener en cuenta en este punto que ninguna de las entidades que integraron la parte demandada expresaron razón atendible para abstenerse de aportar dichos audios, aunque su exhibición fue decretada por el Tribunal a solicitud de la parte demandante, conducta se tendrá como indicio en contra de aquéllas⁵⁹, en los términos de los artículos 241, 242 y 267 del Código General del Proceso.

Debe referirse entonces el Tribunal a las actas correspondientes a las audiencias que tuvieron lugar el 11, el 16 y el 18 de diciembre de 2013.

En el acta correspondiente a la audiencia que tuvo lugar el 11 de diciembre de 2013⁶⁰, en efecto hay constancia de que el Vicepresidente de la Fiduciaria decidió negar una nulidad

⁵⁹ En el Acta No. 19 del 26 de septiembre de 2018 que obra a folios 256 y siguientes del Cuaderno Principal 4 del expediente, se deja constancia en el informe secretarial de que se recibió una certificación de la Fiduciaria La Previsora S.A. en el sentido de que en sus archivos no constan las grabaciones correspondientes al proceso sancionatorio adelantado en contra de la convocante. Dicha certificación obra a folio 248 del Cuaderno de Pruebas 4 del expediente.

⁶⁰ Cuaderno principal 2, folio 212.

dentro del procedimiento sancionatorio solicitada por el apoderado de la unión temporal contratista.

El Tribunal considera que tal actuación no constituye una violación al debido proceso, pues de lo dispuesto en el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se colige que es “*el jefe de la entidad o su delegado*” quien tiene a cargo la conducción de la audiencia, lo cual no excluye la adopción de las decisiones que se requieran para continuar con el trámite.

De otra parte, en el texto del contrato que ha dado lugar a esta controversia, la Fiduciaria La Previsora se enuncia como la parte contratante, obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de manera que en concordancia con las facultades que se le atribuyen a lo largo del mismo⁶¹, bien puede emitir las citaciones a la unión temporal para dar curso al procedimiento sancionatorio y conducir la audiencia.

De otra parte, estima el demandante que el Ministerio de Educación violó su derecho al debido proceso “*Al permitir que el Dr. Peralta se facultara a sí mismo a través de la expedición del reglamento firmado por aquel mismo; Al no haber citado a audiencia de descargos ni escuchado al contratista, ni analizado las pruebas en diligencia oral, ni haberse pronunciado en estrados en audiencia pública, ni haber presidido ni estado*

⁶¹ En la cláusula quinta del Contrato, sobre “*Obligaciones del contratante*” se estipuló:

“*En virtud del presente contrato el CONTRATANTE asume entre otras las siguientes obligaciones:*

/.../

2. Ejercer las funciones de supervisión y vigilancia de la ejecución del contrato en forma directa o a través de terceros, haciendo seguimiento a todos los compromisos y obligaciones adquiridas por el contratista, de manera permanente, teniendo en cuenta, entre otros los indicadores de gestión, los aspectos relevantes de las quejas de los usuarios y los informes mensuales de los Comités Regionales;

/.../

5. Dar curso a las reclamaciones que sean del caso por incumplimiento del contrato, e imponer al CONTRATISTA las multas a que haya lugar, de conformidad con las estipulaciones contenidas en el Capítulo VIII del presente contrato; (...)”

Adicionalmente, en la cláusula trigésima séptima del Contrato, se establecen las facultades de supervisión del contrato atribuidas a la Fiduciaria, a través de la Gerencia de Servicios de salud de la Vicepresidencia de Fondos de Prestaciones.

presente en ninguna de las referidas audiencias, dejando todas estas actividades al arbitrio de un particular; Al haber permitido que dichas funciones de juez natural fueran ejercidas por el empleado de una entidad de derecho privado, por fuera de la ley, esto es, el Dr. Peralta en calidad de vicepresidente del fondo; Al haber decidido en forma escritural, y notificar de manera diferente a lo estipulado por la norma especial.”

Para el Tribunal, el hecho de que el mismo funcionario de la Fiduciaria que suscribió el contrato fuera quien, de conformidad con sus cláusulas iniciaría el procedimiento sancionatorio, no constituye infracción de los derechos de la Unión Temporal demandante.

De otra parte, hay evidencia de que el contratista fue citado a audiencia y de que sus descargos fueron presentados en tal audiencia.//

En este orden de ideas, el Tribunal considera que de las conductas enunciadas por el demandante, la única que constituye una violación al debido proceso es la falta de citación y por consiguiente de comparecencia del Ministro de Educación o su delegado al procedimiento de imposición de la multa, pues es a esta entidad a la cual se atribuye en el contrato, de manera expresa la facultad de expedir las resoluciones sancionatorias.

Es así que en el caso que nos ocupa, la Ministra de Educación Nacional expidió la Resolución 2459 del 25 de febrero de 2014, sin haber oído los descargos presentados en la audiencia del 18 de diciembre de 2013, citada para tal efecto, Resolución que luego fue confirmada por la 7843 de 2014.

Como ha quedado dicho, en el “*Reglamento para imposición de sanciones en los contratos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, incorporado en el apéndice 1B del Contrato, se establece que:

“FIDUPREVISORA S.A., no tiene competencia para expedir actos administrativos, toda vez que es una entidad administradora fiduciaria y no, entidad con carácter de autoridad pública (...).”

Adicionalmente, en el numeral 6 del capítulo 2, de tal reglamento se dispone que:

“Una vez presentados los descargos por el contratista y/o la compañía de seguros o banco garante, el contratante y el representante del Ministerio de Educación Nacional en su calidad de fideicomitente podrá en la misma diligencia decidir sobre la imposición de sanción o, solicitar la suspensión de la misma por el término máximo de quince (15) días hábiles para motivar su decisión.”

Y posteriormente, en el numeral 8 se establece que *“El acta servirá de base para la elaboración del acto administrativo sancionatorio, el cual será expedido por el Ministerio de Educación Nacional, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la audiencia.”*

De lo anterior se evidencia que en el clausulado del Apéndice 1B que hace parte del Contrato, se atribuyó al Ministro de Educación la facultad sancionatoria, pues se establece expresamente que la Fiduciaria en su condición de particular no está facultada para proferir actos administrativos.

En concordancia con lo anterior, también en el Apéndice 1B se dispuso que debía citarse a la audiencia de descargos un representante del Ministerio de Educación.

En tales condiciones, siendo el Ministerio de Educación quien debía expedir el acto administrativo sancionatorio, la Unión Temporal Contratista debía contar con la garantía de que sus argumentos de descargos fueran considerados precisamente por quien debía imponer la multa, si a ello hubiere lugar.

Nótese que en la citación a la audiencia de descargos dirigida al contratista se mencionó que en ella estaría presente un delegado del Ministerio de Educación, sin embargo esto no ocurrió de acuerdo con la evidencia que obra en el expediente, pues en el acta correspondiente a la audiencia que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2013⁶², en la cual se recibieron los descargos del contratista, no se consigna su asistencia.

Y es que precisamente el principio de inmediación constituye una garantía para quien ha de ser juzgado, pues le permite al fallador adoptar su decisión habiendo considerado todos los argumentos en los que el contratista ha fundado su defensa.

En relación con el principio de inmediación, en sentencia del 30 de marzo de 2017⁶³, el Consejo de Estado se refiere a una providencia de la Corte Constitucional en la que se expresa:

“La inmediación, como es sabido, versa sobre la constatación personal del juez y las partes del material probatorio y las acciones procedimentales en sí mismas consideradas, dirigidas a la formación de un criterio íntimo y directo sobre los argumentos fácticos y jurídicos relacionados con el caso. Sin duda alguna, la inmediación tiene profundos efectos en la debida administración judicial, puesto que permite la consecución de más y mejores decisiones, lo que redundaría en la satisfacción del valor justicia, nodal para el Estado constitucional. El mismo tópico ha sido considerado en similares términos por la jurisprudencia de la Corte, la cual ha indicado que entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación, en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin. Se considera que mediante la

⁶² Cuaderno principal 2, folio 217.

⁶³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00439-01(40088). Actor: Jorge Moscoso Durán. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa-Policía Nacional

*aplicación de dicho principio es más posible descubrir la verdad de los hechos y proferir una decisión justa, es decir, alcanzar el ideal del derecho*⁶⁴.

*“La garantía constitucional al debido proceso obliga a que las actuaciones judiciales, para que sean legítimas, se ajusten a ciertos requisitos entre los cuales se encuentra el principio de inmediación que “significa que debe existir una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en el deban hacerse constar y los medios de prueba que utilicen” (Devis Echandía, Hernando, “Compendio de Derecho Procesal” Tomo I, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994). “Según este principio, en el proceso debe existir una comunicación directa entre las partes y el juez; pero básica y fundamentalmente esa comunicación directa se presenta entre el juez y la producción de la prueba, y es el juez quien en forma inmediata las practica, pues por medio de esa percepción directa puede formarse un mejor concepto sobre el valor y eficacia de la prueba, en orden a demostrar un determinado hecho” (López Blanco Hernán Fabio, “Curso de Derecho Procesal Civil Colombiano”, Tomo I, Bogotá D.C., ABC, 1993).”*⁶⁵

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que en el acto administrativo sancionatorio se hubiera hecho referencia a los descargos presentados por la Unión Temporal Contratista, no reemplaza su derecho a que el funcionario que habría de adoptar la decisión sancionatoria recibiera directamente los descargos y el análisis de las pruebas presentadas en la audiencia precisamente citada para ello.

De otra parte, es pertinente tener en cuenta que, para el Tribunal, la previsión del Apéndice 1B en el sentido de que “la ausencia de uno o varios de los interesados requeridos no impedirá la celebración de la audiencia” no permite concluir que la asistencia del Ministerio de Educación o su delegado a la audiencia de descargos era innecesaria, habida consideración de su función de “juzgador”, de manera que los “interesados requeridos” son los contratistas a quienes se ha abierto el proceso sancionatorio y tal expresión no podría referirse a los funcionarios que tienen a su cargo la labor de instrucción y juzgamiento.

⁶⁴ Sentencia C-820 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. (Cita propia de la sentencia)

⁶⁵ Sentencia C-860 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo

Adicionalmente, el Tribunal no pierde de vista que la falta de intermediación no necesariamente constituye, por sí sola, una violación grave al debido proceso, sin embargo, en el presente caso, tal circunstancia aunada a la forma en la cual se evacuó la audiencia de descargos, de acuerdo con la evidencia arrojada al expediente, dio lugar a que la Unión Temporal demandante se viera sumida en una indeterminación que restringió el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, lo cual se evidencia al analizar el siguiente cargo planteado en la demanda.

2.2.1.3.3.3 Violación al debido proceso por “no aplicación de las formas de cada juicio” por no haber adoptado la decisión sancionatoria y su notificación en audiencia

Este cargo hace referencia a que en el presente caso no se adoptó, ni se notificó en audiencia la decisión sancionatoria.

Considera el demandante que debió darse aplicación a lo dispuesto en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cual no se hizo en este caso, pues la resolución sancionatoria no se adoptó ni se notificó en audiencia, ni personalmente, como a su juicio debió hacerse, sino por aviso.

Para el Tribunal, el solo hecho de haberse adoptado la decisión sancionatoria por fuera de audiencia, no necesariamente constituye una violación grave al debido proceso, puesto que se otorgó para interponer el recurso de reposición, también por escrito, el término dispuesto en la norma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a la que se remite el Reglamento para Imposición de Sanciones de los Contratos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Apéndice 1B del Contrato.

Ya en acápite anterior de este laudo, ha sostenido el Tribunal que considera viable pactar un procedimiento sancionatorio que se aparte del consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, siempre que otorgue iguales o mayores garantías al contratista.

Ahora bien, es pertinente mencionar que en el caso concreto, en el Apéndice 1B se previó la posibilidad de suspender la audiencia de descargos por un término máximo de 15 días hábiles por el delegado del Ministerio de Educación para motivar su decisión, o por el contratante para hacer un “*análisis o verificación de los argumentos y hechos expuestos por el contratista*” o el representante de la aseguradora.

Tal previsión, por si sola, tampoco se considera violatoria del debido proceso dentro del trámite sancionatorio y resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto dispone: “*d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa.*”

Sin embargo, en el caso que nos ocupa se desatendió el aparte siguiente de la norma que dispone: “*En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.*”

En efecto, en el acta correspondiente a la audiencia de descargos que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2013, no se dejó constancia de que la audiencia sería reanudada, ni la fecha y hora para tal efecto, ni se dispone que la decisión sería adoptada por escrito, por fuera de audiencia.

En efecto, en el *“Acta de audiencia del afectado”*⁶⁶ luego de relacionar los asistentes, aparece:

“En este estado de la diligencia se procede a la recepción de los descargos de cada uno de los procesos arriba en mención, se deja constancia que los mismo (sic) quedan registrado en audio, el cual hace parte integral de la presente acta.

“Así mismo se aportan las siguientes pruebas documentales sobre Plan de Choque.

(...)

“Soportes documentales del Incumplimiento de las obligaciones contractuales descritas en el Plan de Mejoramiento, que se incumplió dentro de los términos establecidos:

(...)

“En constancia de lo anterior firman los que han intervenido en a presente diligencia.”

No se cumplió entonces con lo que dispone el Anexo 1B sobre el contenido del Acta, en los siguientes términos:

“De la actuación adelantada en la audiencia se elaborará un acta donde quedará consignado un relato sucinto de los hechos constitutivos de incumplimiento, la documentación aportada, descargos presentados por el contratista y/o la aseguradora, pruebas aportadas, decretadas y practicadas concepto del contratante frente a los descargos presentados y la decisión final tomada por el competente o su delegado, aclarando la causal de incumplimiento y la sanción a imponer. El acta servirá de base para la elaboración del acto administrativo sancionatorio, el cual será expedido por el Ministerio de Educación Nacional, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la echa de la audiencia.” (Se ha subrayado)

En efecto, según se transcribió, en el texto del Acta levantada en el presente caso, simplemente se relacionaron las pruebas aportadas y finaliza sin sentar ninguna decisión en relación con la sanción que habría de imponerse, ni indicar cuál sería el procedimiento que a continuación habría de seguirse, circunstancia que dejó sumido el procedimiento en una

⁶⁶ Cuaderno Principal 2, folio 218.

indeterminación total, puesto que el contratista no podía tener claridad sobre el trámite que habría de seguirse y por consiguiente de los términos en los cuales podría ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Adicionalmente, la resolución que finalmente le impuso la multa terminó siendo expedida cuando el plazo de quince (15) días hábiles previsto en el Reglamento se encontraba vencido.

En resumen, en el presente caso ni se aplicó el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ni tampoco el previsto en el Apéndice 1B, y el que finalmente se adoptó, no respetó las garantías mínimas a las que se refiere dicha norma en la cual se respeta el principio de inmediación pues no se bifurca la instrucción de la decisión y expresamente se dispone que de suspenderse la audiencia “*se señalará fecha y hora*” para reanudarla.

Lo anterior, constituye una violación grave al debido proceso, que configura una causal de anulación de las resoluciones impugnadas, en los términos del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Con fundamento en lo antes expuesto, prosperan las pretensiones primera y segunda de la demanda y el Tribunal no encuentra demostrada la excepción formulada por el apoderado de Fiduprevisora como vocera del Fomag, denominada “*ausencia de vicos de procedimiento que afectaran el derecho de defensa y el debido proceso en los procesos sancionatorios*”, en la que precisamente se hace mención a la citada disposición del reglamento, para concluir, equivocadamente, que el Ministerio de Educación o su delegado se encuentran excusados de asistir a la audiencia de descargos.

En este punto es preciso referirse a la excepción formulada por el apoderado de Fiduprevisora como vocera del patrimonio autónomo FOMAG que denominó “*Existencia*

de procedimiento especial sancionatorio vinculante para las partes” la cual fundó, entre otras consideraciones en la afirmación en el sentido de que “las eventuales discordancias de procedimiento entre la ley 1474 y el reglamento de imposición de multas aplicable al presente contrato no genera vicio ni nulidad alguna respecto del procedimiento, máximo cuando en el procedimiento se establecieron espacios de debate y defensa propios del debido proceso.”

A este respecto, el Tribunal concluyó en acápite anterior de este laudo, que el hecho de seguir un procedimiento para la imposición de multas, diferente al establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no conduce necesariamente a la nulidad de la sanción, siempre que tal procedimiento respete las garantías mínimas al debido proceso consagradas en dicha norma.

Igualmente encontró demostrado que el procedimiento establecido en el Apéndice 1B, al contener disposiciones poco claras y contradictorias, resultaba violatorio al debido proceso, y que a pesar de que tal procedimiento no se aplicó, el que se adoptó en el presente caso no respetó las garantías mínimas consagradas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En tales condiciones, la excepción propuesta en los términos reseñados se considera no demostrada.

2.2.1.3.4 Los argumentos planteados de manera subsidiaria

En vista de que las pretensiones primera y segunda de la demanda prosperaron con fundamento en algunos de los argumentos planteados de manera principal, no hay lugar a ocuparse de los formulados de manera subsidiaria.

2.2.2 La tercera pretensión de la demanda

El texto de la tercera pretensión de la demanda es el siguiente:

“Que se ordene la Devolución de la suma de MIL CIENTO TRES MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$1.103.292.965) descontada de los pagos a favor de la Unión Temporal Magisterio Región 4, con ocasión de la ejecución del contrato de prestación de servicios medico (sic) asistenciales No. 12076-005-2012, en virtud de la Resolución No. 2459 de 2014, confirmada por la Resolución No. 7843 de 2014, suma que deberá ser indexada al momento de proferir la sentencia.”

En vista de que las pretensiones primera y segunda de la demanda prosperan, igualmente prospera la tercera pretensión de la demanda, por lo cual el Tribunal ordenará en la parte resolutive de este laudo, a Fiduprevisora como vocera del patrimonio autónomo del FOMAG, devolver, a la Unión Temporal demandante, con cargo a los recursos de dicho patrimonio autónomo, la suma de mil ciento tres millones doscientos noventa y dos mil novecientos sesenta y cinco pesos (\$1.103.292.965) correspondientes al valor de la sanción impuesta en la Resolución 2459 del 25 de febrero de 2014, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, la cual fue confirmada por virtud de la Resolución 7843 del 27 de mayo de 2014.

En punto de la actualización de las condenas, en el último inciso del artículo 187 del C.P.A.C.A. se dispone: *“Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”*

Lo anterior, en concordancia con la línea jurisprudencial sostenida de tiempo atrás por el Consejo de Estado, en el sentido de considerar que la actualización de las condenas debía ser reconocida, por reflejar un hecho público y notorio en nuestra economía, cual es la desvalorización de la moneda.

Es así que en sentencia del 14 de abril de 2010⁶⁷ dicha Corporación expresó:

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214) Actor: FEDERICO Saul Sánchez Malagón. Demandado: Distrito Capital De Bogotá-Secretaria De Obras Publicas. Referencia: Acción Contractual.

“(…) de tiempo atrás la jurisprudencia ha explicado que la actualización del dinero es desarrollo del principio de indemnización integral del daño, así:

“Pagar una suma actualizada- lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala- no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente a la que tenía la suma que se quiere actualizar⁶⁸”

“O sea que la actualización monetaria, tiene por objetivo mantener o preservar la equivalencia o representación del valor real de la moneda entre el momento en que se adquiere y se hace exigible la obligación dineraria y el momento de su pago, compensando o corrigiendo el efecto o factor inflacionario transcurrido en ese lapso o periodo de tiempo.”

En igual sentido, en sentencia del 30 de mayo de 2017, el Consejo de Estado expresó:

“La indexación sirve como un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país.

“El ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que disminuye, en forma continua, el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como lo consagra el artículo 230 de la Carta.”

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal, considera que, en principio, habría lugar a actualizar la condena desde el 17 de octubre de 2014⁶⁹, fecha en la cual se descontó el valor de la multa de la suma a pagar por concepto de la factura 288 presentada por la unión

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 13 de mayo de 1988, Exp. 4303, y de 28 de octubre de 1994, Exp. 8092 C.P. Carlos Betancur Jaramillo. (Cita propia de la sentencia).

⁶⁹ Certificación aportada por Fiduprevisora, como respuesta al oficio 01 librado por el Tribunal, contenida en el disco compacto incorporado a folio 77 del cuaderno de pruebas 7 del expediente.

temporal contratista. Sin embargo, revisado el escrito de subsanación a la demanda⁷⁰, se encuentra que las pretensiones de la convocatoria fueron estimadas, al 13 de marzo de 2017, en la suma de \$1.103.292.965.

En este punto se debe tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el inciso quinto del artículo 206 del Código General del Proceso, *“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete”*.

En ese sentido, y toda vez que el juramento estimatorio no fue objetado por ninguna de las convocadas, el Tribunal no podrá condenar a una suma superior a la considerada por la convocante, salvo los perjuicios causados con posterioridad a la subsanación, razón por la cual se ordenará la actualización de la condena, pero a partir de marzo de 2017.

Para tal efecto, se tendrá en cuenta que el IPC vigente a la fecha de subsanación de la demanda, equivalía a 95,45509 y que el IPC de enero de 2019 correspondía a 100,59854⁷¹. Así, si se divide el IPC final sobre el IPC inicial, se tiene que el factor de actualización es igual a 1,05388343, cifra que, multiplicada por el valor histórico (\$1.103.292.965) arroja como resultado mil ciento sesenta y dos millones setecientos cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro pesos (\$1.162.742.174) que corresponde a la sanción pagada por la convocada, actualizada a la fecha de este laudo.

3. Capítulo Tercero. Costas

En el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se establece:

⁷⁰ Folio 179 y 180 del cuaderno principal número 1.

⁷¹ Datos obtenidos de www.banrep.gov.co/es/indice-precios-consumidor-ipc

“CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

En el artículo 365 del Código General del Proceso, en su parte pertinente se dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, (...)”.

De acuerdo con la norma antes transcrita, para condenar en costas se tiene en cuenta un criterio objetivo, determinado por la suerte de las pretensiones del proceso, sin tener en cuenta la conducta procesal de las partes.

En el caso que nos ocupa, en vista de que prosperaron las pretensiones formuladas en la demanda, la ley ordena que se condene a la parte demandada al pago de las costas del proceso.

Ahora bien, en el presente caso, la parte demandada está conformada por dos entidades: la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del patrimonio autónomo FOMAG y la Nación-Ministerio de Educación.

En el numeral 6 del artículo 365 del Código General del Proceso se establece:

“Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos. (...)”

Para el Tribunal, el interés en el proceso recae en las dos entidades demandadas, pues de acuerdo con las estipulaciones del contrato en el cual se encuentra pactada la cláusula compromisoria, si bien la mayoría de las obligaciones relacionadas con el seguimiento y ejecución del contrato se estipularon a cargo de la Fiduciaria como contratante, se atribuyó al Ministerio de Educación Nacional la facultad sancionatoria a través de la expedición de

actos administrativos, la cual fue ejercida para proferir las resoluciones cuya nulidad se ha solicitado.

Sin embargo, es evidente que el interés del Ministerio de Educación en el presente proceso se deriva de su condición de fideicomitente para constituir el patrimonio autónomo a través del cual serían administrados los recursos del FOMAG.

En tales condiciones, la condena en costas debe ser cubierta con recursos de dicho patrimonio autónomo y no con recursos propios del Ministerio de Hacienda.

El valor de las costas corresponde en este proceso, al valor de los honorarios de los árbitros y del secretario, junto con los gastos del proceso y los gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que ascienden a la suma de noventa y dos millones setecientos cuatro mil ciento treinta y nueve pesos (\$92.704.139.00) pagada en su totalidad por la parte demandante⁷².

En vista de que no obra en el expediente constancia en el sentido de que la parte demandada hubiera reembolsado tales gastos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, debe condenarse al pago de intereses de mora sobre ese valor, a la tasa más alta permitida por la ley “*desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.*” En el presente caso, el plazo para consignar venció el día 22 de noviembre de 2017, pues la audiencia de fijación de gastos y honorarios tuvo lugar el 7 de los mismos mes y año.⁷³

De otra parte, en cuanto a las agencias en derecho, en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso se establece:

“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la

⁷² Cuaderno principal 4, folio 52.

⁷³ Cuaderno principal 4, folio 36

naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.”

De acuerdo con la remisión que se establece en la norma antes transcrita, es pertinente tener en cuenta el texto del artículo 4° del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto dispone:

“Analogía. A los trámites no contemplados en este acuerdo se aplicarán las tarifas establecidas para asuntos similares.”

Adicionalmente, en el artículo 5 del mismo Acuerdo se establece que en los procesos declarativos en general, en única instancia, “cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario” las agencias en derecho se fijarán entre el 5% y el 15% de lo pedido.

En el presente caso, el valor de las pretensiones de la demanda asciende a (\$1.103.292.965.00) por lo cual, el Tribunal, teniendo en cuenta la duración de la gestión y otras circunstancias especiales, fija el valor de las agencias en derecho, en el 5% sobre el valor de las pretensiones, que corresponde a cincuenta y cinco millones ciento sesenta y cinco mil pesos (\$55.165.000.00) valor a cuyo pago será condenada la parte demandada, con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo FOMAG.

De acuerdo con lo anterior, en la parte resolutive de este laudo se condenará a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho con cargo a los recursos del patrimonio autónomo FOMAG.

4. Capítulo Cuarto. Parte Resolutiva

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre la **UNION TEMPORAL MAGISTERIO REGIÓN 4** contra **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL** y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** como vocera del patrimonio autónomo **FONDO NACIONAL DE**

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción formulada por Fiduciaria la Previsora S.A. actuando como vocera del patrimonio autónomo FOMAG, denominada "*Inexistencia de violación de los derechos de Ace Seguros por la existencia de aseguradora líder en coaseguro*" en los términos señalados en la parte motiva de este laudo y declarar no demostradas las demás excepciones formuladas por la Fiduciaria en la calidad anotada y por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de la Resolución 2459 del 25 de febrero de 2014 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con la pretensión primera de la demanda (numeral 4.1.) en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO: Declarar la nulidad de la Resolución No 7843 del 27 de mayo del 2014, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó en todas sus partes la Resolución No 2459 del 25 de febrero del 2014, proferida por esa misma entidad, de acuerdo con la pretensión segunda de la demanda subsanada (numeral 4.2) en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: Ordenar a la Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera del patrimonio autónomo FOMAG, con cargo a los recursos de dicho patrimonio autónomo, el reintegro, a favor de la Unión Temporal Magisterio Región 4, de la suma de mil ciento sesenta y dos millones setecientos cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro pesos (\$1.162.742.174) que corresponde a la sanción pagada por la convocada, actualizada desde marzo de 2017 hasta

la fecha de este laudo, que será pagada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Condenar a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del patrimonio autónomo FOMAG, con cargo a los recursos de dicho patrimonio autónomo a pagar a la Unión Temporal Magisterio Región 4 la suma de noventa y dos millones setecientos cuatro mil ciento treinta y nueve pesos (\$92.704.139.00) por concepto de costas, junto con los intereses de mora liquidados a la tasa máxima permitida por la Ley desde el 22 de noviembre de 2017 hasta que se realice el pago, junto con la suma de cincuenta y cinco millones ciento sesenta y cinco mil pesos (\$55.165.000.00) por concepto de agencias en derecho, que será pagada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

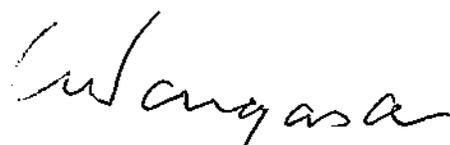
SEXTO: Disponer que por Secretaría, se expidan copias auténticas de este Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

SÉPTIMO: Ordenar la entrega del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su correspondiente archivo.

La anterior providencia queda notificada en estrados.

Los árbitros,


ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Presidente


GUILLERMO VARGAS AYALA
Árbitro
(Con aclaración de voto)


HAROLD ECHEVERRY-DÍAZ
Árbitro

El secretario,



ANTONIO PABÓN SANTANDER
Secretario

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN
CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**

Tribunal de Arbitramento

UT Magisterio Región 4

vs.

**Nación-Mineducación / Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
(FOMAG)**

ACLARACION de VOTO al

Laudo Arbitral de fecha 25 de febrero de 2019

Preciso inicialmente que los motivos del voto que he dado para aprobar el laudo concuerdan plenamente con los expuestos conjuntamente con los distinguidos árbitros, y, en consecuencia, reitero que el Laudo, tanto en su parte motiva como resolutive, ha sido adoptado en forma unánime por el Tribunal de Arbitraje del cual formo parte. Sin embargo, por medio de este escrito, y con el mayor respeto, me permito **ACLARAR** el sentido del voto, en lo referente a la vinculación de la Nación- Ministerio de Educación Nacional al proceso arbitral.

Concuerdo con que sí ha debido ser vinculado, como en efecto lo fue, pero estimo que su sujeción al proceso arbitral y a la autoridad del laudo, no se deriva de que haya suscrito el contrato, porque en este caso no lo hizo, ni tampoco por haber participado -en la mecánica interna- de determinados controles administrativos a la Previsora y al **FOMAG**, (control de tutela), ni por el hecho de que la Nación - Ministerio de Educación sea el fideicomitente, o que, el Ministerio tenga la potestad sancionadora, o que la Ministra sea parte del Consejo Directivo del **FOMAG**. Considero que, la única razón para vincular al Ministerio al proceso arbitral se deriva de la ley, y de la conducta procesal asumida por este.¹

¹ Ley 1563 de 2012, en especial los parágrafos de los artículos 3° y 37°.

En efecto, la Nación - Ministerio de Educación, fue demandado inicialmente ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. La conducta procesal del Ministerio fue reconocer, plena e íntegramente la validez del contrato y la de pedir expresamente que se declarara la nulidad de lo actuado en el proceso por excepción de falta de jurisdicción, por existencia y validez de cláusula compromisoria pactada en el contrato.

Ahora bien, el Parágrafo del Artículo 3° de la Ley arbitral, dispone:

“Parágrafo. - Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”.

La conducta del Ministerio, al haber propuesto la **excepción previa**, de **existencia de pacto arbitral**, para pedir que la justicia administrativa quedara vedada del conocimiento de este asunto, sumado al hecho de que ninguna de las partes e intervinientes, han negado su efectividad, hace que se entienda válidamente probada la existencia de dicho pacto respecto al Ministerio, y de ello, se deriva para este, la plena aplicación de la cláusula, del proceso arbitral, y del laudo.

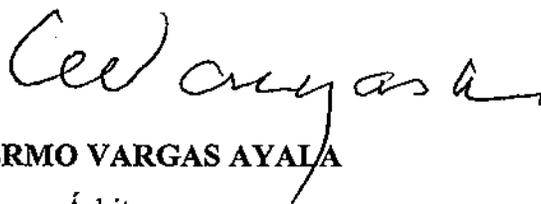
También es relevante, que, el Ministerio, haya propuesto, como efectivamente propuso, **excepción de falta de jurisdicción**, porque con ello se reafirmó la vigencia del pacto arbitral, de acuerdo con lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 21 de la Ley de 2012 de la ley arbitral:

“Parágrafo.- La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

Y, como lo afirmó el Consejo de Estado al resolver la apelación, al haber propuesto la excepción reafirmó la existencia del pacto.

Por lo anterior reitero que, a mi juicio, la vinculación del Ministerio al arbitramento se deriva exclusivamente de la ley y de la conducta procesal asumida por este.²

Atentamente,



GUILLERMO VARGAS AYALA

Árbitro



² Ley 1563 de 2012, en especial los párrafos de los artículos 3° y 37°.