



PROCURADURÍA 136 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

Bogotá D. C, 14 de abril de 2020

Doctora MARCELA MONROY TORRES

Presidenta

Doctor ALFONSO GOMEZ MENDEZ

Árbitro

Doctor GABRIEL HERNANDEZ VILLARREAL

Árbitro

Doctora ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Secretaria

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE

UNION TEMPORAL MAGISALUD 2

Vs.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

EXPEDIENTE: 15569

ASUNTO: CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales conferidas en el Numeral 7° del artículo 277 Constitucional y 37 del Decreto-Ley 262 de 2000, en concordancia con lo previsto en el art. 49 de la ley 1563 de 2012; y en aras de ejercer la DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO, EL PATRIMONIO PÚBLICO Y DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES, en mi calidad de AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, procedo a emitir CONCEPTO DE FONDO, de conformidad con lo dispuesto en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2019.

I. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

El día 26 de enero de 2018 la parte convocante, UNION TEMPORAL MAGISALUD 2¹, por intermedio de su apoderado, presentó DEMANDA ARBITRAL, contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, representado para estos efectos por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para que decidiera en derecho sobre las diferencias presentadas entre las partes, 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, como se expone a continuación

1.1. PACTO ARBITRAL

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.

¹ Integrada por: COSMITET LTDA. CORPORACION DE SERVICIOS MEDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA; PROINSALUD S.A. PROFESIONALES EN SALUD S.A.; SOCIEDAD CLINICA EMCOSALUD S.A., CLINICA EMCOSALUD S.A.; FONDO ASISTENCIAL DEL MAGISTERIO DEL CAQUETA LTDA FAMAC LTDA, Y UNIDAD MEDICO ASISTENCIAL DEL PUTUMAYO EU, UNIMAP E.U.

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 y sesionará en 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."*

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

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 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 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 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 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 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 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 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 **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.

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 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.

2.4 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 previsible 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 de 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.

- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN 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.

2.5. HECHOS RELEVANTES

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

2.5.1. 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.

2.5.2. 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.

2.5.2.1. 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

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.

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

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

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**

2.5.3. 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 aplique, 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.

2.5.4. 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 Pliego 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 aquellos 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 período 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.

Pese a lo anterior, 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

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

1. PROBLEMAS JURIDICOS

A juicio del Ministerio Público, los problemas jurídicos de los que debe ocuparse ese Honorable Tribunal pueden sintetizarse de la siguiente manera:

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

- 1.2. Determinar si durante la ejecución del contrato la parte convocada incumplió las obligaciones del mismo en los aspectos reclamados por el convocante en las pretensiones de la demanda, y si tales incumplimientos generaron perjuicios al contratista.
- 1.3. De igual manera, debe constatarse si el contratista cumplió sus obligaciones, en la medida que las partes se atribuyen incumplimientos mutuos.
- 1.4. Determinar las consecuencias y efectos que sobre las reclamaciones del contratista tiene la suscripción de varios otrosíes que ampliaron la ejecución del contrato.

2. ANALISIS JURÍDICO PROBATORIO

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

Para esta Agencia del Ministerio Público, el **Contrato No. 12076-11-2018 es un contrato Estatal**, en razón a que la parte contratante, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A es de naturaleza pública.

Sobre este aspecto, ha tenido oportunidad de manifestarse la justicia arbitral, en un asunto con características fácticas similares³, para precisar que en virtud del criterio orgánico y sobre la base que la demanda se dirige contra la Nación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, los efectos jurídicos del contrato radican en la primera:

³ Cfr. Laudo Arbitral de fecha 4 de diciembre de 2014, proferido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre la Fundación Oftalmológica de Santander-FOSCAL-, Caja Santandereana de Subsidio Familiar –CAJASAN-, Clínica Santa Ana S.A.- y Sociedad Clínica Valledupar Ltda. Contra La Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG:

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

(...)

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

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

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

La jurisprudencia arbitral ha efectuado el análisis de la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios médico asistenciales, en el **LAUDO DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2003**⁴ donde a este respecto manifestó:

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

⁴ Ver, LAUDO DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2003 UNION TEMPORAL COMFAMA- MASSALUD CLÍNICA MEDELLIN SA VS FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO LUIS CARLOS SACHICA APONTE Y HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ.

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

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

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

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

(...)

De otra parte, también es aplicable al contrato 1122-1008/2000 el artículo 13 de la ley 80 de 1993, según el cual los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º de la misma, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particulares reguladas por esta ley.

Como colofón de las cuestiones señaladas, el contrato 1122-1008/2000 es estatal, regido en sus aspectos generales por la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y, en lo particular por las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, por los decretos 1775 de 1990, 723 de 1997, el escrito que

contiene el contrato celebrado entre fiduciaria la previsora s.a. y la unión temporal, los términos de referencia de la invitación pública 63 de 2000 y los aprobados por el consejo directivo del fondo de prestaciones sociales del magisterio el 1º de junio de 1999.”

DE LA TACHA DE SOSPECHA DEL TESTIGO

Por este punto, considero necesario pronunciarme previamente, sobre la credibilidad del testigo EDISON ADRIÁN URBINA ACEVEDO, dado que al finalizar la audiencia de recepción del testimonio, el apoderado de la parte convocada formuló tacha de sospecha del testigo, en los siguientes términos:

“DR. VEGA: Usted nos ha indicado que trabaja en Cosmitet que es unos de los miembros de la Unión Temporal que hace parte de la UT Magisalud desde hace 23 años, ¿es así?”

SR. URBINA: Correcto.

DR. VEGA: Eso significa que usted ingresó a los 19 años a Cosmitet, con base en esto le agradezco nos indique si Cosmitet le pagó a usted la educación de pregrado y posgrado y de maestría, de forma parcial o total para que usted pueda en este momento participar con las calidades académicas que nos han mencionado.

SR. URBINA: Sí señor, exactamente estoy desde los 18 años, mi formación profesional con auxilio empresarial la he podido desarrollar, he recibido parte en beca de mi formación.

DR. VEGA: Usted nos puede indicar si los estudios de pregrado fueron pagados por parte de Cosmitet de manera parcial o total.

SR. URBINA: De igual manera parte al final de mi carrera fui apoyado por la empresa.

DRA. MONROY: ¿Fue qué? perdón.

SR. URBINA: Apoyado, recibir apoyo económico por parte de la empresa para desarrollar mi formación profesional y mi ciclo de posgrado

DR. VEGA: Usted nos puede indicar ¿qué porcentaje fue el que recibió para posgrado como apoyo económico de parte de Cosmitet? por favor.

SR. URBINA: No es un porcentaje fijo todos los semestres 30, 40 hasta el 50% en alguno de los semestres.

DR. VEGA: Muchas gracias y de la maestría nos puede indicar ¿qué porcentaje ha recibido usted como apoyo económico por parte de Cosmitet?

SR. URBINA: De igual manera, porcentajes similares.

DRA. MONROY: Cuando usted dice apoyo económico, ¿a qué se refiere? al préstamo a una beca.

SR. URBINA: Como beca, como beca recibía un porcentaje de auxilio para poder desarrollar mi formación profesional.

DR. VEGA: ¿Esa beca que usted ha mencionado o auxilio, le toca a usted reintegrar esos dineros a Cosmitet o es un apoyo que no es reembolsable dado por Cosmitet a usted?

SR. URBINA: Si mi rendimiento académico era el óptimo y el esperado por la gerencia no eran reembolsables.

DR. VEGA: ¿Ha tenido que reembolsar en alguno de estos estudios, sea pregrado, posgrado, maestría, en alguna ocasión los valores que le ha entregado Cosmitet?

SR. URBINA: Por mi desempeño académico excelente jamás he tenido que reintegrar dineros.

DR. VEGA: Con base a lo anterior y de manera respetuosa solicito al Tribunal tener en cuenta el artículo 211 que me permite tachar de sospechoso al testigo dada que, a mí juicio, evidentemente hay sentidos de dependencia, de interés o sentimientos varios, que pueden llegar a incidir en su testimonio, sin perjuicio y eso es de

valoración del Tribunal, solamente hago la mención a propósito de esta situación.⁵

Al respecto, se tiene que el Código General del Proceso, establece en su art. 211, lo siguiente:

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Como se aprecia, esta es una disposición tendiente a garantizar la imparcialidad del testigo; no obstante no se refiere a la recepción del testimonio sino a su valoración, la cual se efectúa en la respectiva sentencia o laudo y exige un mayor rigor por parte del juez; es decir es un tema de eficacia probatoria, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado:

PRUEBA TESTIMONIAL - Tacha del testigo Los motivos y pruebas de la tacha se analizarán en la sentencia, a menos que se haya propuesto por medio de incidente. Vale decir que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria.

Para el caso concreto, consideró el apoderado de la parte convocada, que *“evidentemente hay sentidos de dependencia, de interés o sentimientos varios, que pueden llegar a incidir en su testimonio”*, lo cual se sustenta en que el testigo, como trabajador de COSMITET, que es una de las empresas que integran consorcio demandante, ha recibido apoyo económico por parte de la empresa para desarrollar su formación profesional tanto en pregrado como de posgrado, a través de becas o auxilios económicos de 30%; 40% o 50% del valor del respectivo semestre, dineros que no eran reembolsables.

Sobre la valoración de testigos sospechosos, ha dicho el Consejo de Estado:

“De la valoración de la declaración del testigo tachado.

⁵ El énfasis es del Ministerio Público.

La Ley 1564 de 2012⁶, regula la tacha de testigo en el artículo 211 al señalar lo siguiente:

....

El testimonio, como parte de los diversos medios de prueba previstos por el legislador, se orienta al convencimiento del juez, pues quien lo solicita, lo hace en su propio interés y asume las consecuencias tanto favorables como adversas de la declaración.

Antes de solicitar la prueba, la parte habrá tenido en su esfera individual la posibilidad de analizar el beneficio que le puede traer la declaración del tercero frente a sus intereses. Así mismo, habrá tenido oportunidad de verificar la capacidad del testigo, para evitar que la jurisdicción se desgaste con la citación y comparecencia de personas que de antemano se sabe que tienen una inhabilidad absoluta para declarar.

Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la declaración, sino todo lo contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal⁷.

Expuesto lo anterior, considera el Ministerio Público que la tacha de sospecha no está llamada a prosperar, de un lado porque el auxilio o subsidio educativo es un beneficio que se otorga a la mayoría de los trabajadores por parte de muchas empresas; además, en este caso el pago de este auxilio, estaba condicionado al desempeño académico del señor URBINA ACEVEDO, tal como lo explicó en la diligencia:

⁶ Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

⁷ En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencias C-790 de 2006 al referirse sobre los testigos sospechosos que eran regulados por los artículos 217 y 218 del derogado Código de Procedimiento Civil, señaló:

«(...) En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador ; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, "...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha." [16], lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.

No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia.

En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material. »

DR. VEGA: ¿Esa beca que usted ha mencionado o auxilio, le toca a usted reintegrar esos dineros a Cosmitet o es un apoyo que no es reembolsable dado por Cosmitet a usted?

SR. URBINA: Si mi rendimiento académico era el óptimo y el esperado por la gerencia no eran reembolsables.

DR. VEGA: ¿Ha tenido que reembolsar en alguno de estos estudios, sea pregrado, posgrado, maestría, en alguna ocasión los valores que le ha entregado Cosmitet?

SR. URBINA: Por mi desempeño académico excelente jamás he tenido que reintegrar dineros.

De otra parte, se indica que en su exposición el testigo explicó las razones de su dicho y el conocimiento directo que tuvo de los hechos y de la información suministrada, y rindió las explicaciones requeridas tanto por los apoderados como por el panel arbitral, sin que se advirtiera un afán o interés o gratitud evidente hacia la parte convocante que vicie la imparcialidad de su testimonio, pues además, en virtud del principio de valoración integral de las pruebas, analizada su declaración y contrastada con la versión de otros deponentes en el proceso, se advierte que guarda correspondencia.

CASO CONCRETO

ANALISIS SOBRE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

En este orden de ideas, e iniciando con el estudio de caducidad, considera el Ministerio Público que en este caso se presenta la caducidad del medio de control, respecto de la pretensión de incumplimiento en la entrega de la base de datos inicial.

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

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

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. (...) Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial. La caducidad ha sido entendida como la extinción de la posibilidad de formular una pretensión por el transcurso del tiempo previamente fijado por la ley en forma objetiva.⁸

Sentado lo anterior, en primer lugar es necesario precisar que, como se indicó anteriormente, por tratarse de un contrato estatal, las normas aplicables son las del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que el contrato se celebró el 2 de agosto de 2012 y la demanda **se presentó el día 26 de enero de 2018**, fechas para las cuales ya se encontraba vigente esta normatividad.

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

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

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

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

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01547-01(49307) Actor: REDCOM LTDA. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Sobre el particular, advierte el Ministerio Público que en un caso similar, respecto de este mismo tipo de contrato⁹ pero que fue ejecutado en otra regional, a propósito de controversias relativas al incumplimiento en el pago de la facturación, la jurisdicción arbitral en reciente decisión, analizó lo concerniente a la caducidad del medio de control de controversias contractuales, para concluir que si el contrato no ha sido liquidado, el conteo del término de caducidad se efectúa con base en la hipótesis establecida en el art. 164, numeral 2, literal j) de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

Razonó así el Tribunal Arbitral¹⁰:

“Régimen de caducidad del Contrato para la Prestación de servicios médico asistenciales No. 12076-003-2012:

Para determinar cuál es el régimen de caducidad del Contrato No. 12076-003-2012, es necesario determinar si la demanda presentada sería de aquellas de las que tiene conocimiento la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en ese caso, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, la normatividad aplicable sería la establecida en la Ley 1437 de 2011 y dentro de la misma el artículo 164 o la normatividad administrativa que resultare aplicable. En este sentido, ha señalado el Consejo de Estado: (..)

Así las cosas es necesario determinar si la demanda subsanada sería de aquellas que deben presentarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este sentido se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer las controversias relativas a contratos, cualquiera que sea su régimen, en la que una parte sea entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y que, de acuerdo con el párrafo de la misma disposición, para los efectos de dicha normativa se entiende por entidad pública cualquier ente que cuente con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

A estos efectos, se tiene que el Contrato No. 12076-003-2012 fue suscrito por la Fiduciaria la Previsora S.A. en calidad de vocera y representante del patrimonio autónomo FOMAG, ente que en los términos del párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 debe ser considerado como una entidad pública en tanto se encuentra conformado por aportes estatales en más del 50%.

(...)

⁹ “CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES No. 12076-003-2012” de fecha 30 de abril de 2012

¹⁰ Laudo arbitral del diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018).de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S. -SERVIMÉDICOS S.A.S., EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD -EMCOSALUD y COLOMBIANA DE SALUD S.A., contra FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A -FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FOMAG

Así las cosas, a efectos de analizar la caducidad en el presente caso resultan aplicables las disposiciones propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este régimen de caducidad, ha tenido diferentes modificaciones con el paso del tiempo¹¹, y dado que el Contrato No. 12076-003-2012 se celebró el 30 de abril de 2012 cuando aún no había entrado en vigencia la Ley 1437 de 2011 (entró en vigencia el 2 de julio de 2012) debe el Tribunal determinar si la norma aplicable es la Ley 1437 de 2011 o la normatividad anterior.

En este sentido, acoge el Tribunal la posición doctrinal¹² y jurisprudencial reciente¹³ de acuerdo con la cual la caducidad es un fenómeno de naturaleza procesal y, en ese

¹¹ “El Decreto-Ley 01 de 1984 reguló la acción relativa a contratos (art 87) para que las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, demandaran un pronunciamiento sobre la existencia o validez del contrato, sobre la declaratoria de revisión, de incumplimiento y de la responsabilidad derivada del mismo. (...) Ese decreto estableció como término de caducidad de la acción contractual el de dos años, “de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella (art. 136).

Luego, con la vigencia del Decreto-Ley 2304 de 1989, que reformó el Decreto-Ley 01 de 1984 (...) respecto del término de caducidad de tales acciones, el mencionado decreto lo mantuvo en los dos años dispuestos por el Decreto-Ley 01 de 1984, “de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”

2. Regulación en la Ley 80 de 1993. El estatuto contractual contenido en la Ley 80 de 1993 modificó el término, de dos años, de caducidad de la acción de controversias contractuales, previsto en el código contencioso Administrativo (art. 136 num.6) respecto de las omisiones de los contratantes y de las conductas antijurídicas de éstas; el término de caducidad de la acción previsto en el Código Contencioso Administrativo se conservó respecto al ataque de la validez del contrato, de los actos jurídicos (...) y de los hechos contractuales que no les son imputables a las partes (...).

Del contenido normativo referido concluye la Sala que el legislador quiso ampliar el término de prescripción de la acción a veinte años para los eventos de las conductas antijurídicas contractuales.

(...)

3. Regulación en la Ley 446 de 1998. Dispuso que el término de caducidad de todas las acciones relativas a contratos, es de dos años. Unificó entonces el término para la presentación de las demandas, sin hacer diferencia respecto del cuestionamiento de los actos jurídicos contractuales, las conductas jurídicas (imputables o no a las partes contratantes) y las conductas antijurídicas contractuales. (...). Consejo de Estado, Auto del 9 de marzo de 2000, Expediente No. 17333.

¹² “La doctrina hace consistir la caducidad como el “fenómeno jurídico de la extinción del derecho a accionar o recurrir por vencimiento del término perentorio concedido por la ley”. Así, la caducidad es otro presupuesto procesal para acudir a la jurisdicción, y establecido como fenómeno jurídico de extinción de los medios de control por el transcurso del tiempo. Es pues, una condición o recaudo procesal para promover las pretensiones contencioso-administrativas, dentro del plazo perentorio que fija la ley”. Solano Sierra, Jairo Enrique, “Derecho Procesal Contencioso – Administrativo”, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., (Bogotá D.C.– 2014), Pág. 681.

¹³ “En esta oportunidad, dado que se ha replanteado el criterio de la Sala acerca del carácter procesal que corresponde a las normas que establecen términos preclusivos para instaurar o ejercer las acciones ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Sala considera que el 40 de la ley 153 de 1887 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso.

En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata.

sentido, la norma aplicable es la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos de que se trate, las cuales se aplicarán de manera preferente¹⁴

Así las cosas, es necesario determinar desde cuándo empezó a correr el término de caducidad para poder establecer cuál es la normatividad aplicable. Para estos efectos se debe tener en cuenta que el término de caducidad se debe empezar a contar desde el día siguiente a la exigibilidad de la Factura No. 284.

Lo anterior, por cuanto en criterio del Tribunal **se debe aplicar el supuesto establecido en el encabezado del literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 que dispone:**

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

(...)

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

Frente a la aplicación de este supuesto de la norma, el Tribunal comparte la posición doctrinaria según la cual a pesar de que la redacción integral del artículo j) pareciera dejar sin efecto el encabezado citado, será necesario tenerlo en cuenta en aquellos casos en los que los demás supuestos no resulten aplicables al caso concreto.

*“La ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho para contar el término de caducidad no es idea clara; con todo, habrá que pensar que el término correrá cuando se ponga de presente un motivo de hecho que patentice el conflicto, **un incumplimiento, por ejemplo**, o cuando se dé una violación legal o se expida un acto administrativo que incida en la relación negocial, dándola por terminada o modificándola”¹⁵.*

Dado que el objeto del presente proceso recae sobre una reclamación relacionada con un pago que la parte convocante considera tardío y que fue realizado en ejecución del contrato, es a partir del vencimiento de la fecha en que se debía realizar el pago, que la acreedora tenía **plena certeza del supuesto incumplimiento** y, por tal razón, es a partir de tal fecha que, a juicio del Tribunal, se debe empezar a contar el término de caducidad.

Si bien el Contrato No. 12076-003-2012 es uno de aquellos que requiere liquidación tal como se dispone en la cláusula décimo séptima, teniendo en cuenta que el plazo del Contrato terminó el 26 de febrero de 2018 de acuerdo con el Otrosí No. 8, a la fecha no ha concluido el término de liquidación del acuerdo por lo que no resulta

En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 11 de octubre de 2006, Expediente No. 2001-00993 (30566).

¹⁴ Esto en aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, que dispone: "Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

¹⁵ Betancur Jaramillo, Carlos, "Derecho Procesal Administrativo", Señal Editora, (Bogotá – 2000) ,Pág. 166

razonable a efectos de analizar la caducidad, tener en cuenta una fecha que ni siquiera ha empezado a correr.

Dado que como se desarrolla en extenso más adelante, el término de exigibilidad de la Factura No. 284 se concretó el 31 de marzo de 2015, es a partir del día siguiente a dicha fecha que empezó a correr el término de caducidad y dado que para esa fecha se encontraba vigente la Ley 1437 de 2011, será dicha normatividad la que resulte aplicable en materia de caducidad.

2.3.1. Análisis del fenómeno de caducidad frente al Contrato para la Prestación de servicios médico asistenciales No. 12076-003-2012:

De conformidad con lo que se ha expuesto, el régimen de caducidad de la acción para resolver las controversias derivadas del Contrato para la Prestación de Servicios Médico- Asistenciales No. 12076-003-2012 está previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011¹⁶, en relación con el cual ha de precisarse, en primer lugar, que el contrato materia del proceso es un contrato de tracto sucesivo cuya liquidación, pactada en la cláusula diecisiete del Contrato, según las pruebas que obran en el proceso no ha sido aún realizada de acuerdo con lo probado en el proceso.

En este orden de ideas, se reitera, tiene aplicación la regla general contenida en el inciso primero del literal j) del numeral 2 del artículo 164 en mención, de acuerdo con el cual tratándose de controversias relativas a contratos “el término para demandar será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.

¹⁶ “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

En el mismo sentido, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha precisado la referida regla, para determinar que el término de caducidad, se cuenta a partir de los hechos que constituyen el incumplimiento¹⁷:

"(...) En este sentido, advierte la Sala que le asiste razón al recurrente cuando afirma que el término de ley fijado para el ejercicio oportuno de la acción sólo empieza a contarse desde que la obligación se hace exigible y no desde la fecha de celebración del contrato, toda vez que el hecho que motiva el ejercicio de la acción - el incumplimiento- sólo se predica respecto de prestaciones exigibles que no son satisfechas por el deudor. En otras palabras, el motivo para ejercer la acción que tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad del co-contratante incumplido, se concreta cuando la obligación a su cargo es exigible y no satisfecha por éste (...)"

Precisado lo anterior, descendiendo al caso concreto, se tiene que en lo relativo a la entrega de la base de datos inicial, tanto en el pliego de condiciones, como en el contrato mismo, se puede establecer que se trataba de una obligación a cargo de la entidad contratante:

Así, en el Apéndice 5 A COMPONENTE ADMINISTRATIVO, numeral 1.2., se lee:

1.2. BASE DE DATOS

FIDUPREVISORA S.A. suministrará al adjudicatario la base de datos inicial, la cual contendrá la información de los docentes y beneficiarios afiliados.

De igual forma, entre las obligaciones contractuales, se encuentra a cargo de la parte contratante, la siguiente:

CLÁUSULA 5.- OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE.- En virtud del presente contrato, el CONTRATANTE asume entre otras las siguientes obligaciones:

4. Remitir la base de datos de los afiliados, a la firma del contrato, e igualmente durante la ejecución del mismo, y hacer el reporte de novedades;

Se aprecia por parte del Ministerio Público que la Base de datos inicial era un insumo esencial para la cabal ejecución del contrato, en la medida que constituye la fuente para constatar la población objeto del contrato, es decir los diferentes usuarios, llámense afiliados o beneficiarios, y que su importancia radica en que en ella se pueda verificar quiénes tienen derecho a la prestación del servicio médico como integrantes del magisterio.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00044- 01(13750).

No menos importante resulta la base de datos para el cálculo de la forma de pago del contrato, es decir por capitación, de ahí que la respectiva facturación mensual debía estimarse con fundamento en la información contenida en dicha base de datos.

Adicionalmente, también es claro que la base de datos sirve como soporte para la formulación de las glosas, pues muchas de ellas se refieren a multifiliación, inconsistencias o errores en nombres, números de documentos de identificación, fechas, etc.

Se destaca, por otra parte, que tal base de datos es muy dinámica, en la medida que permanentemente, casi a diario, se presentan diferentes novedades, tales como afiliaciones, desvinculaciones, traslados, defunciones, cumplimiento de determinada edad para ser beneficiario de los servicios, etc.

Lo anterior, pone de presente no solo la necesidad de contar con la base de datos inicial, sino de que la misma sea depurada a medida que se vayan presentando las novedades, pues de ello depende no solo el derecho de los afiliados y beneficiarios a la prestación del servicio de salud, sino también la correcta y oportuna elaboración, presentación y pago de la facturación mensual; así como del trámite de las posibles glosas que puedan presentarse, en los períodos mensuales que se pactaron.

En suma, se considera que la entrega de base de datos inicial constituía una obligación primordial para que el contrato en cuestión pudiera ejecutarse correctamente, en tanto varias de las obligaciones contractuales dependían de la depuración constante de la base de datos inicial.

Ahora bien, atendiendo pactado en el contrato, la base de datos inicial debía entregarse desde el momento en que se empezó a ejecutar el contrato, es decir el 2 de agosto de 2012.

Sin embargo, de acuerdo con la prueba testimonial, la base de datos inicial, solo fue entregada en los primeros meses del año 2015. Así lo expuso en su testimonio el señor **EDISON ADRIÁN URBINA ACEVEDO**, quien tuvo a su cargo la coordinación del proceso llamado afiliaciones en el contrato:

“DR. HERNÁNDEZ: Ingeniero qué pena, es que en una respuesta que le acaba de dar usted a la doctora Marcela Monroy aclaró, enfatizó que era de 2012 a 2015, pero en una explicación anterior usted nos había dicho que cuando llegó el funcionario Edwin Rodríguez, ya en el 2015, se cambió, ¿podría precisar nos un poquito más porque que 2015 pues tiene 12 meses más o menos desde cuándo y hasta cuándo?”

SR. URBINA: En el mes de marzo a abril del 2015 recibimos por primera vez las bases de datos de los periodos enero y febrero del 2015.

DR. HERNÁNDEZ: ¿O sea ahí ya no facturaban con base en un correo electrónico, sino con base en una base de datos?

SR. URBINA: En una notificación que era un oficio que nos llegaba adjunto a un CD y en ese oficio decía un valor de los valores que hablaba y empezábamos ya a facturar producto de ese valor.

DR. HERNÁNDEZ: O sea, usted desde el momento *en que se empieza a ejecutar el contrato en agosto del 2012 a enero y febrero del 2015 facturaban con base en el correo electrónico que les enviaba la contratante, pero de ese periodo de febrero, marzo del 2015 en adelante sí lo hacían con base ya en una información más depurada porque ya tenían base de datos.*

SR. URBINA: Exacto, ya empezamos sobre un oficio ya oficial de Fiduciaria La Previsora donde decía cuál era el valor que equivalía la base de datos y sobre se empezaba a facturar hasta que llegara la siguiente base de datos, entonces en este nos vamos a encontrar dos o tres meses con el mismo valor, luego dos o tres meses...(interpelado).”

En el mismo sentido, el testimonio de la señora **SULAMY NÚÑEZ MOYA**, quien se desempeñó inicialmente como Jefe de Control Interno y posteriormente, a partir de 2015, como Directora Financiera de COSMITET, y en su declaración expuso el efecto que tenía la falta de una base datos en el proceso de facturación:

“...Aunque partes están en el expediente, entonces aquí hay tres muestras de caso, en donde puntualmente para estos casos que traigo el funcionario de la fiduciaria, que era el doctor Guillermo Boyacá, nos suministraba a través de un correo electrónico un comunicado formal del valor sobre el cual teníamos que emitir la factura, ese ejercicio por conocimiento desde, yo llego como es claro en el año 2015, entonces hago un recuento de qué ha pasado en el último ejercicio del contrato y empiezo a entender cómo es la dinámica financiera del contrato, entonces encuentro que en el primer ejercicio la persona que estaba recibía está información, de mi parte el ejercicio en el que me encuentro empiezo a recibir esa serie de comunicaciones donde la fiduciaria nos informa el valor que vamos a empezar a presentar en la factura.

Esas facturas como también están incluidas algunas ahí en el ejercicio del expediente las convertíamos posteriormente en el documento que le presentábamos a la fiduciaria, como algunos casos que también traigo aquí a colación.

Qué nos decían ellos en la comunicación, un resumen básicamente de qué valor teníamos que facturar, ellos presentaban ahí una primera parte de la información fuente, nos informaban también cuál iba a ser el descuento del 2.5 del fondo de alto costo, que tenían obligación de descontarnos dentro del ejercicio el ahorro, así por decirlo, que se armaba para hacer todo el recobro posterior del alto costo.

Esa facturación se procesaba posterior a recibir las comunicaciones, es decir, mientras nosotros no recibíamos información formal de que debíamos de facturar, lo que hacíamos era esperar a que la fiduciaria nos dijera si esa iba a cambiar en el tiempo o si se iba a mantener y con base en ello emitíamos la factura, por eso a través de la ejecución del contrato cuando uno hace el recuento del balance de cómo fue proceso de facturación en muchos periodos el valor es repetitivo porque la información que nos ratificaba la fiduciaria era que volviéramos a facturar el mismo valor **porque ellos todavía no tenían información precisa de la base de datos, entonces nos enviaban esas comunicaciones y volvíamos y facturábamos la misma cifra.**

(...)

*...Qué pasa con ese ejercicio, nosotros empezamos a entregar facturación aproximadamente en el año 2013, en junio de 2013, de alto costo, producto de qué, producto de que estábamos recopilando toda esta información, producto de **que no teníamos información clara y detallada de la base de datos para empezar a calcular el 15%**.*

DRA. MONROY: ¿De cuál base de datos? Perdón.

*SRA. NÚÑEZ: **La base de datos de la población**, para poder calcular el 15% de la UPC, que era la base inicial que teníamos que soportar de las atenciones de eventos de alto costo porque eso jugaba, ese 15% de la UPC jugaba para nosotros como una temporal, como un anticipo, entonces cuando nosotros tenemos este, por así decirlo, prepago para atender a la población con los eventos costosos el primer compromiso de la Unión Temporal es acreditar que estos costos o estos ingresos, más bien, fueron destinados en costos de eventos costoso, de alto costo.”*

En concordancia con lo anterior, en diligencia de interrogatorio de parte, rendido por el representante legal de la Unión Temporal Magisalud 2, el señor **ABEL FERNELY SEPÚLVEDA**, manifestó:

“DR. VEGA: Bueno diga cómo es cierto sí o no, si la UT Magisalud 2 tomó como base de datos de usuarios inicial del contrato con vigencia del 2012 la última entregada por los mismos miembros de la UT a la finalización del contrato inmediatamente anterior?”

SR. SEPULVEDA: No es cierto, tal y como usted lo pregunta, porque el contrato del 2011 implicaba unas obligaciones para el contratante la Fiduprevisora era entregar la base de datos al operador y digamos el hecho de que haya un contratista o el mismo contratista a partir del 2011 no significa que sea el mismo contrato.

Toda vez que la regla en los nuevos pliegos de condiciones, en términos de condiciones económicas, financieras y en general contractuales eran diferentes al contrato que culminó en el 2011, por lo tanto la Fiduprevisora en calidad de contratante era quien debía reportar la base de datos al inicio del contrato era una obligación contractual de la Fiduprevisora, por lo tanto de manera autónoma el contratista no podía utilizar ninguna base de datos anterior.

(...)

DR. HERNÁNDEZ: Doctora Marcela muchas gracias, tengo una inquietud con relación a la respuesta que dio el absolvente al responder el cuestionario de una pregunta número 7, la pregunta fue cuál es el origen de la base de datos que usted le suministró para la prestación del servicio, y el absolvente dijo eso debió suceder en una de estas tres opciones o que la fiduciaria nos la reporto o sea que la Fiduciaria sí se la reportó o que si no existía que la fiduciaria utilizó para que utilizaran la base de datos del contrato anterior o finalmente que nosotros incluyéndose la unión temporal de manera autónoma hubiéramos utilizado la del mandato anterior.

La pregunta concreta para el doctor Sepúlveda es, si ustedes no recibieron la base de datos en agosto de 2012 que fue cuando se inició el contrato cómo pudieron entonces haber empezado a prestar los servicios sobre qué base de datos trabajaron, en una de las respuestas anteriores usted dejó claro que no, que la entidad contratante no les había entregado la base de datos?

*SR. SEPULVEDA: **Si la Fiduciaria no entregó la base de datos como efectivamente pudo haber sucedido que ahora digamos creo que hasta no sé si 2014 o 2015 por ahí se hizo un primer ajuste de base de datos** eso significa que de una forma u otra nosotros desde agosto hasta esa época 2015 más o menos nosotros debimos haber trabajado con una misma base de datos o sea sin modificaciones.*

DR. HERNÁNDEZ: Esa misma base de datos correspondía al contrato anterior porque de acuerdo con su respuesta me da la impresión de que no podía haber correspondido al contrato que inició en agosto de 2012, toda vez que según le entendí mal Fiduprevisora no le entregó a usted bases de datos?

*SR. SEPULVEDA: Por eso le digo, yo divido el tema en dos aspectos la obligación contractual la Fiduprevisora como le dije era entregar la base de datos, no era una obligación contractual nuestra, **si la Fiduciaria no entregó la base de datos como puede haber sucedido y de hecho durante dos años hubo omisiones graves en la administración de la base de datos significa que para garantizar la atención a los usuarios***

nosotros utilizamos la última base de datos de Heon disponible que debió haber sido.

Ahora tenga en cuenta ahí doctor, que es que este contrato tiene una particularidad, nosotros empezamos en el 2012 en agosto, pero estos mismos departamentos iniciamos en un contrato corto de 3... en mayo de 2012, o sea hay una licitación esta zona fue declarada desierta, como fue declarada desierta la Fiduciaria por urgencia manifiesta que es un contrato de 3 meses con los mismos integrantes de la unión temporal Magisalud dos, eso lo hizo por mayo, junio y julio.

Durante esos tres meses ya con los nuevos pliegos y las nuevas condiciones una base de datos el administrador fiduciario o nosotros mismos con el administrador fiduciario tuvimos que tener disponible yo no le puedo precisar porque mi memoria no me lo puede precisar de esa manera si en mayo, junio y julio que base de datos trabajamos, pero con toda seguridad como digamos no hubo solución de continuidad en la licitación a partir de 2012 con los tres meses que la urgencia manifiesta porque era el mismo tipo de pliegos, eran las mismas condiciones contractuales porque se hizo con base en el mismo estudio de estudios previos.

*Entonces es muy probable que esa base de datos empezamos nosotros en agosto que es la que recogimos del contrato de los 3 meses, pero es muy probable también que esa base de datos de esos 3 meses sea la que venga recogida de los contratos anteriores, yo lo que sí se con toda seguridad es que a partir de 2012 era la obligación de entregarla y que solo ajustó o hizo una actualización de base de datos en el 2015, **por lo tanto hay un periodo de dos años entre agosto de 2012 a abril, mayo de 2015 que el administrador fiduciario no cumplió con sus funciones contractuales y eso quedó en el limbo.***

Posteriormente, al ser conminado por el Dr. HERNANDEZ para que informara con precisión el momento en que se hizo entrega de la base datos, expuso lo siguiente:

DR. HERNÁNDEZ: Bueno, pero efectos del recaudo de la prueba la ritualidad de la misma exige que el representante legal de la entidad que

va a absolver el interrogatorio de parte, debe concurrir debidamente informado a la misma sin que sean excusables argumentos tales como que para esa época no tenía tal condición o cualquier otro de esa índole a mí me sigue inquietando mucho el hecho de que usted no nos ha podido precisar con absoluta certeza si para cuando se inició el contrato en agosto de 2012, efectivamente la fiduciaria les entregó o no les entregó la base de datos?

*SR. SEPULVEDA: Pues mire doctor **para ser concreto y para no poner en dudas, si durante 2012, 2013, 2014 no hubo actualización de base de datos significa necesariamente que al inicio de agosto de 2012 la fiduciaria no nos entregó base de datos.***

*DR. HERNÁNDEZ: **Perfecto no les entregó base de datos.***

*SR. SEPULVEDA: **Al inicio del contrato de agosto de 2014 no nos entregó base de datos.***

*DR. HERNÁNDEZ: **O sea entre agosto de 2012 y hacia 2015 aproximadamente ustedes no trabajaron con una base de datos que les hubiera entregado la fiduciaria?***

*SR. SEPULVEDA: **Nosotros no trabajamos con una base de datos reportada por la Fiduprevisora.”***

Con base en lo anterior, se puede establecer entonces, que la base de datos no fue entregada al momento de iniciar la ejecución del contrato, sino en el mes de marzo de 2015, de tal manera que ha quedado demostrado el incumplimiento de esta obligación por la parte contratante.

Así las cosas, como la obligación fue cumplida solo hasta el mes de marzo de 2015; hecho que fue conocido por el contratista, de manera que, siguiendo el criterio antes expuesto respecto del conteo de la caducidad, el plazo para interponer la demanda vencía en marzo de 2017, de tal manera que como la demanda fue presentada en el mes de enero de 2018, emerge que el ejercicio de

la acción fue extemporáneo, de tal suerte que la excepción de caducidad ha de ser declarada de oficio¹⁸:

CADUCIDAD – Reiteración jurisprudencial / CADUCIDAD – No concede derechos subjetivos / CADUCIDAD – Impide el ejercicio de la acción para iniciar el proceso / CARGA PROCESAL – Su omisión priva el ejercicio del derecho de acción / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN– Conlleva a un fallo inhibitorio

Tal y como lo ha expresado reiteradamente la Jurisprudencia de esta Corporación, la caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que -por el contrario-, apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado, no puede iniciarse válidamente el proceso. Se trata entonces de una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del Juez, cuando se verifique su ocurrencia También es una carga procesal que debe cumplir quien esté interesado en acudir al aparato jurisdiccional y su omisión lo priva del ejercicio del derecho de acción. En suma, la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que la parte convocada propuso la excepción que denominó “purga de eventuales incumplimientos por la suscripción de otrosíes sucesivos al contrato sin salvedades”, la cual pasa a analizarse, habida cuenta que la misma abarca la totalidad de las pretensiones de incumplimiento, como se procede a continuación.

RESPECTO DE LA EXCEPCION DENOMINADA “PURGA DE EVENTUALES INCUMPLIMIENTOS POR LA SUSCRIPCIÓN DE OTRO SIES SUCESIVOS AL CONTRATO SIN SALVEDADES”

¹⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del siete (7) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 1100103-25-000-2010-00102-00(0833-10)

El apoderado de la parte convocada, propuso la excepción anterior, con fundamento en 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 5 otrosíes que extendieron la vigencia del contrato ajustando el valor respectivo y 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, razón por la cual considera que según la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, 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.

Para esta Agencia del Ministerio Público, la excepción está llamada a prosperar, como pasa a exponerse:

En el caso concreto se aprecia que el contrato en cuestión fue suscrito el 2 de agosto de 2012 con una vigencia inicial de 48 meses por lo que, en principio culminaría el 31 de julio de 2016

Sin embargo, las partes por mutuo acuerdo suscribieron sucesivos otrosíes para modificar tanto el plazo como el valor del contrato, tal y como puede constatarse en la prueba documental obrante a folios 229 y ss., del cuaderno No. 1 de pruebas, extendiéndose su ejecución hasta el día 31 de octubre de 2017:

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.

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**

Por ello, el Ministerio Público considera que, le asiste razón a la parte convocada cuando alega que la reclamación es extemporánea, y que el convocante no puede ir en contra de sus propios actos; en la medida que las partes celebraron 5 otrosíes, prórrogas sucesivas del contrato, tanto en plazo como en precio; las que el contratista aceptó y suscribió, sin efectuar manifestación de inconformidad relativa a reclamaciones por incumplimiento en estos actos bilaterales.

Ello pone de presente que, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa sobre el tema, las reclamaciones posteriores son improcedentes y constituyen una infracción a la buena fe y a la lealtad contractual que debe regir este tipo de relaciones.

En tal sentido, el H. Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha insistido en la improcedencia de reclamar incumplimientos del contrato, cuando en el desarrollo del mismo se han efectuado prórrogas, suspensiones, otrosíes; y **el contratista ha consentido en ellas sin efectuar reclamación alguna.**

Sobre el tema, resulta particularmente ilustrativa la providencia del 20 de octubre de 2014¹⁹ en la que se efectúa el análisis de la línea jurisprudencial de esa Corporación sobre este aspecto y se analizan además los conceptos de incumplimiento contractual, desequilibrio económico del contrato y buena fe objetiva:

“6.4. Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.¹¹

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809) Actor: SOCIEDAD CONCRETO S.A. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS Referencia: ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa¹² en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.¹³

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque **la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella**, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, **en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte**, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,¹⁴ es decir, se trata aquí **de una buena fe objetiva** y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”¹⁵ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”¹⁶

(...)

6.5.1. Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.(...)

6.5.2. Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes

pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes. (destacado fuera del texto original)

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, “*consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia*” 21 (Se subraya).

En consecuencia, ***si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración (sic) (sic) del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.***

Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado y baste para confirmar lo dicho traer a cuento el siguiente aparte de la sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032:

Dicha postura fue retomada posteriormente por la Subsección B de la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

“Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

(...)

“No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole.

Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los

contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato...”

De igual manera, esa misma Corporación en Sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), señaló lo siguiente²⁰:

“La pretensión de la actora no tiene vocación para prosperar, por lo siguiente: La conducta constitutiva de incumplimiento y que generó el rompimiento del equilibrio financiero por el retardo en la ejecución de las obras contratadas, la concreta el actor en la omisión del Departamento de Cundinamarca de entregar en forma oportuna y completa los correspondientes planos y diseños de la vía. (...) En efecto, si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada, sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato.”

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 84 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 12

NOTA DE RELATORIA: El Consejo de Estado en sentencia de julio 23 de 1992, exp. 6032, M.P. Daniel Suárez Hernández, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato.

CONTRATO ESTATAL - Deber de las partes de actuar con buena fe

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

²⁰ Sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

La omisión o silencio del contratista en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades impide su reclamación posterior

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

Dicho criterio jurisprudencial fue además ratificado en dos providencias recientes de esa misma Corporación²¹:

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / SOBRECOSTOS EN LA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

De entrada, la Sala advierte que estas pretensiones no están llamadas a prosperar puesto que, como lo ha sostenido esta Sección, **las reclamaciones objeto de demanda solo pueden prosperar cuando previamente el contratista demandante las ha incluido en los actos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensión.** En efecto, de acuerdo con el principio de buena fe, que debe gobernar la ejecución de los contratos estatales, “la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios del consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos”. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 9 de mayo de 1996, Exp. 10151.

En el mismo sentido la providencia del cuatro (4) de junio de dos mil diecinueve (2019).²²

1.1. En efecto, se ha entendido que se debe reclamar en oportunidad aquellos fenómenos que puedan afectar la economía del contrato, con mayor razón cuando se llegan a acuerdos para superar las dificultades externas del contrato y viabilizar su ejecución. En esa línea, se ha sostenido que las modificaciones que las partes le incorporan al contrato tienen como finalidad la de reconducir la relación contractual, razón

²¹ Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 47001-23-31-001-1998-00875-01(40524)

²² Proceso número: 73001-23-31-000-2008-00741-01(39974)

por la cual desconoce la buena fe contractual el hecho de que una de las partes después de ese momento haga reproches a su contraparte por situaciones que la modificación pretendía superar. En tal sentido se ha dicho²³:

*De lo hasta aquí expuesto, es claro que **los contratos adicionales arriba mencionados significaron un corte de cuentas para lo sucedido hasta la fecha en que se suscribieron**, toda vez que su finalidad era superarlo, con mayor razón si se tiene en cuenta que las partes, incluido el contratista, ya conocían para esa fecha lo ocurrido. Luego, mal haría la Sala en desconocer esos acuerdos donde las partes libremente acordaron las fórmulas para viabilizar el contrato²⁴, sin ningún tipo de salvedad²⁵.*

1.2. Por consiguiente, si el contratista no formuló ningún reparo cuando suscribió las actas de suspensión, no es posible acceder a sus reclamaciones en esta sede, pues no le es dado ir contra sus propios actos, tal como lo indicó la Sala²⁶:

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

1.3. Es por ello que se ha concluido que el silencio del contratista se equipara a la aceptación de los efectos económicos que le pudiera producir las suspensiones²⁷:

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 32109, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁴ [cita original del texto] En esa oportunidad, se recalcó la importancia de los acuerdos de las partes para reconducir la relación contractual y el efecto jurídico que tienen en las futuras reclamaciones económicas, así: “En esas condiciones, los cargos de nulidad de la parte actora en contra de los actos administrativos que impusieron la multa, no quedaron probados, en tanto después de la prórroga, que significó un replanteamiento de las condiciones contractuales cumplidas hasta ese momento, la administración rechazó el pago de manera fundada o al menos se echan de menos pruebas de que no fuera así. En tal sentido, los expertos que pudieron determinar tal aspecto no lo hicieron, aun cuando contaban con documentos que contenían las razones del rechazo, por lo que nada impedía ese ejercicio, cuando en la misma aclaración por la parte demandada se solicitó. El juez tampoco puede entrar a juzgar aspectos técnicos que escapan a su alcance”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, exp. 28055, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁵ [cita original del texto] En esa oportunidad, se recalcó la importancia de las salvedades frente a los acuerdos adicionales, así: “Tampoco es cierto, como lo afirmó el demandante, que CEDENAR transgredió el principio de la buena fe contractual con la adición del plazo. Nótese que las adiciones se causaron por el incumplimiento administrativo en el suministro de elementos y que el contratista aceptó esas adiciones sin ningún reparo. Es más dicha aceptación la convino con el contratante y en su texto dejó anotación expresa de que las demás cláusulas del contrato permanecían incólumes, en los adicionales 044/91 B, D, E y F. // Esa manifestación de voluntad del contratista se presume legal (art. 1.502) porque el mismo demandante BENHUR no demostró situaciones que afectaran la validez del contrato en el aspecto del consentimiento (art. 78 del decreto ley 222 de 1983 en armonía con los artículos 1.502 y 1.508 del Código Civil)”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[N]o es admisible entender del silencio del contratista una ausencia de renuncia de los efectos económicos de las adiciones en plazo del contrato o de las suspensiones, sino su aceptación, en tanto el asentimiento a la variación en el plazo, informa una aceptación de las condiciones en las que a partir de la prórroga se ejecutaría el contrato de obra.

CONCLUSION DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Corolario de lo hasta aquí expuesto, se impone por parte de esta Procuraduría deprecar al Honorable Tribunal de Arbitramento declarar probada, de oficio, la excepción de caducidad; y de igual manera declarar probada la excepción propuesta por la parte convocada, denominada “*purga de eventuales incumplimientos por la suscripción de otros íes sucesivos al contrato sin salvedades*”; y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda.

Atentamente,

JHON ÁLVARO VELASCO ACOSTA
Procurador 136 Judicial II para Asuntos Administrativos

Tribunal de Arbitramento de Unión Temporal Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Expediente: 15569

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 27378, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.