



PROCURADURÍA 136 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

Bogotá D.C., 21 de julio de 2020

Doctora MARCELA MONROY TORRES

Árbitro

Doctor ALFONSO GÓMEZ MENDEZ

Árbitro

Doctor GABRIEL HERNÁNDEZ VILLARREAL

Árbitro

Doctora MÓNICA RUGELES MARTINEZ

Secretaria

**Honorable
CONSEJO DE ESTADO
Sección Tercera
Reparto**

**REFERENCIA: CONCEPTO RECURSO EXTRAORDINARIO DE
ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.**

UNION TEMPORAL MAGISALUD 2

Vs.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

EXPEDIENTE: 15569

La Procuraduría 136 Judicial II para Asuntos Administrativos, actuando en el proceso arbitral de la referencia en ejercicio de las funciones establecidas en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política¹, artículo 49 de la ley 1563; y 30, numeral 11 del Decreto 262 de 2000, dentro del término legal establecido para el efecto, se permite emitir el concepto del MINISTERIO PÚBLICO, en relación con el recurso extraordinario de anulación impetrado por la parte convocada contra el laudo arbitral de fecha 28 de abril de 2020, proferido dentro del Tribunal

¹ Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrán las siguientes funciones: (...) 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.



Arbitral que tuvo origen en la demanda instaurada por la **UNION TEMPORAL MAGISALUD 2**, siendo convocado el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con fundamento en la **Cláusula Número 23** del contrato de prestación de servicios médico asistenciales No. 12076-011-2012, relativa a la solución de controversias.

ANTECEDENTES

1. CLAUSULA COMPROMISORIA

En la cláusula 23 del Contrato No. 12076-011-2012, suscrito entre las partes, éstas acordaron lo relativo a la solución de controversias, de la siguiente manera:

“CLAUSULA 23. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 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 otra.

Si en dicho término no fuere posible un arreglo, 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.

2. CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A DECISION DEL TRIBUNAL

2.1. LA DEMANDA ARBITRAL

El 26 de enero de 2018, el apoderado de la parte convocante presentó la demanda arbitral, la cual fue reformada posteriormente mediante memorial del 20 de noviembre de 2018

2.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En la demanda reformada, la parte actora formuló las siguientes pretensiones:



3.1. PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES RESPECTO DE BASES DE DATOS

PRIMERA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto no envió dentro del plazo contractualmente establecido las bases de datos en la que se estarían reportando las cápitras que según el FONDO serían válidas.

SEGUNDA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** respecto de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto solo se dieron entregas de novedades desde la plataforma HEON y no de bases de datos.

TERCERA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto no envió las bases de datos en la que se estarían reportando las glosas que según la Fiduprevisora serían válidas.

CUARTA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto la Unión Temporal MAGISALUD 2 solo tuvo acceso a las bases de datos correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014 en abril de 2016.

QUINTA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto la Unión Temporal MAGISALUD 2 tuvo acceso a las bases de datos correspondientes a los años 2015 y 2016, tres meses después de cada corte.



SEXTA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en cuanto a su obligación establecida en el numeral 4 de la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, acerca de la obligación de entrega de las bases de datos a la firma del contrato, durante la ejecución y hacer novedades.

SÉPTIMA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 4 de la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de la entrega de las bases de datos a la firma del contrato, durante la ejecución y hacer novedades, en el monto y alcance que se declare probado en el curso del presente trámite arbitral.

3.2. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES RESPECTO DE LAS FACTURAS QUE NO HAN SIDO PAGADAS POR PARTE DE LA FIDUPREVISORA

OCTAVA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en cuanto a las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago de las facturas presentadas oportunamente por la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de **Alto Costo**.

NOVENA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago de las facturas presentadas oportunamente por la Unión Temporal MAGISALUD 2 y que a la fecha no han sido pagadas por concepto de **Promoción y Prevención**, los cuales ascienden a la suma de **CINCO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$5.894.186.911)** o lo que resulte probado en el proceso.

DÉCIMA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en cuanto a las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago de las facturas presentadas oportunamente por la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de **Salud Ocupacional**.



DÉCIMA PRIMERA: SE CONDENE al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago de las facturas presentadas oportunamente por la Unión Temporal MAGISALUD 2 y que a la fecha no han sido pagadas por concepto de **Salud Ocupacional**, los cuales ascienden a la suma de **SEIS MIL CIENTO TRECE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$6.113.899.079)** o lo que resulte probado en el proceso.

DÉCIMA SEGUNDA: DECLARAR el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en cuanto a las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago de las facturas presentadas oportunamente por la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de **Recobro**.

DÉCIMA TERCERA: SE CONDENE al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago de las facturas presentadas oportunamente por la Unión Temporal MAGISALUD 2 y que a la fecha no han sido pagadas por concepto de **Recobro**, los cuales ascienden a la suma de **SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS M/CTE (\$6.738.458.910)** o lo que resulte probado en el proceso.

3.3 TERCER GRUPO DE PRETENSIONES RESPECTO DEL PAGO TARDÍO DE FACTURAS

DÉCIMA CUARTA: DECLARAR el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Capitación**.

DÉCIMA QUINTA: SE CONDENE al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de **capitación**, los cuales ascienden a la suma de **SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$7.242.533.550)** o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.



DÉCIMA SEXTA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, y los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011, por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Alto Costo**.

DÉCIMA SÉPTIMA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de alto costo, los cuales ascienden a la suma de **CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL UN PESO M/CTE (\$59.874.495.001)** o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

DÉCIMA OCTAVA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Promoción y Prevención**.



DÉCIMA NOVENA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de promoción y prevención, los cuales ascienden a la suma de **TRES MIL DOSCIENTOS DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL VEINTICINCO PESOS M/CTE (\$3.202.854.025)** o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

VIGÉSIMA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Salud Ocupacional**.

VIGÉSIMA PRIMERA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de salud ocupacional, los cuales ascienden a la suma de **TRES MIL CIENTO SESENTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$3.160.359.358)** o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

VIGÉSIMA SEGUNDA: DECLARAR el incumplimiento del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2,

por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Recobro**.

VIGÉSIMA TERCERA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligaciones establecidas en las Cláusulas Cuarta y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto de recobro, los cuales ascienden a la suma de **SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$6.145.680.085)** o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

VIGÉSIMA CUARTA: DECLARAR que los valores establecidos en los anteriores numerales deben ser actualizados hasta la fecha de su pago efectivo.



3.4. CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA UPC

VIGÉSIMA QUINTA: DECLARAR que el aumento de la UPC correspondiente para los años 2014, 2015, 2016 y 2017, es el definido por el Ministerio de Salud, a través de las resoluciones 5522 de 2013, 5925 de 23 de diciembre de 2014, 5593 de 2015 y 6411 de 2016, respectivamente.

VIGÉSIMA SEXTA: DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** incumplió el numeral 3 de la cláusula 5 y las cláusulas 7 y 8 del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el hecho de no ajustar anualmente la UPC conforme al aumento fijado por el Ministerio de Salud, desconociendo lo señalado en la Ley 100 de 1993, la Ley 1438 de 2011 y Decreto 2562 de 2012.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: DECLARAR que, como consecuencia de la diferencia en los valores de la liquidación, el FONDO incumplió con la obligación de pago contenida en la Cláusula 8 del Contrato (forma de pago).

VIGÉSIMA OCTAVA: ORDENAR al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** liquidar nuevamente la UPC para los años 2014, 2016 y 2017, de acuerdo con los incrementos fijados por el Ministerio de Salud.

VIGÉSIMA NOVENA: DECLARAR que existió una diferencia entre lo debido y lo efectivamente pagado por el FONDO a Unión Temporal Magisalud 2 por la indebida actualización de la UPC para los años 2014, 2016 y 2017.

TRIGÉSIMA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago al pago de los perjuicios causados por concepto de la indebida liquidación y pago de la UPC, los cuales ascienden a la suma de **CATORCE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS QUINIENTOS SESENTA MIL CIENTO NOVENTA PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS M/CTE (\$14.936.560,81)**, o lo que resulte probado en el proceso.



3.5. QUINTO GRUPO DE PRETENSIONES RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LAS GLOSAS

TRIGÉSIMA PRIMERA: DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** incumplió el contrato por el hecho de no dar aplicación al Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas proferido por el Ministerio de Salud en el Anexo Técnico No. 6 de la Resolución 3047 de 2008, en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 4747 de 2007, lo mismo que en los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011, en la Resolución 1446 de 2015 modificada por la Resolución 2940 de 2015 del Ministerio de Salud y el artículo 2.5.2.2.1.19 del Decreto 780 de 2016.

TRIGÉSIMA SEGUNDA: DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** por el hecho de no aplicar el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas, ha dejado de reconocer los servicios de salud debidamente prestados por la Unión Temporal Magisalud 2.

TRIGÉSIMA TERCERA: DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** carece de competencia temporal para aplicar glosas una vez vencido el término dentro del cual debió haber aplicado el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas y dentro del término legal establecido en el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011.

TRIGÉSIMA CUARTA: DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** debe reconocer a Magisalud 2 el valor total de las facturas presentadas, de conformidad con lo establecido en el Decreto 624 de 1989, aplicable por remisión expresa que hace el Decreto 4747 de 2007, ambas, normas señaladas en el Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2., lo mismo que en los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011, en la Resolución 1446 de 2015 modificada por la Resolución 2940 de 2015 del Ministerio de Salud y el artículo 2.5.2.2.1.19 del Decreto 780 de 2016.

TRIGÉSIMA QUINTA: SE CONDENE al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago de los perjuicios causados por concepto de la indebida aplicación de las glosas por cuenta de su extemporaneidad o falta de fundamento, el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** deberá reconocer, liquidar y pagar a favor de la Unión Temporal MAGISALUD 2, el valor nominal del perjuicio derivado de la aplicación indebida de las glosas, valor que puede ascender a la suma de **VEINTE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$20.598.400.812)** o lo que resulte probado en el proceso.

TRIGÉSIMA SEXTA: DECLARAR que como consecuencia de la indebida aplicación de las glosas, se generó un retardo o mora en el pago de las obligaciones establecidas en el contrato y contenidas en las facturas de cobro que fueron objeto de glosas extemporáneas o infundadas, el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA**



PREVISORA S.A. deberá reconocer, liquidar y pagar a favor de la Unión Temporal MAGISALUD 2, el valor de los intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, tal como lo establece el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011.

3.6. SEXTO GRUPO DE PRETENSIONES RESPECTO DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE USUARIOS AFILIADOS Y CUBIERTOS POR LA UNION TEMPORAL MAGISALUD 2

TRIGÉSIMA SÉPTIMA: DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** incumplió el contrato por el hecho de no reconocer la totalidad de los usuarios afiliados y cubiertos por la Unión Temporal Magisalud, conforme al archivo de beneficiarios reportados periódicamente por la Unión Temporal Magisalud a la FIDUPREVISORA (MERES – Maestro de Excepción Según Resolución).

TRIGÉSIMA OCTAVA: DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** por el hecho de no reconocer la totalidad de los usuarios afiliados y cubiertos por la Unión Temporal Magisalud, ha dejado de reconocer los servicios de salud debidamente prestados por la Unión Temporal Magisalud 2.

TRIGÉSIMA NOVENA: SE CONDENE FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** al pago de los perjuicios por cuenta del no reconocimiento de la totalidad de los usuarios afiliados y cubiertos por la Unión Temporal Magisalud, valor que puede ascender a la suma de **DOCE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS M/CTE (\$12.143.531.805)** o lo que resulte probado en el proceso.

2.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA

En memorial radicado el día 10 de diciembre de 2018, la entidad convocada, por intermedio de su apoderado, presentó la **CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA**.

Al respecto, se opuso inicialmente al glosario incluido en la demanda, manifestando que las definiciones que allí se plasman son antojadizas y subjetivas, y pretenden atraer la atención a los fines de la demanda pero que distan de la definición contractual o legal.

Luego de lo anterior, reconoció como ciertos algunos hechos; realizando aclaraciones o precisiones sobre los mismos; otros hechos los reconoce como parcialmente ciertos; otros como no ciertos y algunos otros indica no constarle.



Se opuso a las pretensiones de la demanda manifestando que no le asiste derecho alguno a la demandante; o por carecer del derecho; o por ser causada por su propia incuria, de conformidad con los fundamentos fácticos y legales expuestos en sus argumentos de defensa.

De igual manera, presentó objeción al juramento estimatorio, conforme a lo establecido en el art. 206 del Código General del Proceso, considerando que se invocan una serie de facturas por conceptos de alto costo y otras que estarían pendientes de pago, no obstante, afirma que con los documentos adjuntos, se establece que sobre tales facturas se han realizado pagos por valor de CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$43.316.333.886)

Luego de lo anterior, y con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, se refirió a la naturaleza de los pliegos de condiciones en la actividad contractual para destacar que los mismos hacen parte integral del contrato estatal.

Asimismo, destaca que los pliegos de condiciones son norma reguladora tanto del proceso de licitación como de las relaciones entre las partes; y constituyen fuente de derechos y obligaciones incluso hasta la etapa de liquidación del contrato.

En este orden de ideas, señala que los pliegos de condiciones del presente contrato, hacen parte integral del mismo y determinan la voluntad obligacional de las partes.

A renglón seguido precisó la naturaleza pública de los recursos económicos que financian el contrato en cuestión y la responsabilidad fiscal en su administración, por tratarse de dineros destinados a la prestación del servicio de seguridad social en salud.



Por otra parte, en cuanto a la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles en la ejecución del contrato, expuso que los reprochados por la demandante se encontraban a su cargo en forma exclusiva, conforme a lo establecido en la audiencia de riesgos celebrada el día 7 de diciembre de 2011.

EXCEPCIONES

El apoderado de la parte convocada, propuso las siguientes excepciones que denominó:

- EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Fundamentada en el art. 1609 del Código Civil, al considerar que, conforme a lo pactado en el contrato, el demandado no tenía la obligación de pago de cualquier factura, sino hasta cuando el contratista acreditara el cumplimiento de sus obligaciones, particularmente en lo relativo a facturas de alto costo, con la entrega de los soportes que sustentaban el gasto por evento; y al no estar probado dicho cumplimiento, una pretensión en tal sentido no estaría llamada a prosperar.

- PURGA DE EVENTUALES INCUMPLIMIENTOS POR LA SUSCRIPCIÓN DE OTRO SIES SUCESIVOS AL CONTRATO SIN SALVEDADES.

Sostiene que el contrato inicial fue suscrito el 2 de agosto de 2012 con una vigencia de 48 meses hasta el 31 de julio de 2016, y fue modificado mediante otrosíes que extendieron la vigencia del contrato ajustando el valor respectivo, así:



1. Otro si No. 1 de fecha 28 de julio de 2016 con remisión por parte del convocante sin salvedad o mención alguna a incumplimiento contractual.
2. Otro si No. 2. de fecha 12 de enero de 2017 prorrogándose el término hasta el 15 de febrero de 2017.
3. Otro si No. 3. de fecha 10 de febrero de 2017 prorrogándose el término hasta el 31 de mayo de 2017.
4. Otro si No. 4. de fecha 31 de mayo de 2017 prorrogándose el término hasta el 30 de septiembre de 2017.
5. Otro si No. 5. de fecha 29 de septiembre de 2017 prorrogándose el término hasta el 31 de octubre de 2017.

Al respecto, destaca que en tales otrosíes se ratificaron expresamente las estipulaciones contractuales no modificadas en los mismos; y que en ninguno de ellos se dejó salvedad relativa a incumplimientos contractuales del demandado.

En este orden de ideas, invoca la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, según la cual la procedencia de las reclamaciones económicas está condicionada a la oportunidad de las mismas, concluyendo que en el presente caso al haberse suscrito diversos otrosíes al contrato sin salvedad alguna, las pretensiones de la demanda se tornan improcedentes.

- INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA DE ACTUALIZAR LA BASE DE DATOS DE USUARIOS Y REMITIRLA A LA CONTRATANTE

Expresa que la obligación, tanto contractual como legal, en la generación y validación de la base de datos estaba a cargo del contratista, quien tiene el deber de consultar la base de datos del FOSYGA y mantener actualizada dicha base de datos; pero que no existe prueba que demuestre que la convocante dio cumplimiento a sus obligaciones sobre administración, control y depuración de la base de datos y el reporte de novedades, lo que habría generado que al



momento en que la FIDUPREVISORA S.A., realizó las auditorias sobre la base para evitar pagos sobre usuarios multifiliados, fallecidos, o trasladados, se lograra dar cumplimiento a la responsabilidad fiscal sobre recursos asignados al contrato, lo que hace evidente que el incumplimiento del contrato fue del contratista.

- AUSENCIA DE PRUEBAS PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL SUPUESTO PERJUICIO

Sustentada en que la demanda no cuenta con una descripción de hechos relativa a acciones u omisiones dentro o fuera del contrato, que se relacione con un perjuicio a la viabilidad de una sanción a favor del convocante; ni tampoco cuenta con acervo probatorio que permita concluir que existe una remuneración a cargo de FIDUPREVISORA.

En tal sentido, el excepcionante manifiesta que la demanda se limita a invocar una serie de comunicados cruzados entre la partes del contrato, los cuales se aportan; pero que ello no conduce a un incumplimiento por parte de la convocada; sino que lo único que muestran es el desarrollo de la relación contractual y los inconformismos del contratista frente a los descuentos por glosas en los pagos por cualquier concepto; los que fueron debidamente soportados por el contratante; y que el convocante pretende que “por inercia”, se decreten incumplimientos, omitiendo la carga de la prueba que le asiste.

- DEBIDA APLICACIÓN Y CORRECTA APLICACIÓN DEL INCREMENTO AL VALOR DE LA UPC QUE SE APLICA A LA UPCM.

Aclara inicialmente que la FIDUPREVISORA, ostenta la calidad e fiduciario en el contrato lo que conlleva la administración de los dineros con finalidad específica y actuando como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, cuyos recursos son asignados por el



Ministerio de Salud y Protección Social, quien además es quien impone el valor del aumento por cambio de periodo fiscal o por necesidad de mayores recursos.

Por ello considera que los hechos contenidos en el título 4.2. de los hechos de la demanda carecen de fundamento pues no mencionan los comunicados emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social en los que constan los argumentos que soportan el valor del incremento ordenado.

Agrega que la demostración de un perjuicio por el incremento de la UPC aplicado al contrato, exige un estudio financiero debidamente soportado sobre el desarrollo contractual que pruebe el daño antijurídico; lo cual no se evidencia en el presente caso.

- VIOLACION DEL CONTRATISTA A LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y LEALTAD EN EJECUCION DEL CONTRATO.

Estima que el contratista faltó al cumplimiento de sus obligaciones contractuales frente a la administración, control y depuración de la base de datos y frente a la atención de glosas en los pagos, y pesar de ello pretende reconocimientos de dinero por prestación del servicio a usuarios que no tenían derecho, vulnerando de esta manera los principios de buena fe y lealtad en la ejecución del contrato.

- INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA EL COBRO DE SUPUESTOS PERJUICIOS POR EL CONTRATISTA.

Señala que el pago de las facturas derivadas de la ejecución del contrato estaba sometido al cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato, conforme a la cláusula octava, párrafo tercero; es decir que no bastaba con la presentación de la factura sino que se debían allegar los demás soportes para su trámite.



- PRESCRIPCION DE LA ACCION DE LAS FACTURAS SOBRE LAS QUE SE ALEGA DIFERENCIA ENTRE LO DEBIDO Y LO PAGADO.

Se refiere a las diferencias entre las cápitas pagadas y lo que considera el convocante que debió pagarse; pero que no existe prueba que permita intuir la causa de esa diferencia en la medida que no hay discriminado alguno.

Agrega que en el inventario mensual se identifican valores inferiores a \$79.000, que no corresponden ni al valor de la cápita de un solo usuario, lo que permite concluir que se trata de fracciones de cápita lo que no corresponde a la realidad del contrato.

Añade que los servicios cobrados eran instrumentalizados a través de facturas de venta que se rigen por las prescripciones comerciales sobre la materia en relación con los títulos valores, particularmente las del Código de Comercio que establece una prescripción de tres años para la acción cambiaria respecto de facturas, lo que aplicado al caso le permite concluir que las facturas con antigüedad superior a 3 años están prescritas y en el caso concreto no es procedente la pretensión desde febrero de 2018 hacia atrás.

- CARENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA LA RECLAMACION DE INTERESES.

Sustentada en que los intereses causados por perjuicios en contra de entidades prestadoras de servicios de salud solo procede por los motivos establecidos en el decreto 1282 de 2002, art. 7, es decir en aquellos eventos en que las glosas resulten infundadas, caso en el cual el prestador de servicios de salud tiene derecho a los intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, lo cual no sucede en este caso porque no se ha alegado la inviabilidad de las glosas e incluso fueron atendidas parcialmente dando lugar a pagos parciales.



En este mismo orden de ideas, el decreto 4747 de 2007, en su artículo 23, establece el trámite de las glosas y la pérdida de los perjuicios por no atender las glosas en el término de 15 días y que en este caso la UT, lo hizo solo de manera parcial. Entonces el contratista perdió el derecho al reconocimiento de intereses por ausencia de su propia diligencia.

- **DEBIDA APLICACIÓN DEL INCREMENTO AL VALOR DE LA UPC QUE SE APLICA A LA UPCM**

Sustentada en iguales términos que la anterior denominada: *“DEBIDA APLICACIÓN Y CORRECTA APLICACIÓN DEL INCREMENTO AL VALOR DE LA UPC QUE SE APLICA A LA UPCM.”*

- **COMPENSACION**

Pone de presente que el contrato no fue liquidado bilateralmente razón por la que se adelantan mesas de trabajo para determinar la existencia o no de débitos cruzados entre las partes, y que el dictamen pericial de parte, podría establecer la existencia de valores a cargo del demandante, proponiendo la compensación por tales valores.

- **GENERICA**

Referente a cualquier hecho extintivo del derecho que se encuentre probada dentro del proceso.

2.4. HECHOS RELEVANTES

De acuerdo con las pruebas documentales, testimoniales y periciales que obran en el expediente, se tienen demostrados los siguientes hechos:



2.4.1. Previo proceso de selección del contratista, el día 2 de agosto de 2012, las partes celebraron el contrato de prestación de servicios de salud No. 12076-011-2012, cuyo objeto fue pactado en la cláusula segunda, en los siguientes términos, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula segunda del contrato:

CLÁUSULA 2.- OBJETO. El CONTRATISTA se obliga por medio del presente contrato a garantizar Prestación de los Servicios de Salud para los Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la Región **UNION TEMPORAL MAGISALUD 2** integrada por los departamentos de Huila, Caquetá, Putumayo, Valle del Cauca, Cauca y Nariño, de acuerdo con las condiciones jurídicas, financieras y técnicas definidas en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el CONTRATISTA, y que hacen parte integral del presente contrato.

2.4.2. El plazo de ejecución inicial del contrato, este se pactó en la cláusula sexta del contrato en un lapso de 48 meses, así:

CLÁUSULA 6. PLAZO DEL CONTRATO. El contrato tendrá una duración de cuarenta y ocho (48) meses, contados desde el 2 de agosto de 2012 hasta el 31 de julio de 2016 inclusive, y podrá ser prorrogado previa recomendación por parte del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con base en la evaluación que para tal efecto realice FIDUPREVISORA S.A., según las instrucciones de aquel.

2.4.3. No obstante, el plazo de ejecución fue prorrogado en varias oportunidades, a través de sucesivos otrosíes, extendiéndose su ejecución hasta el día 31 de octubre de 2017, así:²

² Cuaderno de pruebas No. 1, folios 229 y ss.



Que el día veintiocho (28) julio de 2016, las partes suscribieron el **Otrosí No. 1** al Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, mediante el cual se adicionó al valor total del contrato, la suma de **CIENTO UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA Y UN MIL SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$101.353.161.075,00)** incluido IVA, si a ello hubiere lugar y se prorrogó el término de duración hasta el quince (15) de enero de 2017.

Que el día doce (12) enero de 2017, las partes suscribieron el **Otrosí No. 2** al Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, mediante el cual se adicionó al valor total del contrato, la suma de **DIECIOCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$18.587.046.917,00)** incluido IVA, si a ello hubiere lugar y se prorrogó el término de duración hasta el quince (15) de febrero de 2017.

Que el día diez (10) febrero de 2017, las partes suscribieron el **Otrosí No. 3** al Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, mediante el cual se adicionó al valor total del contrato, la suma de **SETENTA MIL NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS (\$70.094.691.590,00)** incluido IVA, si a ello hubiere lugar y se prorrogó el término de duración hasta el treinta y uno (31) de mayo de 2017.

Que el día treinta y uno (31) mayo de 2017, las partes suscribieron el **Otrosí No. 4** al Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, mediante el cual se adicionó al valor total del contrato, la suma de **OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS (\$87.765.466.175,00)** incluido IVA, si a ello hubiere lugar y se prorrogó el término de duración hasta el treinta (30) de septiembre de 2017.

2.4.4. De igual manera, el día 27 de septiembre de 2017, se perfeccionó el otrosí No. 5, en el cual se pactaron las siguientes cláusulas:

CLÁUSULAS

CLÁUSULA PRIMERA.- PRORROGAR el plazo de ejecución del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, hasta el treinta y uno (31) de octubre de 2017.

CLÁUSULA SEGUNDA.- ADICIONAR al valor total del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-011-2012, la suma de **VEINTIUN MIL DOSCIENTOS SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$21.260.493.924,00)** incluido IVA, si a ello hubiere lugar.

PARÁGRAFO PRIMERO: El valor total del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, después de esta adición, asciende a la suma de **NOVECIENTOS OCHO MIL SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$908.060.859.681,00)** incluido IVA, si a ello hubiere lugar.



PARÁGRAFO SEGUNDO: El presente otrosí cuenta con recursos suficientes conforme al Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 3855 de fecha 29 de septiembre de 2017, por un valor de **DIECINUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS DIECISEIS PESOS (\$19.772.581.716,00) M/CTE** y Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 3865 de fecha 29 de septiembre de 2017, por un valor de **MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS (\$1.487.912.208,00) M/CTE.**

CLÁUSULA TERCERA.- VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES.- Quedan vigentes todas las estipulaciones del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012 y que no hayan sufrido modificación alguna, por lo acordado en este documento.

CLÁUSULA CUARTA.- GARANTÍAS.- El CONTRATISTA se obliga a modificar las garantías constituidas en virtud del Contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012 de conformidad con el presente otrosí.

CLÁUSULA QUINTA.- PERFECCIONAMIENTO: El presente Otrosí tiene efectos a partir de su suscripción y se perfecciona con la firma de las partes.

Fecha de Perfeccionamiento: **29 SET. 2017**

2.4.5. En cuanto al valor del contrato, este fue estipulado en la cláusula 7 del contrato:

CLÁUSULA 7. VALOR DEL CONTRATO. Para todos los efectos legales y fiscales y dada la modalidad de contratación, el valor del contrato es de cuantía **INDETERMINADA PERO DETERMINABLE**, de acuerdo con el número de afiliados y beneficiarios registrados por los contratistas a FIDUPREVISORA S.A., multiplicado por la UPCM respectivas. No obstante, para fines presupuestales y de suscripción de la garantía única, el valor del contrato será de **SEISCIENTOS NUEVE MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$609.000.000.000)** resultante del producto del número de usuarios determinado para la región o a través del procedimiento de libre elección, en aquellas regiones donde apliqué, multiplicado por el valor de la UPC del régimen contributivo, mas el 48.32% del valor de la UPC del magisterio. Esta ecuación se ajustara, para los pagos mensuales, en los porcentajes que se tengan establecidos, para cada región y contratista. No obstante lo anterior, la cuantía podrá modificarse posteriormente de acuerdo con el número de afiliados registrados por FIDUPREVISORA S.A..

2.4.6. La forma de pago, se pactó en la cláusula octava, bajo las modalidades denominadas **POR CAPITACIÓN Y POR EVENTO** (cláusula 8):

CLÁUSULA 8. FORMA DE PAGO. Los pagos al contratista se harán por mes anticipado, con base en la liquidación mensual del número de afiliados inscritos y la UPCM correspondiente por zona geográfica y grupo etario, dentro de los diez días siguientes a la aprobación de la liquidación, para lo cual se tendrá en cuenta las siguientes formas:

- Por capitación, el cual consiste en reconocer, por cada uno de los afiliados y sus beneficiarios, el valor calculado de acuerdo con lo establecido en el Pliegos de Condiciones. Este sistema aplicará para los servicios contemplados en todos los niveles de complejidad.



- El valor de (2.5%) le será descontado mensualmente de la UPCM a los contratistas, como se establece en el Pliego de Condiciones, para enviar al Fondo Único de Alto Costo. La entidad contratista podrá hacer recobros a este fondo para cubrir aquellas rubros que sobrepasen el 15% de la UPCM Regional resultado de la atención de las patologías determinadas como de Alto Costo y que son el soporte del encargo fiduciario. Las cifras descontadas no serán reembolsadas a los Contratistas. Los rendimientos financieros del

encargo fiduciario serán distribuidos de la siguiente manera: (i) un porcentaje se destinará a cubrir los costos del encargo fiduciario y, (ii) el saldo, permanecerá en el encargo fiduciario.

- La capitación de los tres (3) primeros meses se realizará con base en la población entregada al contratista a la firma del contrato, que corresponde a la generada por la base de datos con corte a 30 de junio de 2012, mientras que del cuarto (4) mes en adelante se reconocerá de acuerdo con las bases de datos soportadas con las hojas de afiliación, aportadas por el contratista y consolidadas por FIDUPREVISORA. En todo caso se realizará la revisión de las capitaciones de los primeros seis meses, sobre la base real de la población afiliada en este periodo inicial, descontando o reintegrando, según sea el caso.
- Se reconocerá por evento las atenciones de Promoción de la Salud y Prevención de las Enfermedades originadas por enfermedad general o Salud Ocupacional, según lo establecido en la matriz de actividades y tarifas en las Matrices de los Apéndices N°3 A y N°7 A.

Los valores reconocidos, tanto por capitación como por evento, son con cargo a la UPCM, con la cual se garantiza la totalidad de los servicios de salud señalados en el Pliego de condiciones, sin que haya lugar al pago de valores superiores a lo definido aquí.

PARÁGRAFO PRIMERO. Al inicio de cada año se ajustará el valor de la UPCM en igual porcentaje al que se ajuste la UPC del Régimen Contributivo teniendo como base la definición que establezca la Comisión de Regulación en Salud (CRES) con respecto a la UPC. El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá aplicar cualquier incremento extraordinario en el valor de la UPCM fijada para el Fondo previo estudio que muestre la necesidad de los mismos. No se aplicará ningún aumento extraordinario que se haga a la UPC del Régimen Contributivo por parte de la CRES como resultado de inclusión de servicios al POS siempre y cuando estos no estén cubiertos tampoco por el Plan de Beneficios del Magisterio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El valor mensual del contrato se ajustará durante la vigencia del mismo, de acuerdo con las novedades de retiro e inscripción de afiliados que reporte FIDUPREVISORA S.A teniendo en cuenta las variaciones de los grupos etarios y las zonas geográficas. El ajuste se hará por cada día en que se haga efectiva la novedad de ingreso o de retiro de cada afiliado (docente activo o pensionado) de la base de datos. La UPC Promedio Regional del Magisterio se calculará para el año calendario con la población del mes de enero de cada año.

PARÁGRAFO TERCERO. Para efectos del pago de los servicios el contratista deberá cumplir con los siguientes requisitos: (1) La certificación escrita de cumplimiento por parte del Supervisor o Interventor Médico externo del contrato; (2) La certificación de cumplimiento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensión, Riesgos Profesionales y aportes



para fiscales establecidos en la Ley 100 de 1993, Ley 789/02, Ley 797/03, Decreto 1703/02, Decreto 2170/02, Decreto 510 de 2003 la Ley 828 de 2003 y demás normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan; (3) La presentación de la respectiva factura con el visto bueno del Supervisor del contrato; y (4) Los requisitos establecidos para facturación del Apéndice 5 Componente administrativo.

2.5.6. LIQUIDACION DEL CONTRATO: En la cláusula 17, las partes pactaron que el contrato se liquidaría de la siguiente manera:

CLÁUSULA 17 LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. Sin perjuicio de que las partes realicen liquidaciones parciales anualmente, el contrato, por ser de tracto sucesivo, deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y Artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007. Por tal motivo el Contratista deberá presentar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la terminación del Contrato a LA FIDUCIARIA o a quién este designe, la relación de las historias clínicas y demás documentos relacionados con los aspectos médicos de las personas que cubre el contrato, así como la información técnica, científica y estadística que se requiera; para que con base en dicha información se proceda a elaborar el

acta de liquidación correspondiente. En caso de que no se efectue la liquidación bilateral se dará aplicación al artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007.

No obstante, hasta el momento no se ha liquidado el contrato, pese a que la entidad convocada ha solicitado la comparecencia del contratista para perfeccionar la respectiva liquidación bilateral, a lo cual éste se ha opuesto; solicitando a este Tribunal que decretara la medida cautelar que impidiera a la convocada efectuar la liquidación del contrato, la cual fue negada por el Tribunal. Es decir que hasta al momento el contrato no ha sido liquidado bilateral ni unilateralmente

2. EL LAUDO ARBITRAL

Agotado el trámite del proceso, el día 28 de abril de 2020; se profirió el respectivo laudo arbitral en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, resolviendo lo siguiente:



Primero: *Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, declarar probadas las siguientes excepciones formuladas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora S.A, así:*

La cuarta excepción, denominada “Ausencia de pruebas para demostrar la existencia del supuesto perjuicio”, prospera en relación con el cuarto grupo de pretensiones denominado “pretensiones respecto de la aplicación de la UPC” y prospera igualmente en relación con el sexto grupo de pretensiones denominado “pretensiones respecto de la falta de reconocimiento de la totalidad de usuarios afiliados y cubiertos por la Unión Temporal Magisalud 2”.

La quinta excepción, denominada “Debida aplicación y correcta aplicación del incremento al valor de la UPC que se aplica a la UPCM”, junto con la décima excepción denominada “De la debida aplicación del incremento al valor de la UPC que se aplica a la UPCM”, prosperan íntegramente.

La excepción denominada “de ausencia de derecho para el reconocimiento de perjuicios de usuarios contenidos en la base denominada MERES”, prospera íntegramente.

La excepción denominada “de la ejecución del contrato y los actos de disposición de las partes que resolvieron sus diferencias”, junto con la excepción denominada “de la firmeza de las glosas y la ausencia de diligencia en la prueba para su levantamiento por decisión judicial”, prosperan parcialmente.

Finalmente, en cuanto a la excepción denominada “de indebida liquidación de intereses de mora por el contratista”, la misma prospera íntegramente.

Segundo: *Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, desestimar las restantes excepciones de mérito.*

Tercero: ACCEDER A LA PRETENSIÓN PRIMERA, *declarando que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. incumplió la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto no envió dentro del plazo contractualmente establecido las bases de datos en las que se estarían reportando las capitas que según el FONDO serían válidas.*



Cuarto: NEGAR LA PRETENSIÓN SEGUNDA, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

Quinto: ACCEDER A LA PRETENSIÓN TERCERA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto no envió las bases de datos contentivas de las glosas reportadas, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

Sexto: ACCEDER A LA PRETENSIÓN CUARTA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto la Unión Temporal MAGISALUD 2 solo tuvo acceso a las bases de datos correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, por fuera de los términos contractuales y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Séptimo: ACCEDER A LA PRETENSIÓN QUINTA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. de la obligación establecida en la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por cuanto la Unión Temporal MAGISALUD 2 tuvo acceso a las bases de datos correspondientes a los años 2015 y 2016, por fuera de los términos contractuales y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Octavo: ACCEDER A LA PRETENSION SEXTA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en cuanto a su obligación establecida en el numeral 4 de la Cláusula Quinta del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la



Unión Temporal MAGISALUD 2, en lo que respecta a la obligación de entrega de las bases de datos a la firma del contrato, durante la ejecución y hacer novedades.

Noveno: NO ACCEDER A LA PRETENSION SEPTIMA, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo: ACCEDER A LA PRETENSION OCTAVA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A de las obligaciones establecidas en la Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de las facturas de **Alto Costo**.

Décimo Primero: ACCEDER A LA PRETENSION NOVENA, condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2, de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2, de las facturas de **Promoción y Prevención**, perjuicio que asciende a la suma de **CINCO MIL VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTAY NUEVE PESOS (\$5.028.625.839)**

Décimo Segundo: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del Contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2 por el no pago de las facturas por concepto de **Salud Ocupacional**.

Décimo Tercero: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA PRIMERA, condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al pago a la



*Unión Temporal MAGISALUD 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de las facturas por concepto de **Salud Ocupacional**, perjuicio que asciende a la suma de **SEIS MIL CIENTO TRECE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETENTA Y NUEVE PESOS (\$ 6.113.898.079)**.*

Décimo Cuarto: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA SEGUNDA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en cuanto a las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2, de las facturas por concepto de **Recobro**.

Décimo Quinto: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA TERCERA condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de las facturas que a la fecha no han sido pagadas por concepto de **Recobro**, perjuicio que asciende a la suma de **CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO CATORCE PESOS (\$5.494.525.114)**.

Décimo Sexto: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA CUARTA declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el



*Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de las facturas por concepto de **Capitación** enlistadas en el Anexo del Laudo.*

Décimo Séptimo: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA QUINTA condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A al pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2, de los perjuicios causados por el no pago oportuno de las facturas de **Capitación** enlistadas en el Anexo del Laudo, intereses moratorios que ascienden a la suma de **DIEZ MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$10.375.674.918).**

Décimo Octavo: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA SEXTA declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Alto Costo** enlistadas en el Anexo del Laudo

Décimo Noveno: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA SÉPTIMA condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A al pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas de **Alto Costo** enlistadas en el Anexo del Laudo, intereses moratorios que ascienden a la suma de **SETENTA MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$ 70.155.578.373).**

Vigésimo: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA OCTAVA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL



MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Promoción y Prevención** enlistadas en el Anexo del Laudo.

Vigésimo Primero: ACCEDER A LA PRETENSION DÉCIMA NOVENA condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., al pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas de **Promoción y Prevención** enlistadas en el Anexo del Laudo, intereses moratorios que ascienden a la suma de **CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS QUINCE MIL CIENTO CINCUENTA Y UN PESOS (\$4.261.315.151)**.

Vigésimo Segundo: ACCEDER A LA PRETENSION VIGÉSIMA declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la Unión Temporal MAGISALUD 2 por concepto de **Salud Ocupacional** enlistadas en el Anexo del Laudo.

Vigésimo Tercero: ACCEDER A LA PRETENSION VIGÉSIMA PRIMERA condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre



el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por concepto del no pago oportuno de las facturas de **Salud Ocupacional** enlistadas en el Anexo del Laudo, intereses moratorios que ascienden a la suma de **CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$4.832.884.126)**.

Vigésimo Cuarto: ACCEDER A LA PRETENSION VIGÉSIMA SEGUNDA declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del Contrato para la prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de las facturas por concepto de **Recobro** enlistadas en el Anexo del Laudo.

Vigésimo Quinto: ACCEDER A LA PRETENSION VIGÉSIMA TERCERA condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A al pago a la Unión Temporal MAGISALUD 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico-Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, por el no pago oportuno de las facturas por concepto de **Recobro** enlistadas en el Anexo del Laudo, intereses moratorios que ascienden a la suma de **CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$ 5.322.940.210)**.

Vigésimo Sexto: NEGAR LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

Vigésimo Séptimo: ACOGER LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA, declarando que el aumento de la UPC para los años 2014, 2015, 2016 y 2017, corresponde al definido por el Ministerio de Salud y Protección Social, con los precisos alcances expuestos en la parte motiva.



Vigésimo Octavo: NEGAR LAS PRETENSIONES VIGÉSIMA SEXTA, VIGÉSIMA SÉPTIMA, VIGÉSIMA OCTAVA, VIGÉSIMA NOVENA Y TRIGÉSIMA, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

Vigésimo Noveno: ACCEDER A LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA PRIMERA, declarando que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. incumplió el contrato por el hecho de no dar aplicación al Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas proferido por el Ministerio de Salud, en los términos expuestos en la parte motiva.

Trigésimo: ACCEDER A LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SEGUNDA declarando que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. por el hecho de no aplicar el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas, ha dejado de reconocer los servicios de salud debidamente prestados por la Unión Temporal Magisalud 2 en los casos en que ello quedó acreditado y en los términos expuestos en la parte motiva de este laudo arbitral.

Trigésimo Primero: ACCEDER A LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA, declarando que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. carece de competencia temporal para aplicar glosas una vez vencido el término dentro del cual debió haber aplicado el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas y dentro del término legal previsto para ello.

Trigésimo Segundo: ACCEDER A LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA CUARTA, de conformidad con las precisiones hechas en la parte motiva, declarando que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. debe reconocer a la UT Magisalud 2 el valor correspondiente a las glosas indebidamente formuladas por los siguientes conceptos: Multiafiliación, Tipo y Número de documento no valido, Cancelación por muerte, Cancelación por fraude, Duplicado fonético, Baja por suspensión de los derechos políticos y cancelación por doble cedula, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

Trigésimo Tercero: ACCEDER A LA PRETENSION TRIGÉSIMA QUINTA, condenando al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A al pago a la UT Magisalud 2 de los perjuicios causados por la aplicación indebida de glosas por falta de fundamento en los conceptos de Multiafiliación, Tipo y Número de documento no valido, Cancelación por muerte, Cancelación por fraude, Duplicado fonético, Baja por suspensión de los derechos políticos y cancelación por doble



cedulación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, por la suma de **VEINTE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$20.598.400.812)**

Trigésimo Cuarto: *NEGAR LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SEXTA, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.*

Trigésimo Quinto: *NEGAR LAS PRETENSIONES TRIGÉSIMA SÉPTIMA, TRIGÉSIMA OCTAVA Y TRIGÉSIMA NOVENA, por las razones expuestas en la parte motiva.*

Trigésimo Sexto: *Abstenerse de condenar en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.*

Trigésimo Séptimo: *Declarar que no procede la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.*

Trigésimo Octavo: *Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente que corresponda de la partida de gastos que no se haya utilizado, si a ello hubiere lugar. Las partes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.*

Trigésimo Noveno: *Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y la secretaria, para lo cual, la Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.*

Cuadragésimo: *Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con destino a las partes y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, con las constancias de ley, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

Cuadragésimo Primero: *Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.”*



3. LA SOLICITUD DE ACLARACION O CORRECCIÓN DEL LAUDO, PRESENTADA POR LA PARTE CONVOCANTE Y LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Una vez notificada del laudo arbitral que resolvió la presente controversia, la parte convocada, solicitó la corrección del laudo, en los siguientes aspectos:

“PRIMERO: Corregir el laudo y decretar la compensación de la cifra reconocida por (sic) Tribunal como saldo a favor de la convocante por valor de CATORCE MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$14.424.377.769), realizando un ajuste en el valor total de la condena.

SEGUNDO: Consecuencialmente, corregir el error aritmético derivado de una errada estimación de la diferencia del valor de las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda contra el valor de la condena, realizando los ajustes aritméticos y aplicando los efectos establecidos en el artículo 206 del C.G.P.”

La anterior petición fue resuelta por el panel arbitral mediante auto del 12 de mayo de 2020, providencia en la que se resolvió negar las solicitudes de corrección del Laudo presentadas por el apoderado de la convocada en su escrito del 8 de mayo de 2020.

4. DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

Dentro del término legal, mediante escrito radicado ante el Tribunal Arbitral, el apoderado de la parte convocada, interpuso y sustentó el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral de fecha 28 de abril de 2020; incluida la decisión proferida el 12 de mayo de 2020, que negó la corrección del laudo arbitral.

4.1. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL

Previo a la sustentación del recurso, el apoderado de la parte convocante, solicitó la suspensión del cumplimiento del laudo, en virtud de lo previsto en el artículo 42 tercer párrafo de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor:



“La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión.”

Lo anterior, con fundamento en que la parte condenada es una entidad pública cuya naturaleza es la de una cuenta especial de la Nación y que se trata de recursos públicos.

4.2. CAUSALES INVOCADAS

En el contenido del memorial del recurso de anulación, el apoderado de la parte convocante invocó y sustentó las causales establecidas en los numerales primero, segundo, sexto, séptimo, octavo y noveno del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, las cuales sustentó así:

4.2.1. PRIMER CARGO: CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. LA INEXISTENCIA, INVALIDEZ E INOPONIBILIDAD DEL PACTO ARBITRAL; LA FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Inicia señalando que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, las denominadas **cláusulas escalonadas**; en materia de solución alternativa de controversias, van en contravía del artículo 13 del Código General del Proceso, de tal manera que al pactarse en el presente caso se genera una causal de nulidad absoluta por objeto insaneable, por objeto ilícito y en consecuencia debe declararse de oficio la falta de competencia y de jurisdicción.

Así las cosas, previa cita de la cláusula 23 del contrato que origina la controversia y que es del siguiente tenor:

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- *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 remita a la otra.

Señala que en forma confusa, se plantean en forma simultánea dos mecanismos de heterocomposición como son la conciliación y la amigable composición y uno de autocomposición como lo es la transacción, sin precisar cuál de ellos deberá plantearse primero, cual segundo y cual tercero, o si son viables los tres al mismo tiempo y que se omitió indicar cómo habrían de funcionar la conciliación ni la amigable composición, incurriendo en el vicio indicado en el numeral 28 visible en la página 11 de la providencia dictada por el Honorable Consejo de Estado el 18 de julio de 2019, dentro del expediente 25000-23-36-000-2017-00601- 01(62930), donde se sostuvo la inviabilidad legal de aceptar tal tipo de cláusulas.

Precisa entonces que la invalidez de la cláusula 23 del contrato determina no solamente la imposibilidad de darle aplicación a tal estipulación sino, además, la falta de jurisdicción y competencia del tribunal arbitral constituido

Agrega que la función de los árbitros es transitoria y limitada temporalmente, de tal manera que en sentido estricto no ejercen función judicial.

De otra parte, pone de presente la inaplicabilidad del penúltimo inciso del art. 41 e la ley 1563, relativo a la condición de procedibilidad de las causales 1,2 y 3, de haber interpuesto el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia por el tribunal arbitral, en la medida que se involucran la jurisdicción y competencia.

Concluye el cargo diciendo que al ser inconstitucional, violatorio de compromisos internacionales, estando derogado tácitamente y deviniendo inaplicable el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y resultando claro que se está ante una cláusula confusa, ambigua, inaplicable y escalonada en la estipulación vigésimo tercera del contrato que fue objeto de pronunciamiento por



parte del Tribunal de Arbitraje que emitió el laudo cuya nulidad se pretende, la cual puede ser tildada de patológica, resulta viable afirmar tajantemente que se está ante:

- La nulidad, invalidez e inoponibilidad de la cláusula 23 del contrato suscrito entre quienes han sido contendientes en el proceso arbitral en contra de cuyo laudo se interpone el presente recurso;
- La falta de jurisdicción y de competencia que es endilgable respecto del tribunal arbitral que emitió el laudo.

Estando estos dos motivos de anulación del laudo arbitral expresamente consagrados como causales de invalidación del mismo en los numerales primero y segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y habiéndose éstos configurado en el presente caso, considera pertinente declarar la nulidad de dicha decisión del tribunal arbitral.

4.2.2. SEGUNDO CARGO: CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. LA INEXISTENCIA, INVALIDEZ E INOPONIBILIDAD DEL PACTO ARBITRAL; VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA DECIDIR Y LA FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En la sustentación, precisa que legalmente el término de duración del proceso arbitral es de 6 meses dentro de los cuales se debe proferir y notificar la decisión de los árbitros, incluida aquella que resuelve la solicitud de aclaración o corrección; lapso que se cuenta a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; el cual puede prorrogarse por solicitud de las partes hasta por un término adicional de 6 meses.

Luego, señala que en el caso concreto, las partes solicitaron la prórroga hasta por 6 meses más, y como la primera audiencia de trámite terminó el 18 de marzo de 2019, el plazo máximo que tenía el tribunal arbitral, antes de perder competencia y



jurisdicción, vencía el 18 de marzo de 2020; y como el laudo se profirió el 28 o 30 de abril; y la decisión sobre la adición o corrección del laudo, se llevó a cabo el 12 de mayo de 2020, considera que fue extemporáneo y consecuencia se configura la causal de anulación del laudo.

Aclara que no es admisible lo argumentado por los árbitros en el segundo párrafo de la página 27 del laudo, en el sentido de pretender que al plazo máximo previsto en forma imperativa por la ley deban adicionarse treinta y ocho días, por virtud de las solicitudes de suspensión formuladas por las partes, por cuanto esa adición va en contra de normas imperativas como los arts. 13, 16, 117, y 121 del Código General del Proceso.

4.2.3. TERCER CARGO: CAUSAL SEPTIMA ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. HABER EMITIDO EL FALLO EN CONCIENCIA, DEBIENDO SER EN DERECHO.

Se edifica este cargo, en errores probatorios del tribunal arbitral, en los siguientes aspectos:

- Dar por probadas las sumas que la convocada al proceso debe pagarle a la convocante, con base en el dictamen rendido por la firma Legal Métrica SAS, sin estar ello probado con un medio probatorio legalmente decretado, practicado y controvertido;
- No dar por probadas las justificaciones a las glosas, a los reparos por multiafiliaciones, a las objeciones por la indebida utilización de los rubros de alto costo y a la equivocada utilización del factor del 2% en lugar del 1,8%, que fueron indicadas por el perito ACT ACTUARIOS SAS.
- No dar por probado, estándolo, que la parte convocante había vulnerado el límite al juramento estimatorio previsto en el artículo 206 del Código



General del Proceso, con la modificación contenida en el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.

En tal sentido, el recurrente censura la valoración del dictamen pericial rendido por la firma LEGALMETRICA SAS; por cuanto el tribunal otorgó un plazo adicional para presentar el dictamen a partir de una diligencia de exhibición de documentos y por sostener que el mismo no podía rendirse hasta tanto no se hubieran exhibido las bases de datos y que para tal actualización era indispensable tener acceso a las facturas solicitadas.

En este orden de ideas estima que son notorios, trascendentes, evidentes y vulneratorios de las reglas que rigen la disciplina probatoria, debido a que:

- Las facturas a las que se refiere el segundo resalto subrayado del párrafo de la página 74 del laudo debían estar en poder del convocante del tribunal arbitral, por virtud de lo dispuesto en los artículos 19 numeral 4º del Código de Comercio y 1º de la Ley 1231 de 2009 que modificó al artículo 772 del Código de Comercio, lo cual determina que no era viable un plazo adicional para rendir una actualización a un dictamen dependiendo de una exhibición de documentos que ya tenía en su poder la parte interesada en la experticia;

- El artículo 227 del Código General del Proceso determina que las partes deberán aportar los dictámenes rendidos por peritos contratados por ellas mismas en las oportunidades para solicitar las pruebas, que en relación con los demandantes no son otras que: la demanda (artículo 82 numeral 6º del Código General del Proceso), el traslado de las excepciones de fondo (artículo 370 del Código General del Proceso), la contestación a la demanda de reconvención (artículos 371 y 96 numeral 4º del Código General del Proceso) y al interponer el recurso de casación (artículo 339 del Código General del Proceso);

Por ende y al no existir la oportunidad procesal que los árbitros crearon a favor de la parte convocante para aportar la adición al dictamen y al darle mérito probatorio al mismo se ha producido una transgresión respecto de las normas que regulan la actividad probatoria.

6º.) Aparte de lo anterior, si lo imprescindible para la actualización del dictamen eran las facturas, como lo señalaron los árbitros en la segunda parte del párrafo



de la página 74 del laudo que arriba se transcribió, no podía a partir de unos documentos que debe tener la parte convocante por virtud de los artículos 19 y 772 del Código de Comercio y 1º de la Ley 1231 de 2009, crearse una oportunidad adicional para realizar tal actualización.

7º.) Es viable sostener entonces que al haberse creado una oportunidad no prevista en la ley para realizar la actualización de un dictamen pericial y por permitirse a quien tenía las facturas en su poder adicionar el plazo para presentar el experticio pretextando una exhibición de documentos, se trasgredieron en forma abierta, trascendente y notoria las reglas objetivas que rigen la disciplina probatoria y ello determina la ilegalidad de esta prueba.

8º.) La trascendencia del yerro cometido por los árbitros en relación con esta prueba se evidencia directamente en las páginas 92, 236, 268, 407, 408, 410, 412, 417, 422, 426, 430, 434 y 435 del laudo fechado 28 y 30 de abril de 2020.

Destaca, luego de las respectivas transcripciones de los apartes del laudo que: *“Es evidente entonces cómo en quince apartes del laudo, los árbitros utilizaron el dictamen pericial rendido por Legal Métrica como fundamento concreto y directo de las sumas que ordenaron pagarle a la convocante del tribunal, lo cual, habida cuenta de la infracción de las reglas legales de carácter probatorio en que incurrieron los falladores, lo cual determina la existencia de un error insalvable que genera la causal de nulidad consagrada por el numeral séptimo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.*

Concluye entonces que, como el informe de Legal Métrica SAS fue apreciado y valorado vulnerando las reglas legales mencionadas, al haber sido elemento fundamental para el laudo fechado 28 y 30 de abril de 2020, se ha demostrado la existencia del error y su trascendencia, lo cual debe permitir al Honorable Consejo de Estado declarar la prosperidad de la causal séptima de nulidad del laudo.

En relación con el dictamen de la firma ACTUARIOS SAS, el recurrente acusa el laudo de haber incurrido en yerros por falta de apreciación porque para determinar cuál de los dictámenes tenía mayor poder de convicción debe tenerse en cuenta el comportamiento del perito en la audiencia, oportunidad que no fue posible debido a que la parte convocante desistió de interrogar al perito.



Luego de citar los respectivos apartes del laudo, el recurrente concluye lo siguiente:

5º.) *Es evidente entonces cómo en las páginas 408 y 434 del laudo y en otros múltiples apartes del mismo, los árbitros dieron preponderancia al dictamen pericial rendido por LEGAL MÉTRICA por encima del elaborado por ACT ACTUARIOS, como fundamento concreto y directo de las sumas que ordenaron pagarle a la convocante del tribunal, utilizando ese dictamen irregularmente practicado en lugar de éste otro que obtuvo mayor firmeza por haber desistido la convocante del interrogatorio que había solicitado respecto del perito.*

6º.) *Esa transgresión de las reglas legales que rigen la legalidad de la prueba y regulan lo atinente a su valoración determina la existencia de un error insalvable que genera la causal de nulidad consagrada por el numeral séptimo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.*

7º.) *Las reglas legales de estirpe probatorio que fueron vulneradas en el laudo al aceptar como medio de convicción el informe rendido por Legal Métrica SAS y darle preponderancia sobre el rendido por Act Actuarios, para utilizarlo como fundamento para decidir son el artículo 232 del Código General del Proceso, en virtud del cual es dable afirmar que ante la existencia de dos informes periciales, a la hora de determinar cuál tendrá mayor poder de convicción debe tenerse en cuenta el comportamiento del perito en la audiencia, siendo claro que en relación con ACT ACTUARIOS SAS no hubo esa oportunidad, debido a que la parte convocante desistió de interrogar al experto, lo cual le daba mayor solidez a este medio de convicción que al elaborado por Legal Métrica, el cual no puede ser aceptado como prueba por virtud de la transgresión a las reglas legales contenidas en los artículos 19 numeral 4º del Código de Comercio y 1º de la Ley 1231 de 2009 que modificó al artículo 772 del Código de Comercio, 82 numeral 6º, 96 numeral 4º, 164, 173 inciso 1º, 227, 339, 370 y 371 del Código General del Proceso.*

8º.) *Y como ese informe de Legal Métrica SAS fue apreciado y valorado por encima del de Act Actuarios SAS, vulnerando las reglas legales mencionadas, al haber sido elemento fundamental para el laudo fechado 28 y 30 de abril de 2020, se ha demostrado la existencia del error y su trascendencia, lo cual debe permitir al Honorable Consejo de Estado declarar la prosperidad de la causal séptima de nulidad del laudo.*



4.2.4. CUARTO CARGO: CAUSAL OCTAVA, ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. CONTENER EL LAUDO DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS, ERRORES ARITMÉTICOS O ERRORES POR OMISIÓN O CAMBIO DE PALABRAS O ALTERACIÓN DE ESTAS, SIEMPRE QUE ESTÉN COMPRENDIDAS EN LA PARTE RESOLUTIVA O INFLUYAN EN ELLA.

La sustentación de este cargo se basa en las mismas consideraciones relativas al juramento estimatorio que fueron planteadas en el cargo anterior, pues el recurrente considera que existen errores aritméticos en el cálculo efectuado por el tribunal respecto de la cuantificación del juramento estimatorio.

4.2.5. QUINTO CARGO: CAUSAL NOVENA, ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. HABER RECAÍDO EL LAUDO SOBRE ASPECTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS, HABER CONCEDIDO MÁS DE LO PEDIDO O NO HABER DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMENTO.

Sustenta el recurrente que el tribunal modificó de manera oficiosa e ilegal la demanda, pues en presencia de un error del convocante, procedió a adaptar la demanda a otra cláusula respecto de la cual no se había solicitado incumplimiento:

En tal sentido señaló:

“Pues bien, en las pretensiones de la convocatoria del tribunal, la unión temporal accionante pidió que se declarara incumplida por parte de la convocada la cláusula cuarta del contrato que las vinculó.

3º.) Siendo clara esa manifestación de voluntad de la convocante, la cual estaba asistida de defensor técnico, los árbitros decidieron modificar oficiosamente la demanda para afirmar que las pretensiones se referían era al incumplimiento de la cláusula quinta, tal como se constata en la hoja 274 del laudo, donde afirmaron los falladores:

Para finalizar, como consecuencia del detallado análisis expuesto en precedencia, para efectos de la parte resolutive del laudo, observa el Tribunal en relación con las pretensiones octava a décima tercera, así como con las pretensiones decima cuarta a vigésima tercera, que la convocante invoca como incumplidas por la convocada



las cláusulas cuarta y octava del Contrato suscrito entre las partes de este proceso. Con todo, observa el Tribunal que la cláusula cuarta del Contrato versa sobre las obligaciones de la propia convocante, lo que carece de sentido, pues la cláusula cuarta corresponde a las obligaciones a cargo de la propia convocada, lo que hace patente que la Convocante citó por error la cláusula cuarta, cuando ha debido citar la quinta, como lo hace en los hechos de la demanda reformada.

Ante la evidencia de un error de la convocante al invocar como incumplida la cláusula cuarta, que se refiere a sus propias obligaciones, y no la quinta, que sí corresponde a las obligaciones a cargo de la Convocada, en particular el numeral 3 de la misma, de acuerdo con el cual es obligación del FOMAG pagar el valor del contrato en los términos y condiciones establecidos en el presente, acude el tribunal a su facultad de interpretar la demanda, armonizada con la contestación de la misma presentada por la convocada, con fundamento en lo dispuesto en el artículos 228 de la Constitución Política y de conformidad con reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual el juez está facultado para interpretar la demanda, siempre que con ello no la altere, ni suplante al actor. (Resaltos míos).

5. CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar brevemente, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, entre las características del recurso de anulación se destacan su **excepcionalidad**, así como su **carácter restrictivo y extraordinario**, en la medida que no solo no constituye una instancia adicional, puesto que el arbitramento es un proceso de única instancia; sino además porque la autoridad judicial no es superior funcional de los árbitros.

Al respecto, esa Corporación, ha sostenido³:

...la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha precisado que el recurso de anulación: (i) es de carácter excepcional, restrictivo, extraordinario y, por consiguiente, no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, (ii) en principio, se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo, (iii) permite atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo (errores in iudicando), puesto que el juez de anulación no es superior funcional del Tribunal de Arbitramento, iv) excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido

³ Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015). Radicación: 110010326000201500018 00 No. interno: 53.054



sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, v) está gobernado por el “principio dispositivo”, de modo que es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra, de modo que al juez no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario, vi) procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme, excepción que es, “a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”, vii) dado el carácter restrictivo que caracteriza este recurso, impone al juez de la anulación el deber de rechazar de plano el recurso cuando su interposición sea extemporánea, no se haya sustentado oportunamente o las causales invocadas no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (artículo 42, Ley 1563 de 2012).”

“Es incuestionable que a través del recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, es decir, por errores in iudicando, es decir, aquellos en los que incurre el juez al efectuar los razonamientos jurídicos sobre el derecho debatido (vicios de juicio), por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea de la norma sustancial. Ello es así, porque el recurso extraordinario de anulación no constituye una instancia adicional al proceso arbitral, en la cual se puedan corregir los yerros de tal raigambre o se puedan desestimar o rectificar los razonamientos del juez arbitral en relación con el fondo del asunto, como sí sucede en los recursos ordinarios. Eso significa que el juez de la anulación no es superior funcional del juez arbitral. Por el contrario, cuando el Tribunal de Arbitramento ha incurrido en errores in procedendo, es decir, aquellos que se configuran por la “... inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución in omittendo), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (inejecución in faciendo), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe” (vicio de actividad), se abre paso el recurso extraordinario de anulación.”

Sentado lo anterior, el Ministerio Público se pronuncia inicialmente sobre la **solicitud de suspensión del cumplimiento del laudo**, deprecada por el apoderado de la parte convocada y recurrente en este caso. Al respecto, esta agencia del Ministerio Público es del criterio que la misma es procedente en virtud



de lo previsto en el artículo 42 tercer párrafo de la Ley 1563 de 2012, en la medida que la parte condenada es una entidad pública⁴ al tenor de lo dispuesto en el artículo 104 de la ley 1437 de 2011:

Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Ahora bien, en lo que atañe al recurso propiamente, se pronuncia el Ministerio Público como sigue a continuación:

5.1.1. PRIMER CARGO: CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. LA INEXISTENCIA, INVALIDEZ E INOPONIBILIDAD DEL PACTO ARBITRAL; LA FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

El recurrente considera que el panel arbitral carece de jurisdicción y de competencia, con fundamento en que la cláusula 23 que contiene el pacto arbitral, está viciada de nulidad, de invalidez y no es oponible entre las partes que suscribieron el contrato.

En la sustentación indica que tal como está redactada contiene una cláusula escalonada que resulta patológica en la medida que condiciona la jurisdicción y competencia de los árbitros a una especie de requisito de procedibilidad previo, como es agotar con antelación una solución directa mediante la conciliación, la amigable composición o la transacción; empero estima que su redacción es

⁴ El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG - se creó mediante la Ley 91 de 1989, estableciendo en su artículo 3°, la naturaleza jurídica del mismo, "[. . .] 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. [. . .]"



confusa y no se precisa el orden en que deberían plantearse, ni cómo debían funcionar las dos primeras; y en consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado tal cláusula sería inaceptable legalmente.

El Ministerio Público considera que, en efecto la jurisprudencia del Consejo de Estado y las mismas disposiciones legales del Código General del Proceso, proscriben este tipo de cláusulas escalonadas, en la medida que restringen indebidamente el derecho de acceso a la administración de justicia.

Entonces, en tales casos, habrá de estarse a la intención de las partes, para constatar su verdadera voluntad, más allá de los condicionamientos o requisitos de procedibilidad que se hayan pactado, por ejemplo, como en el caso bajo estudio, cuando en el compromiso arbitral se incluye la previa solución directa a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos, antes de acudir a la justicia arbitral.

Sobre el tema, resulta ilustrativa la siguiente providencia del Consejo de Estado⁵:

3. Las cláusulas compromisorias escalonadas y potestativas

De tiempo atrás, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que el acceso a la administración de justicia no puede quedar condicionado o sujeto al agotamiento de requisitos o instancias previas, esto es, al cumplimiento de cláusulas escalonadas o condicionadas. Así, en efecto, razonó esta Subsección:

"Desde el momento mismo en que se suscribió la primera cláusula compromisoria se expresó la voluntad de los miembros del Consorcio de acudir a un Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias derivadas del contrato MT100, lo cual vincula a la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., excepto en lo referente al procedimiento previo fijado en la modificación para acudir al procedimiento arbitral.

Al respecto se observa que la modificación que el otrosí número 13 introdujo a la cláusula arbitral inicialmente suscrita, básicamente, se refiere a temas relativos al procedimiento previsto por las partes para acudir al arbitramento y que en momento

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2017 2020 50001233300030201500166701



alguno alteró la inequívoca decisión de las partes de someter los conflictos derivados de ese contrato a un Tribunal de Arbitramento regido por el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. En esta ocasión **se reitera que tales requisitos no tienen la virtualidad de condicionar el acceso a la justicia arbitral, toda vez que, como lo ha precisado la Sala de Sección, las partes no pueden condicionar este acceso al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales; así lo ha señalado la Sala**"¹² (Negrillas del Despacho).

Esta postura jurisprudencial fue acogida por la vía legislativa con la expedición del Código General del Proceso -Le y 1564 de 2012- comoquiera que el inciso segundo del artículo 13 preceptúa de manera expresa que: "[l]as estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda".

Significa lo anterior, que las cláusulas escalonadas, esto es, aquellas que establecen requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son obligatorias para las partes y su desatención no constituye incumplimiento del negocio jurídico. Por lo tanto, las partes de un contrato pueden pactar trámites o procedimientos previos de arreglo directo de las diferencias surgidas (v.gr. conciliación, mediación, arreglo directo, etc.), sin que ello constituya óbice para acudir directamente al administrador de justicia.

Distintas son las cláusulas compromisorias potestativas, es decir aquellas en que las partes acuerdan acudir o no al arbitramento de forma condicional pero sujeta a la condición a la sola voluntad de las partes.

Este tipo de cláusulas compromisorias no son válidas y, por lo tanto, no tienen la virtualidad para sustraer la controversia de la jurisdicción estatal, toda vez que el artículo 1535 del Código Civil determina que son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición meramente potestativa, es decir, las que consisten en la sola voluntad de la persona que se obliga.

Una cláusula compromisoria condicional es patológica, dado que no tiene validez por la sencilla pero potísima razón de que para que el compromiso tenga eficacia es imperativo que el consentimiento de las partes esté directamente encaminado a la intención de someter determinado conflicto al conocimiento de los árbitros. En otros términos, la voluntad de las partes debe ser inequívoca con el objetivo de que el conflicto surgido sea conocido y decidido por árbitros."



Como se aprecia, en la providencia en cita, la Corporación de cierre, si bien no rechaza expresamente las cláusulas escalonadas, señalando que las mismas no son obligatorias, y que bien pueden pactarse mecanismos de arreglo directo, acota que ello **no impide acudir directamente al administrador de justicia, pues lo verdaderamente relevante es la intención o voluntad de las partes de que el conflicto surgido sea conocido y decidido por árbitros.**

Precisado lo anterior, se observa que en la cláusula 23 del contrato las partes acordaron lo relativo a la solución de controversias de la siguiente manera:

“CLAUSULA 23. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. *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 otra.*

Si en dicho término no fuere posible un arreglo, 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.

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 un término máximo de treinta (30) días a partir de la notificación de la parte convocante. En caso de no ser posible, serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá de la lista que tenga para el efecto.*

El Tribunal tendrá como domicilio la ciudad de Bogotá.

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 del Magisterio. Todos los costos que se generen durante el trámite arbitral, en la etapa probatoria, serán sufragados por la parte que solicite la práctica de la prueba, a menos que los árbitros dispongan otra cosa.

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 Sociales 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 Juzgado Administrativo o Tribunal Contencioso Administrativo."

Analizada la redacción y el contenido de la cláusula, se puede establecer *ab initio* que en efecto, la misma puede calificarse como escalonada, en la medida que en la primera parte, se establece un procedimiento previo de arreglo directo de las controversias que surjan durante el contrato a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación, la transacción y la amigable composición.

Sin embargo, en armonía con lo señalado por el Consejo de Estado en la providencia antes referenciada, el haber pactado este tipo de mecanismos de arreglo directo; e incluso su incumplimiento, en modo alguno puede anular la posibilidad de acceso a la justicia, en este caso la arbitral, siendo menester constatar si la intención y voluntad de las partes, converge en someter el conflicto a esta jurisdicción excepcional.

En tal sentido, aprecia el Ministerio Público, que la intención manifestada por las partes, sin duda alguna es la de someter las controversias a la decisión de la justicia arbitral, como se puede constatar en la segunda parte de la redacción de la cláusula 23, donde inequívocamente se acuerdo que ***"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”.

Y a renglón seguido, se concretan detalladamente las reglas y procedimiento para la integración del tribunal, su sede o domicilio, la manera de elegir los árbitros, etc; así como lo relativo a los gastos y pagos que se generen.

En este orden de ideas, aparece nítida la intención y voluntad de las partes, que no es otra que sustraer el conocimiento del conflicto de la jurisdicción estatal, para asignarlo, por excepción a particulares investidos de autoridad para impartir justicia, es decir a los árbitros; de tal suerte que conocida y establecida dicha intención; no es posible alegar falta de jurisdicción y de competencia, cuando las mismas son asumidas por los árbitros, en virtud de la habilitación que las mismas partes les hicieron, habida cuenta del carácter excepcional del arbitraje.

En palabras de la Corte Constitucional, en Sentencia C-1038/02

*“Así, las funciones judiciales que se atribuyen a particulares deben ser conferidas de manera expresa, pues su carácter excepcional así lo exige. Tal conclusión se complementa perfectamente con el elemento de la **voluntad de las partes, que deciden no sólo acudir a la justicia arbitral, sino quiénes serán los árbitros.** En ese sentido, **la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros.** Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo el espíritu de la normatividad en materia de arbitramento **-basada en la voluntad de las partes-** sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva. “*

Por lo hasta aquí expuesto, y sobre la base que la intención de las partes es clara en someter sus diferencias a la decisión de los árbitros, se considera que el cargo de anulación por falta de jurisdicción y de competencia no está llamado a prosperar.



5.1.2. SEGUNDO CARGO: CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. LA INEXISTENCIA, INVALIDEZ E INOPONIBILIDAD DEL PACTO ARBITRAL; VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA DECIDIR Y LA FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Inicialmente, constata el Ministerio Público que, en efecto, en el caso concreto, luego de las solicitudes de prórroga del término de duración del proceso, el mismo se amplió a 12 meses, aspecto éste que no es cuestionado por el recurrente, y que quedó plasmado en el contenido de laudo, así:

“De otra parte, el Tribunal, atendiendo las expresas manifestaciones efectuadas por el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2102 y el representante legal de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., actuando como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO 103, sobre su intención de prorrogar el término del proceso por seis (6) meses más, mediante Auto No. 46 del 5 de agosto de 2019104 dispuso tener por prorrogado el término de duración del proceso por tal plazo, quedando, por tanto, de doce (12) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite.”

Así las cosas, es cierto que, como la primera audiencia de trámite terminó el 18 de marzo de 2019, en principio el plazo máximo que tenía el tribunal arbitral, vencía el 18 de marzo de 2020.

No obstante, y en esto estriba el reparo del recurrente, al plazo de los 12 meses, el tribunal adicionó un total de 38 días, durante los cuales el proceso estuvo suspendido:

“...A dicho término de 12 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite el 18 de marzo de 2018, por mandato del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 deben adicionarse los 38 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, por petición de las partes, así:



...En consecuencia, al sumarle los treinta y ocho (38) días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el término se extiende hasta el catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020), motivo por el cual el presente Laudo se profiere dentro del término consagrado en la ley.”

Para el recurrente, esta última adición es inadmisibles, por resultar contraria a las disposiciones del Código General del Proceso, particularmente las relativas a la perentoriedad e improrrogabilidad de los términos judiciales y a la carencia de facultades de los apoderados para decidir sobre la ampliación del término.

Precisado lo anterior, el Ministerio Público considera que el cargo no está llamado a prosperar, como pasa a exponerse:

Se indica inicialmente que el trámite del proceso arbitral tiene su propia regulación en la ley 1563 de 2012, por tanto lo relativo al término de duración del proceso, sus prórrogas y suspensiones debe regirse por lo que allí se disponga, claro está sin llegar a desconocer los principios del Código General del Proceso que también son aplicables al trámite arbitral.

Para este caso concreto, el problema jurídico que se plantea por el recurrente se centra en la extemporaneidad de la decisión arbitral; con el argumento de que el laudo y la posterior decisión sobre corrección y adición se profirió por fuera del lapso de 12 meses acordado por las partes; pues en su sentir, a éste cómputo no pueden adicionarse los días en que el proceso estuvo suspendido, también por solicitud de las partes, tal como sostuvo el laudo arbitral al analizar su competencia temporal.

El Ministerio Público considera acertada la argumentación del laudo arbitral en este aspecto, pues es cierto que al lapso inicial de 12 meses han de adicionarse los días en que el proceso haya estado suspendido, no solo porque existe norma legal que expresamente así lo establece, sino también porque la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha avalado esta manera de contabilizar el término:



Así, es el mismo art. 11 de la ley 1563, el que regula esta situación:

“Artículo 11. Suspensión. El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto.

Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo.

Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días.

No habrá suspensión por prejudicialidad.”

Entonces, como luego de la prórroga solicitada por las partes, el término de duración del proceso arbitral quedó fijado en 12 meses, en virtud de la anterior disposición, al mismo se deben adicionar los 38 días en que el proceso estuvo suspendido, y en consecuencia, el conteo no puede restringirse a los 12 meses para argüir que venció el 18 de marzo de 2020; sino que con la adición, el plazo se extendió hasta el 14 de mayo de 2020, de donde se sigue que la decisión del tribunal no fue extemporánea.

Sobre el tema, y en un caso similar, el Consejo de Estado⁶, sostuvo:

“...Visto lo anterior y considerando que inciso final del artículo 103 de la Ley 23 de 1991 prescribe el modo de computar los términos cuando ocurren adiciones o suspensiones, así: “En todo caso se adicionarán al término los días en que por causa legales se interrumpa o suspenda el proceso”, se tiene que el periodo inicial de seis (6) meses transcurrió desde el 9 de junio de 2011 hasta el 9 de diciembre del mismo año. Sumado a este último término los mil ciento once (1111) días durante los cuales se suspendió el proceso arbitral, se concluye que el periodo transcurrió hasta el 24 de diciembre de 2014, dictándose el laudo arbitral el 4 de diciembre de 2014...”

En conclusión, y por lo hasta aquí expuesto considera el Ministerio Público que el cargo por extemporaneidad del laudo arbitral no está llamado a prosperar.

⁶ Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00031-00 (53165)



5.1.3. TERCER CARGO: CAUSAL SEPTIMA ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. HABER EMITIDO EL FALLO EN CONCIENCIA, DEBIENDO SER EN DERECHO.

Se constata que el tribunal arbitral efectuó la respectiva valoración de los dictámenes periciales que fueron aportados por las partes, y explicó el mérito probatorio atribuido a los mismos.

Se considera que, en efecto, los dictámenes debían ser actualizados luego de la diligencia de exhibición de documentos, en la medida que se allegó nueva información principalmente procedente de las facturas pendientes de pago, de manera que no cabe reproche al proceder del tribunal, si se tiene en cuenta que se trata de un dictamen contable y que la función de los peritos es ilustrar a los árbitros sobre la realidad financiera del contrato en los aspectos materia de controversia; sobre este punto el tribunal expuso razonadamente la necesidad de otorgar un plazo adicional para que los peritos actualizaran el dictamen con base en la nueva información, de modo que su experticia estableciera con certeza la cuantificación de las sumas reclamadas.

De otra parte, en cuanto a la valoración del dictamen de contradicción elaborado por la firma ACTUARIOS y aportado por la parte convocada, el tribunal fue específico al señalar que el perito no realizó ninguna observación tendiente a controvertir lo relativo a las bases de datos, y que pese al desistimiento de interrogarlo, aún si no se hubiera desistido de tal, en el evento que el perito hubiera comparecido a interrogatorio no habría podido pronunciarse al respecto pues en su dictamen nada consignó sobre el particular:

Del dictamen de parte presentado por la convocada Este fue elaborado por la firma ACT actuarios S.A., y en relación con él se observa que, aunque se trataba de un dictamen de contradicción, ni en el inicial rendido el 3 de julio de 2019, ni en el de actualización aportado el 22 de noviembre de 2019, dicho perito destinó algún capítulo, acápite, párrafo u observación dirigido a controvertir lo atinente al incumplimiento de la entrega de la base de datos inicial, y por tanto “propia” del contrato No. 12076-011.2012; ni a las que la convocada debía suministrarle a su



contratista durante la ejecución de ese contrato, esto es, aquella base de datos “soportada” a partir del cuarto (4°) mes contado desde el 2 de agosto de 2012, que fue cuando se firmó el aludido acuerdo de voluntades. Ahora bien, pese a que es cierto que la UT Magisalud 2 desistió de interrogar al señor Juan Felipe Restrepo en su calidad de representante legal de ACT actuarios S.A., de cualquier manera el Tribunal tiene presente que, incluso si esa manifestación de voluntad no se hubiera producido, aun así el mencionado perito tampoco habría podido haber hecho en audiencia pronunciamientos a este respecto, pues en el texto de su dictamen nada se consignó sobre el particular.

Es decir, se observa que el Tribunal si analizó las consecuencias de la falta de interrogatorio al perito, para concluir que, incluso si hubiera comparecido a la audiencia nada tenía que decir al respecto, en tanto en su dictamen no había consignado aspectos que permitieran apreciar su comportamiento durante la audiencia.

Así pues, no hay reparo a la valoración y examen del tribunal, y lo que se advierte es una discrepancia del recurrente en cuanto se dio preponderancia al dictamen de LEGAL METRICA por encima del elaborado por ACTUARIOS, aspecto ajeno a la naturaleza y fines del recurso extraordinario de anulación.

Al respecto, el Consejo de Estado⁷:

La Sala observa que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar los siguientes aspectos: (i) Delimitó las pretensiones sobre las que cuales tenía competencia, con fundamento en el pacto arbitral; (ii) la imparcialidad de los peritos que rindieron los peritajes aportados, con base en el Código General del Proceso; (iii) el marco jurídico, tipo contractual y su régimen jurídico, con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y (iv) el análisis del contrato y los otrosíes que lo modificaron, las obligaciones pactadas en el acuerdo conciliatorio y la valoración de las pruebas periciales y documentales.

El Tribunal Arbitral hizo su estudio en capítulos organizados temáticamente según las pretensiones y excepciones, desentrañó las obligaciones de las partes, con fundamento en su interpretación sobre lo acordado en el contrato y en el acuerdo conciliatorio y definió, frente a los incumplimientos que se probaron, el monto de los perjuicios con fundamento en algunos de los dictámenes.

⁷ Sentencia del 31 de octubre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00073-00(56949)



El hecho de que el Tribunal no hubiere mencionado expresamente todas las razones que las partes esgrimieron frente a los dictámenes periciales o que motivara su decisión en aspectos cuestionados por ellas, no configura la causal invocada. El laudo dedicó un acápite a analizar las circunstancias de imparcialidad de los peritos y valoró, con arreglo a la sana crítica, las pruebas técnicas que consideró conducentes para proferir la decisión.

Tampoco configura fallo en conciencia el que los árbitros se hubieran apoyado en aspectos que la recurrente estima fueron corregidos en el interrogatorio que se formuló a los expertos, pues tal aspecto también responde a la valoración del dictamen pericial, su alcance y mérito probatorio.

En tal virtud, el laudo fue proferido con base en las normas que el Tribunal Arbitral estimó correspondían al régimen jurídico del contrato y en la valoración de las pruebas que obran en el expediente, sin que en esta sede sea procedente entrar a evaluar la pertinencia del análisis jurídico, como tampoco el mérito que se dio al acervo probatorio, pues ello escapa a las competencias del juez de anulación.

En definitiva, lo que el recurso pretendió fue la intervención en asuntos sustanciales relativos a la valoración de la prueba, aspectos que, por tratarse de errores in iudicando, escapan a la competencia del juez del recurso de anulación.”

Resta señalar que, los eventuales errores en la valoración probatoria (error in iudicando), no pueden ser objeto de análisis en sede de anulación; y que la decisión que recaiga sobre el juramento estimatorio, no es demostrativa de un fallo en equidad ni constituye causal de anulación del laudo por este motivo. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado⁸:

“El fallo en conciencia no lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, sino que se imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

A su vez, el fallo en derecho se apoya en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que integran el ordenamiento jurídico y que constituyen el marco de referencia de la decisión. El juez debe apreciar las pruebas de

⁸ Sentencia del 31 de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00073-00(56949)



acuerdo con las reglas de la sana crítica y podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia.

La Sala ha precisado que “solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia; porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos”.

Por ello, esta causal no autoriza al juez del recurso de anulación para verificar el fondo del fallo, ni alterar el valor que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas. Los límites que la ley ha fijado a este recurso suponen la sanción de yerros in procedendo y no in iudicando.

No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error in iudicando sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario.

Con todo, se configura un fallo en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso:

(...) [S]i los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio.

La decisión equivocada no corresponde a un fallo en conciencia, ni el desacuerdo de las partes con las razones esgrimidas en el fallo hace procedente la causal, porque el juicio de anulación no supone una nueva instancia de discusión en relación con el fondo del asunto.

Los fallos en equidad se presentan cuando el juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto, porque la considera inicua o conduce a una iniquidad, o cuando busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. Según la jurisprudencia, en ninguna de tales hipótesis el juzgador puede prescindir de la motivación o de las pruebas, pues en tal evento ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de esta naturaleza están proscritas de nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, cuando el juez decide con sustento en las reglas jurídicas, acude en apoyo a principios generales del derecho y valora el acervo probatorio, su fallo será en derecho y no en conciencia.



Y más adelante precisó:

7. Los demás argumentos relativos a la falta de pronunciamiento sobre aspectos sometidos a la competencia, la no decisión sobre las objeciones a los dictámenes periciales y el desconocimiento del juramento estimatorio no son constitutivos de un fallo en conciencia o equidad. En todo caso, serán analizados en el acápite siguiente.

Así las cosas, a juicio del Ministerio Público, el cargo no está llamado a prosperar.

5.1.4. CUARTO CARGO: CAUSAL OCTAVA, ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. CONTENER EL LAUDO DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS, ERRORES ARITMÉTICOS O ERRORES POR OMISIÓN O CAMBIO DE PALABRAS O ALTERACIÓN DE ESTAS, SIEMPRE QUE ESTÉN COMPRENDIDAS EN LA PARTE RESOLUTIVA O INFLUYAN EN ELLA.

Como se expuso arriba, la sustentación de este cargo referida a errores aritméticos y contradicciones en el laudo, está referida a las operaciones que efectuó el tribunal para decidir lo relativo al juramento estimatorio.

Por tal razón, es del caso remitirse a lo ya expuesto en el numeral anterior, pero además, señalar de un lado que las contradicciones o errores deben estar consignados en la parte resolutive del laudo o incidir en ella; y que las mismas deben ser de tal trascendencia que afecten la decisión de fondo.

Empero, el Consejo de Estado, ha tenido oportunidad de analizar esta causal para precisar que el error aritmético o la contradicción alegada no puede estar referida a las interpretaciones jurídicas o a la forma en que el tribunal debía realizar los cálculos o la fórmula u operación matemática que debía aplicar⁹:

⁹ Sentencia del 14 de marzo dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00165-00(58227)



“Frente al alcance de esta causal, la Subsección C ha tenido la oportunidad de precisar su alcance así

4.- La anulación del laudo por contener disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegadas oportunamente ante el Tribunal arbitral. Causal octava de anulación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

4.1.- Diferente a la redacción prevista en el Estatuto anterior se tiene que el legislador en el nuevo Estatuto arbitral indicó 3 supuestos o hipótesis de configuración, esto es, la existencia de disposiciones contradictorias o la de errores aritméticos, o la de errores por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas.

4.2.- Establece otro requisito consistente en que la existencia de esas disposiciones contradictorias o de errores se encuentren en la parte resolutive del laudo o influyan de forma considerable en ella, así como también 1 requisito de procedibilidad consistente en que dichas circunstancias hayan sido advertidas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento.

4.3.- Así las cosas, para que sea procedente el estudio de la causal a la que se alude se requiere que en la parte resolutive del laudo existan disposiciones contradictorias o errores aritméticos o por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas; o que éstas influyan en ella y que estas circunstancias se hayan planteado oportunamente ante el tribunal de arbitramento, esto es, que dentro de los cinco días siguientes de haberse proferido la decisión se haya pedido o la corrección del error aritmético, del error por cambio de palabras o alteración de éstas; o la aclaración o complemento de las disposiciones contradictorias o de los errores por omisión.

4.4.- Lo anterior a efectos de permitir que el funcionario que profirió la decisión tenga la oportunidad de enmendar los posibles errores en que incurrió o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo³⁸ y para verificar el cumplimiento del requisito de procedibilidad previamente a la interposición del recurso de anulación respectivo.

4.5.- Por error aritmético se entiende aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado.

4.6.- Por su parte, el error por omisión, cambio o alteración de palabras se encuentra referido a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación y cuya corrección tampoco genera o conduce a una modificación o revocación de la decisión finalmente adoptada.



4.7.- Ahora, conforme lo establecía el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil y hoy el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia no podrá ser reformada por el mismo juez que la profirió, razón por la cual es improcedente que por vía de la corrección de un error aritmético o por omisión, cambio o alteración de palabras se pretenda reformar o revocar el fallo o incluso modificar el monto de las condenas impuestas por el juez arbitral por la simple inconformidad que se tiene con la fórmula utilizada.

4.8.- En lo relativo a las disposiciones contradictorias, ésta Corporación ha señalado que:

“Se entiende por disposiciones contradictorias aquellas que contienen decisiones que se contraponen o se excluyen entre sí de tal manera que resulta imposible su cumplimiento o ejecución.

Por consiguiente la contradicción entre esas varias disposiciones debe encontrarse, por regla general, en la parte resolutive o, lo que es lo mismo, que la causal en comento en principio no se configura cuando la contradicción se presenta entre lo expresado en la parte considerativa y lo resuelto en la resolutive.

Y la razón es evidente, lo que en un fallo vincula con autoridad y carácter ejecutivo es lo que se dispone en la parte resolutive toda vez que la parte motiva generalmente sólo contiene los argumentos y las razones que el fallador tuvo para adoptar la decisión.

Excepcionalmente sólo podría configurarse la causal por contradicción entre la parte motiva y la resolutive cuando ésta remite a una decisión que se menciona en aquella y las dos resultan contradictorias entre sí, pero nótese que la pluralidad de disposiciones contradictorias se encontrará finalmente en la parte resolutive porque lo que en verdad ocurre es que ellas quedan incorporadas en un solo punto de la parte resolutive toda vez que allí confluyen, de un lado, la que inicialmente contiene ésta y, de otro, la que luego ella trae por remisión.

Finalmente no sobra reiterar que no resulta procedente que escudándose en esta causal y sin que haya disposiciones contradictorias en la parte resolutive, se pretenda la modificación o alteración de lo ya decidido³⁹.

4.9.- Es de precisar en este punto que en sede de anulación de laudo arbitral las alegaciones de error aritmético, o error por la alteración, modificación o cambio de palabras que formule el recurrente deben referirse exclusivamente a un yerro en cualquiera de 4 operaciones matemáticas, o a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación **más no a interpretaciones jurídicas ya sea sobre el asunto sometido a su decisión o sobre la forma en que el Tribunal debía realizar los cálculos o la fórmula u operación matemática que debía aplicar, pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.**

Siendo así las cosas, como el recurrente pretende que se revise el cálculo y la interpretación jurídica que sobre el juramento estimatorio efectuó el tribunal arbitral, la causal no está llamada a prosperar.



5.1.5. QUINTO CARGO: CAUSAL NOVENA, ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 DE 2012. HABER RECAÍDO EL LAUDO SOBRE ASPECTOS NO SUJETOS A LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS, HABER CONCEDIDO MÁS DE LO PEDIDO O NO HABER DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMENTO.

En efecto se advierte que el tribunal arbitral evidenció un error de la parte convocante al enunciar en la demanda como incumplida la cláusula cuarta y no la quinta del contrato, por lo procedió oficiosamente a la corrección de dicho error con fundamento en el art. 228 de la Constitución y en la jurisprudencia que faculta al juez para interpretar la demanda.

Para el recurrente, este proceder constituye causal de anulación porque el tribunal estaría decidiendo sobre aspectos no sujetos a su decisión o concediendo más de lo pedido.

Se acota inicialmente que esta causal está intrínsecamente ligada al principio de congruencia de las decisiones judiciales, según el cual la sentencia debe corresponder con las pretensiones de la demanda, los hechos y las excepciones probadas. En tal sentido, el H. Consejo de Estado:

“Así mismo, se ha destacado que en virtud del principio de congruencia de las sentencias, previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*¹⁰, lo cual *“constituye un límite en la actividad del juzgador”*¹¹.

¹⁰ Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, Exp. 5562. “...El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación...”.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio



También la doctrina sobre la materia señala¹²:

“...Esta causal se configura por el quebrantamiento del principio de congruencia. En desarrollo del régimen contenido en la legislación procesal civil, toda sentencia, lo que hace también para el laudo por definir materias litigiosas, debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y, con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas.

La decisión de los árbitros entonces deberá corresponder con lo pedido, de manera que la decisión no puede conceder más de lo pedido (ultra petita), tampoco menos (infra o citra petita), ni nada extraño (extra petita), porque de ser así se configura esta causal. “

Expuesto lo anterior, considera esta agencia del Ministerio Público que la decisión del tribunal de proceder, de oficio, a interpretar la demanda, no configura la causal de anulación alegada, pues en efecto, el Juez (árbitro en este caso), está obligado a dar primacía al derecho sustancial sobre las formalidades, evitando los excesivos rituales, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia para lo cual cuenta, no solo con la facultad; sino con un verdadero deber de interpretar la demanda.

En efecto, es profusa la jurisprudencia de los distintos órganos de cierre en el sentido de que el juez tiene el deber de interpretar la demanda, para hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia dando prevalencia al derecho sustancial, entre otras, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela del 11 de mayo de 2017, radicado T 1100122030002017-00682-01, señaló lo siguiente:

*“...Consideraciones que se encuentra desconocen no sólo **el deber que tiene el juez de interpretar la demanda para desentrañar su genuino sentido cuando éste no aparezca de forma clara y de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración**; sino que además faltan al principio fundamental de que el funcionario judicial es el que define el derecho que debe aplicarse en cada proceso "iura novit curia" y no las partes, así como que el derecho a la impugnación.*

¹²Ibid. HERRERA Mercado Hernando, LA IMPUGNACION DE LAUDOS ARBITRALES. Pp. 109



2.1. Lo anterior, porque el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad, dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario.

De ahí, que los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al invocar un tipo de responsabilidad -extracontractual o contractual- deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias, sino a los hechos fundamento de las peticiones.

En tal sentido, la Corte indicó que, "en razón del postulado "da mihi factum et dabo tibi ius" los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda -la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso-, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial". (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)

De tal manera que cuando una pretensión se soporta en una causa petendi (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, calificación jurídica del instituto que lo regula. Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia.

Por tanto, tal y como lo explicó expresamente en su decisión, el tribunal arbitral estaba facultado para interpretar la demanda y adecuarla al verdadero y sustancial sentido de la misma, en tanto un error en la cita de la cláusula que se reclamaba incumplida no podía conducir a una denegación de justicia, cuando al analizar en su integridad el contenido de la demanda se podía establecer que en realidad el incumplimiento que predicaba el convocante recaía sobre la cláusula quinta y no sobre la cuarta, de tal manera que en virtud de la primacía del derecho sustancial y de la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia era viable que el tribunal oficiosamente interpretara la demanda.

Por ello, se considera que el cargo no debería prosperar.



CONCLUSION DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría Judicial en ejercicio de las funciones de Agente del Ministerio Público, considera que existe mérito para que el Honorable Consejo de Estado declare infundado el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada.

Atentamente,

JHON ÁLVARO VELASCO ACOSTA

Procurador 136 Judicial II para Asuntos Administrativos