

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS  
ASOCIADOS S.A., COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS  
DE SALUD EMCOSALUD - INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES  
SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

**CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES**

**1. PARTES**

1.1. PARTE CONVOCANTE

Está conformada por las sociedades integrantes de la Unión Temporal Medicol Salud 2012, a saber, Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S.- Servimedicos S.A.S., Médicos Asociados S.A., Colombiana De Salud S.A. y Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud, todos integrantes de la Unión Temporal Medicol Salud 2012, cuya existencia y representación legal aparece debidamente acreditada con los certificados de existencia y representación legal de dichas sociedades que fueron aportadas con la demanda<sup>1</sup>.

En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como la o las convocantes, la o las demandantes

---

<sup>1</sup> Folios 48 a 65 y 91 del Cuaderno Principal número 1.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

o la Unión Temporal.

1.2. PARTE CONVOCADA

Está conformada por La Nación - Ministerio de Educación Nacional y por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, representado por Fiduciaria La Previsora S.A., entidad fiduciaria respecto de la cual también fue debidamente acreditada su existencia y representación legal.<sup>2</sup>

En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como las convocadas, las demandadas, el Ministerio de Educación Nacional y/o el Fomag.

**2. PACTO ARBITRAL**

Entre Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Fomag y las Unión Temporal integrada por las sociedades convocantes se celebró el Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-003-2012 de fecha<sup>3</sup> con el propósito de que la Unión Temporal Medicol Salud 2012 prestara servicios de salud a los afiliados al Fomag y a sus beneficiarios en una región preestablecida en el contrato.

En dicho contrato fue incluido el pacto arbitral vigente entre las partes, que es del siguiente tenor:

*“CLAUSULA 23. SOLUCION DE CONTROVERSIAS. Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas por razón o con ocasión al presente contrato, busquen, en primer término, una solución directa mediante la conciliación, la amigable composición o la transacción, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la notificación que cualquiera de las partes envíe a la otra.*

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

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

---

<sup>2</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 89 a 92 del Cuaderno Principal número 2.

<sup>3</sup> Folios 2 a 34 del Cuaderno de Pruebas número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

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

*El Tribunal tendrá como domicilio la ciudad de Bogotá D.C.*

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

*Los gastos relacionados con ocasión de la aplicación de la presente cláusula serán pagados, por el CONTRATISTA y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. 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 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 competente."*<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Folios 23 y 24 del Cuaderno de Pruebas número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

### 3. TRÁMITE ARBITRAL

- 3.1. El dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015), ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca las demandantes formularon demanda en contra de La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio para que se declarara la nulidad de las resoluciones que son objeto del presente trámite<sup>5</sup>.
- 3.2. Dicha autoridad mediante providencia del ocho (8) de abril de dos mil quince (2015) declaró la falta de jurisdicción de dicha Corporación *“para conocer del asunto en primera instancia, ante la existencia de cláusula compromisoria celebrada entre las partes del contrato estatal alrededor del cual giran las controversias planteadas”*, ordenó el envío del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y estableció un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles desde la ejecutoria de esa providencia para que las partes iniciaran el trámite de integración del correspondiente Tribunal de Arbitraje, teniendo en cuenta las directrices de la sentencia C-662 de 2004<sup>6</sup>.
- 3.3. El dos de junio de mil quince (2015) fueron entregadas las actuaciones surtidas en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>7</sup>, entre ellas, la demanda en contra de Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, cuyas pretensiones obran a folio 40 del Cuaderno Principal número 1.
- 3.4. Dicha demanda fue posteriormente reformada y en tal oportunidad se dirigió en contra de La Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y de la Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del “Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” como demandados para reclamar las pretensiones que obran a folios 488 a 489 del Cuaderno Principal número 1.
- 3.5. Previa designación de los árbitros mediante la modalidad de sorteo público<sup>8</sup>, aceptación oportuna de los árbitros Juan Manuel Almonacid Sánchez, Felipe Navia Arroyo y Jesús Vallejo Mejía<sup>9</sup>, y citación a audiencia, el 22 de septiembre de 2015 se instaló el Tribunal, designó Presidente y Secretaria, admitió la demanda presentada, se ordenó su notificación y traslado por el término legal a la convocada y al Señor Agente del Ministerio Público y se

---

<sup>5</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 1 a 43.

<sup>6</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 99 a 109.

<sup>7</sup> Cuaderno Principal número 1, folio 111.

<sup>8</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 217 a 281.

<sup>9</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 282 a 285, 286 a 288 y 301 a 302.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -Acta número 1-,<sup>10</sup> notificándose a la demandada, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 25 de enero de 2016<sup>11</sup>. La demandada contestó la demanda el 31 de marzo de 2016 oponiéndose a las pretensiones e interponiendo excepciones.<sup>12</sup>

- 3.6. Surtido el traslado de las excepciones perentorias con réplica oportuna por la Convocante<sup>13</sup>, el día anterior a la iniciación de la audiencia de conciliación señalada para el 19 de mayo de 2016, la convocante, presentó el 18 de mayo de 2016 reforma integral a la demanda<sup>14</sup>, que se admitió a trámite por auto del 19 de mayo de 2016, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas; respecto de Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se ordenó notificación personal y correr traslado por el término de veinte (20) días<sup>15</sup>. La Nación - Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio Público fueron notificados en audiencia de tal decisión. Por su parte, Fiduciaria La Previsora S.A., en la calidad indicada, fue notificada mediante aviso el 8 de julio de 2016. La Nación – Ministerio de Educación Nacional contestó la demanda el 3 de junio de 2016 con oposición al *petitum* y formulación de excepciones<sup>16</sup> y la Fiduciaria La Previsora S.A. lo hizo el 28 de octubre de 2016, también con oposición a la prosperidad de la demanda y la proposición de excepciones<sup>17</sup>, replicadas el 8 de noviembre de 2016.<sup>18</sup>
- 3.7. El 25 de noviembre de 2016 en la audiencia de conciliación surtida, las partes no conciliaron sus diferencias, por lo cual se declaró fracasada y se fijaron los costos legales del arbitraje - Acta número 7<sup>19</sup>-, suma que fue entregada en tiempo y en su totalidad por la parte convocante<sup>20</sup>.
- 3.8. El 19 de enero de 2017, en la primera audiencia de trámite -Acta número 8 -<sup>21</sup>, por Auto número 9, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las

---

<sup>10</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 366 a 368.

<sup>11</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 376 a 385.

<sup>12</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 396 a 458.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 464 a 478.

<sup>14</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 486 a 526.

<sup>15</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 4 a 7.

<sup>16</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 14 al 78.

<sup>17</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 105 al 122.

<sup>18</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 124 al 151.

<sup>19</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 160 al 165.

<sup>20</sup> Cuaderno Principal número 2, folio 173.

<sup>21</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 172 al 190.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

controversias surgidas entre Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S.- Servimédicos S.A.S., Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A., Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud, Integrantes De La Unión Temporal Medicol Salud 2012, de una parte, y La Nación - Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, por la otra, todas comprendidas en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Prestación de Servicios Médicos Asistenciales No. 12076-003-2012 y contenidas en la demanda reformada, su contestaciones, excepciones perentorias y réplicas.<sup>22</sup>

3.9. Dicha providencia fue objeto de recurso de reposición por parte de las demandadas<sup>23</sup>, que resolvió mediante auto número 11 del 14 de febrero de 2016<sup>24</sup>, sin que se repusiera la decisión del Tribunal. En dicha audiencia y luego de que cobrara ejecutoria la providencia de asunción de competencia, por Auto número 12, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por ambas partes como consta en el Acta número 10<sup>25</sup>, por lo que por la práctica de las mismas constituyen pruebas del presente proceso las siguientes:

3.9.1. Los documentos aportados por las partes con sus respectivos escritos<sup>26</sup>, y los incorporados en respuesta a oficios librados a la Fiduciaria La Previsora S.A.<sup>27</sup> y a Bancolombia S.A.<sup>28</sup>, así como los que fueron incorporados al expediente con ocasión de la exhibición efectuada por Fiduciaria La Previsora S.A.<sup>29</sup> y los aportados por La Nación – Ministerio de Educación Nacional<sup>30</sup> con ocasión del requerimiento del Tribunal junto con los que entregaron los testigos David Esteban Pérez Rivera<sup>31</sup>; William Emilio Mariño Ariza<sup>32</sup> y Pedro Fabián Dávalos<sup>33</sup>.

3.9.2. Los testimonios solicitados por las partes, de David Esteban Pérez Rivera<sup>34</sup>, Edwin Alberto Rodríguez Barrera, Martha Camelo Calderón y William Emilio Mariño Ariza,

---

<sup>22</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 172 al 190, Acta número 8.

<sup>23</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 188 a 189, Acta número 8.

<sup>24</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 207 al 220, Acta número 10.

<sup>25</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 216 al 220.

<sup>26</sup> Cuaderno de Pruebas números 1, 2 y 3.

<sup>27</sup> Cuaderno de Pruebas número 3, folios 440 a 447.

<sup>28</sup> Cuaderno de Pruebas número 3, folios 424 a 425.

<sup>29</sup> Cuaderno de Pruebas número 2, folios 470 a 639 y Cuaderno de Pruebas número 3, folios 1 a 399.

<sup>30</sup> Cuaderno de Pruebas número 3, folios 400 al 422.

<sup>31</sup> Cuaderno de Pruebas número 2, folios 386 a 388.

<sup>32</sup> Cuaderno de Pruebas número 2, folios 390 a 468.

<sup>33</sup> Cuaderno de Pruebas número 3, folios 427 a 438.

<sup>34</sup> Fue decretado de oficio por el Tribunal ante una falencia en la solicitud original por parte de La Nación – Ministerio de Educación Nacional. Cuaderno Principal número 2, folio 233.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

que fueron recibidos el 7 de marzo de 2017<sup>35</sup> y Pedro Fabián Dávalos el 21 de marzo de 2016<sup>36</sup>. Todos ellos fueron tachados por sospecha por su vinculación con Fiduciaria La Previsora S.A. por parte de las sociedades demandantes.

- 3.10. La Nación – Ministerio de Educación Nacional desistió del testimonio decretado de Mauricio O’Byrne<sup>37</sup> y, por su parte, Fiduciaria La Previsora S.A. desistió los interrogatorios de parte de los representantes legales de las sociedades convocantes<sup>38</sup>.
- 3.11. Terminada la etapa probatoria se decretó su cierre y se fijó oportunidad para los alegatos de conclusión y presentación del concepto del Ministerio Público<sup>39</sup>.
- 3.12. Los apoderados de las partes y la representante del Ministerio Público designada para el trámite, en audiencia del 27 de septiembre de 2017<sup>40</sup>, expusieron sus alegatos y concepto, respectivamente, de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos.<sup>41</sup>
- 3.13. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo<sup>42</sup>.

#### **4. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

Se resume la demanda arbitral reformada, la contestación y excepciones perentorias como fueron presentadas por las partes, así:

##### **4.1 LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA**

Con su demanda reformada, las demandantes plantearon ante el Tribunal la petición de declarar la nulidad de actos administrativos contractuales administrativos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional, con ocasión de la ejecución del Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-003-2012 de fecha treinta (30) de abril de dos mil doce (2012), del cual era contratista la Unión Temporal.

---

<sup>35</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 11, folios 231 a 238 ; Cuaderno de Pruebas número 3, folio 448.

<sup>36</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 13, folio 252, Cuaderno de Pruebas número 3, folio 448.

<sup>37</sup> Cuaderno Principal número 2, Auto número 16, Acta número 13, folio 253.

<sup>38</sup> Cuaderno Principal número 2, Auto número 17, Acta número 14, folio 263.

<sup>39</sup> Cuaderno Principal número 2, Auto número 21, folio 290.

<sup>40</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 19, folios 308 al 311.

<sup>41</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 313 al 339; 340 al 374, 375 al 407 y 408 al 426.

<sup>42</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 19, Auto número 24, folio 310 .

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

Dichos actos administrativos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional son: (i) la Resolución número 2460 de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento parcial del citado contrato y se impuso sanción pecuniaria a la Unión Temporal por la suma de \$1.202.844.586 para ser descontada de la facturación emitida por la misma; (ii) la Resolución 7842 de 2014, mediante la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por la Unión Temporal en cintra de la anterior decisión y (iii) la Resolución 10969 de 2014, mediante la cual se adicionó la anterior decisión.

Como consecuencia de lo anterior, pretende el restablecimiento del derecho conculcado con ocasión de la expedición de los anteriores actos administrativos y se condene a las demandadas a pagar a las demandantes la misma suma impuesta como sanción más intereses moratorios a la tasa máxima legal señalada en la Ley mercantil.

Las anteriores pretensiones las fundamentó en los hechos que el Tribunal, como lo ordena la Ley, se permite sintetizar, así:

Después de referirse al origen del Fomag, indica la parte demandante que entre la Unión Temporal y la Fiduciaria La Previsora S.A., obrando como vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag-, como resultado del proceso de selección LP-FNPSM-003-2011 iniciado por esta última se celebró el Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-003-2012 de fecha treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) para la prestación de servicios de salud a los afiliados del Fondo y sus beneficiarios en la región 2, que comprende los departamentos de Amazonas, Vichada, Guainía, Vaupés, Guaviare, Bogotá D.C., Casanare, Meta, Cundinamarca y Tolima.

Durante la ejecución del contrato -el 24 de septiembre de 2013- se suscribió entre las partes del contrato un plan de mejoramiento “a efectos de moderar el represamiento de los servicios de salud”, que se registraba a ese momento para, con ello, lograr prestar los servicios en la forma en que fueron contratados.

El 20 de noviembre de 2013, la sociedad Fiduciaria inició una actuación en contra de la Unión Temporal tendiente a “*conminar el cumplimiento del contrato celebrado*”.

Anteriormente, el 9 de octubre de 2013, días antes del vencimiento del plazo de ejecución del plan de mejoramiento, la auditora Médica GGS de la Fiduciaria solicitó a la Unión Temporal entregara los soportes que daban cuenta del cumplimiento del mismo. Tales soporte fueron entregados el 16 de octubre siguiente sin que ello hubiere afectado el cumplimiento del plan de mejoramiento.



TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

La Fiduciaria al conocer la respuesta de la Unión Temporal indicó que el porcentaje de cumplimiento del plan de mejoramiento dejaba en evidencia la inobservancia de distintas estipulaciones contractuales, sin precisar cuales, y por ello solicitó a la Unión Temporal rendir informe sobre la situación, el cual se rindió oportunamente.

Posteriormente, el 16 de diciembre de 2013, la Fiduciaria citó a la Unión Temporal a audiencia para rendir descargos sobre el incumplimiento imputado, a fin de que diera explicaciones y ejerciera su derecho de defensa. Sin embargo, no se indicaron las pruebas con fundamento en las cuales se había iniciado el proceso sancionatorio y la Fiduciaria se limitó a señalar que según los informes de la propia Unión Temporal el porcentaje de cumplimiento (del plan de mejoramiento se entiende) era muy ínfimo. Igualmente se señalaron causales de multa diferentes a las señaladas en la comunicación en la que se notificó la apertura del proceso sancionatorio. Tampoco se indicó el fundamento que otorgaba a la Fiduciaria la calidad y capacidad para adelantar dicho proceso sancionatorio, como debía hacerse según el artículo 2.4. del Reglamento de Imposición de Sanciones que corresponde al contrato en cuestión.

El 19 de diciembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de descargos en la sede de la Fiduciaria La Previsora S.A., a la que asistieron el Vicepresidente Fondos de Prestaciones Sociales de la Fiduciaria, quien la presidió, la asesora jurídica de la Gerencia de Servicios de Salud, la Jefe de la Oficina Auditora Médica, la Auditora Médica, el apoderado de la Unión Temporal, el Agente Oficioso de Liberty Seguros S.A., el apoderado de Mundial de Seguros S.A. y otros funcionarios de la Unión Temporal, sin que se hubiera hecho presente ningún representante del Ministerio, advirtiendo que no existe norma y no hubo acto administrativo de delegación de las funciones administrativas del Ministerio en funcionarios de la sociedad fiduciaria.

En dicha audiencia, la Unión Temporal aportó nuevos soportes de cumplimiento, como fue reconocido en las resoluciones objeto del presente asunto, que demostraban el cumplimiento del Plan de Mejoramiento, y, además, se expusieron y soportaron razones provenientes de hechos de terceros que impidieron el cumplimiento del 100% de lo pactado. Sin embargo, a pesar de haber probado la Unión Temporal que se cumplió con el 80% del plan de mejoramiento y que hubo imposibilidad justificada de cumplir con el 20% restante la audiencia, adelantada por la sociedad fiduciaria -quien no tiene la calidad de entidad pública- y sin presencia del Ministerio de Educación Nacional, posteriormente se profirió la resolución 2460 de 2014 para determinar el incumplimiento parcial del contrato de prestación de servicios y se impuso sanción.

En la Resolución citada no se justificó la razón por la cual se determinó como causal de multa la relacionada con "*las demás obligaciones contractuales*" y no las relacionadas con imposición de barrera injustificada de acceso al servicio o la relacionada con el incumplimiento del plan de choque,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

que si fueron anunciadas en la apertura del proceso y en la citación de la audiencia de descargos. Tampoco justificó, ni cuantificó de manera clara el porcentaje del supuesto incumplimiento y al señalar que hubo incumplimiento de las demás obligaciones contractuales, sin precisar cuales, se configuró una acusación indeterminada que no se puede controvertir. Por tal razón hubo una violación al debido proceso “en la modalidad de defensa”.

Dicha resolución fue impugnada mediante recurso de reposición por considerarla violatoria del debido proceso, entre otros, argumentos. El recurso no prosperó y se profirió decisión confirmando la decisión impugnada en todas sus partes.

En los fundamentos de derecho de su demanda se refirió a la nulidad de los actos administrativos y a la infracción de las normas en que debían fundarse y, en particular, del Reglamento de Imposición de Sanciones por cuanto (i) no se aportó informe de interventoría; (ii) el requerimiento a la Unión Temporal no contaba con los requisitos legales y (iii) la Fiduciaria no era competente para adelantar el proceso sancionatorio. También indicó que hubo violación al debido proceso por haberse elaborado el informe legal y/o técnico científico de verificación de los hechos u omisiones constitutivos del incumplimiento parcial y por el desconocimiento específico de los cargos imputados y la graduación errónea de la pena o multa. Alegó también la falsa motivación del acto administrativo sancionatorio por varias razones. Finalmente, indicó que era imposible imponer multa ante el incumplimiento continuo de la contratante de sus obligaciones derivadas del contrato.

#### 4.2 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA Y EXCEPCIONES INTERPUESTAS

##### 4.2.1 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

En primer lugar, el Ministerio de Educación Nacional replicó algunos aspectos señalados respecto del origen y funcionamiento del Fomag como fue presentado por la parte demandante.

En cuanto al proceso licitatorio, la celebración del contrato de prestación de servicios, el plan de mejoramiento y el proceso sancionatorio, incluida la celebración de la audiencia de descargos, indicó que se atenía a lo probado por cuanto dicha entidad no es parte de esa relación contractual y nada le consta al respecto. En algunos casos precisó que en las resoluciones objeto de esta litis, la Ministra las suscribió obrando como Presidenta del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no como representante legal del Ministerio.

Señaló también que conforme con lo previsto en el numeral 8 del numeral 2 del Reglamento de Imposición de Sanciones se indica que aunque se debe citar a un representante del Ministerio de Educación Nacional a dicha audiencia de descargos, la ausencia de uno o varios de los citados no

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

impide la celebración de la audiencia, de lo cual infiere que no es obligatoria la asistencia de un representante y que por ello no se afecta la validez de la misma.

Como cuestiones previas en su contestación de la demanda el Ministerio de Educación Nacional planteó (i) la falta de competencia del Tribunal por cuanto dicha entidad no es parte del pacto arbitral invocado al no ser parte del Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-003-2012, ni haber suscrito el documento que lo contiene. Señaló que es a la entidad fiduciaria a quien le corresponde ejercer la defensa judicial de patrimonios como el Fomag sin que se pueda vincular a las actuaciones al Fiduciante, en este caso el Ministerio (ii) También arguyó que el Ministerio de Educación Nacional no debe concurrir a la integración del contradictorio, pues por la naturaleza de la relación jurídica no puede, ni debe generar efectos respecto de la entidad y expresó que no adhiere al pacto arbitral, ni lo hará. Reitero sus argumentos sobre la naturaleza del Fomag como cuenta especial de La Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, administrada por una Fiduciaria.

En su defensa planteó las siguientes excepciones de fondo: “1. *Consideración Preliminar: Naturaleza Jurídica del Fomag y Límites Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales del Ministerio de Educación Nacional en el mismo*; 2. *Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*; 3. *Sobre la Garantía del Debido Proceso en la actuación de imposición de multas que cuestiona*; 4. *Sobre la Ausencia de Falsa Motivación en la Expedición de los Actos Administrativos Demandados*”<sup>43</sup>.

En las dos primeras reiteró lo dicho en las cuestiones preliminares sobre la naturaleza del Fomag, la actuación del Ministerio de Educación Nacional en este asunto que no habilita a las demandantes a dirigir demanda alguna en su contra.

En la que se refiere al debido proceso en la actuación de imposición de multas a la Unión Temporal, después de reseñar, de manera genérica, al debido proceso administrativo y al Reglamento de Imposición de Multas del contrato y al procedimiento de imposición de multas, indicó que, en este último, se respetó el debido proceso a la Unión Temporal contratista. Se refirió a los cargos de ausencia de informe de supervisión; de no comunicación al Consejo Directivo; incumplimiento de los requisitos del requerimiento remitido a Medicol; falta de competencia de la Fiduprevisora para adelantar el procedimiento de imposición de multas y a la supuesta ausencia de un representante del Ministerio de Educación Nacional en la Audiencia de Descargos para rechazarlos todos y explicar sus razones de legalidad de los actos.

También hizo expreso señalamiento sobre el cargo de falsa motivación de los actos acusados

---

<sup>43</sup> Folios 35 al 74 del Cuaderno Principal número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

haciendo primera referencia a la naturaleza de las multas en la contratación estatal y la habilitación legal para que el contrato defina sus elementos y al carácter conminatorio de las multas en la contratación pública, para luego pronunciarse en particular sobre lo achacado en cuanto a la falsa motivación por las demandantes para destacar el incumplimiento acreditado de la Unión Temporal y la definición precisa de los fundamentos del incumplimiento y la correcta graduación de la multa.

4.2.2 CONTESTACIÓN DE FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Al dar respuesta a los hechos alegados por las demandantes, esta entidad negó la representación legal del Fomag por parte del Ministerio de Educación Nacional, como fue señalado por las demandantes así como la participación de esta entidad en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el proceso de selección y el Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-003-2012 celebrado con la Unión Temporal Medicol Salud 2012 aceptó todos los hechos (cuarto a séptimo). En cuanto al plan de mejoramiento y las actuaciones posteriores mencionó que el mismo se originó en los reiterados incumplimientos a los acuerdos de servicios determinados en el pliego de condiciones y que la Unión Temporal contratista de siempre conoció el Reglamento de Imposición de Sanciones. Reconoce que hubo un yerro al reclamar descargos por escrito a la Unión Temporal cuando el Reglamento citado había previsto que los mismos debían hacerse en audiencia pública, pero que el mismo fue corregido al hacer la citación para la audiencia del 16 de diciembre de 2013. Confirmó la asistencia de las personas indicadas por las demandantes a dicha audiencia y precisó que la Unión Temporal allegó los soportes de cumplimiento en dicha audiencia al no haberlo hecho en la oportunidad requerida, pero que en todo caso, se estableció que el Plan de Mejoramiento no se cumplió como era debido presentándose, de esa manera, un incumplimiento parcial del contrato.

En su escrito reseñó que esa entidad, Fiduciaria La Previsora S.A., concurre al trámite exclusivamente en su calidad de vocera del patrimonio autónomo denominado “Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio” y que su responsabilidad está circunscrita a lo consignado en la escritura pública número 83 del 21 de junio de 1990 otorgada en la Notaría 44 de Bogotá D.C.. Como consecuencia de tal circunstancia el fallo del presente trámite solo puede generar efectos respecto del Fomag y no de la Fiduciaria La Previsora S.A. en nombre propio.

Como Excepciones de Fondo, por su oposición total a las pretensiones de la demanda, formuló las siguientes “1. *Primera Excepción de Fondo. Violación a las Reglas Pactadas en la Cláusula Compromisoria*; 2. *Segunda Excepción de Fondo denominada Caducidad*; 3. *Tercera Excepción de*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

*Fondo Mala Fe del Demandante en el Proceso de Convocatoria Pública; 4. Cuarta Excepción de Fondo denominada Correcta, Debida y Legal Motivación de la Resoluciones Demandadas; 5. Quinta Excepción de Fondo denominada Violación a los Principios de Buena Fe y Lealtad en Ejecución del Contrato y 6. Sexta Excepción de Fondo denominada Genérica”.*

Sobre la primera señaló que la cláusula arbitral que vincula a las partes para la decisión de la presente controversia no es la del contrato, sino la del Reglamento de Imposición de Sanciones que tiene unas reglas de escogencia de los árbitros diferentes.

Sobre la caducidad indicó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debe intentarse dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto administrativo y que en el presente caso la misma caducó el 16 de noviembre de 2014. Como la demanda inicialmente propuesta ante el Tribunal Contencioso Administrativo se presentó en febrero de 2015 la acción ya estaba caducada. Indicó igualmente que el trámite previo de conciliación no es requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción arbitral por lo que su agotamiento no tiene efecto alguno y, al momento de presentarse la acción, la misma ya estaba caducada.

También indicó, como fundamento de su tercera excepción, que el demandante conoció los pliegos de condiciones, no presentó inquietudes frente a los mismos y al presentar oferta los aceptó; por lo que no puede alegar la nulidad de las resoluciones demandadas por las causas alegadas.

En cuanto a la excepción cuarta señaló que la resolución que impuso la multa fue expedida con el rigor necesario para lograr su validez *“en la medida que se baso (sic) en un estudio profundo derivado del estado del contrato, de las obligaciones y acciones ejecutadas por el contratista”*. Dice que el recurso de reposición que se formuló no pretendía dejar sin efecto la multa impuesta sino eliminar o modificar las reglas establecidas para tal efecto.

Con la quinta excepción señaló que no es aceptable que el contratista reconozca la legitimación de la Fiduciaria como auditor del contrato para después negarla cuando se adopta una decisión que le es desfavorable.

#### 4.3 RÉPLICA A LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

La convocante en la oportunidad legal, con escritos radicados el 8 de noviembre de 2016, replicó las excepciones perentorias interpuestas por cada una de las demandadas y solicitó denegarlas.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 124 a 151.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

**5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes en la audiencia celebrada el 27 de septiembre de 2017<sup>45</sup>, presentaron en forma oral sus alegatos de conclusión, y entregaron al finalizar sendos escritos<sup>46</sup>. A las argumentaciones de las partes se referirá el Tribunal al analizar y decidir cada una de las pretensiones, sus fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios.

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Agente del Ministerio Público presentó su concepto en la audiencia de alegatos de conclusión en forma oral y también presentó versión escrita<sup>47</sup>. En conclusión solicitó al Tribunal anular parcialmente los actos administrativos sancionatorios objeto de esta litis y, como consecuencia de ello, imponer como multa por incumplir el plan de mejoramiento el porcentaje previsto y acordado para ese evento en el contrato, en el numeral 12 de la cláusula trigésimo novena del mismo, esto es el 1% del valor del contrato.

**7. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR.**

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite *“al cual se adicionarán los días de suspensión”*- e *“interrupción por causas legales”*- , sin exceder la solicitada de consuno por las partes de un *“tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”*. La primera audiencia de trámite culminó el 14 de febrero de 2017 -Acta número 10<sup>48</sup>-, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó las suspensiones del proceso, así:

<b>Acta</b>	<b>Fecha de suspensión</b>	<b>Días</b>
Acta No. 13 – Auto No. 16	Entre el 22 de marzo y el 16 de abril de 2017 (ambas fechas incluidas)	26
Acta No. 17 – Auto No. 21	Entre el 8 de julio de 2017 y el 28 de agosto de 2017 (ambas fechas incluidas)	52
Acta No. 18 – Auto No. 22	Entre el 29 de agosto y el 14 de septiembre de 2017 (ambas fechas incluidas)	17
Acta No. 19 – Auto No. 24	Entre el 28 de septiembre y el 22 de octubre de 2017 (ambas fechas)	25

---

<sup>45</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 19, folios 308 a 311. 290

<sup>46</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 313 al 339 y 340 al 374.

<sup>47</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 375 al 407.

<sup>48</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 207 al 220.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

	incluidas)	
Total de días de suspensión		120

Terminada la primera audiencia de trámite el 14 de febrero de 2017, suspendido el proceso durante ciento veinte (120) días por decisión conjunta de las partes, los cuales se adicionan al término del proceso, el término legal vence el 14 de diciembre de 2017, y por lo tanto, el Tribunal, se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

## CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

- I. Los presupuestos procesales y otros aspectos previos a decidir.
- II. Las defensas relacionadas con la Falta de Competencia del Tribunal (como cuestión previa y como Excepciones de Fondo de La Nación – Ministerio de Educación Nacional denominadas Consideración Preliminar: Naturaleza Jurídica del Fomag y Límites Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales del Ministerio de Educación Nacional en el mismo y 2. Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva y como Excepción de Fondo de Fiduciaria La Previsora S.A. denominada “1. Primera Excepción de Fondo. Violación a las Reglas Pactadas en la Cláusula Compromisoria”) y con la Caducidad de la Acción
- III. El Problema Jurídico planteado (Pretensiones y Excepciones relacionadas con la validez de los actos administrativos atacados).
- IV. Las costas.

### I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y OTROS ASPECTOS PREVIOS A DECIDIR

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y para proferir pronunciamiento de fondo; así mismo, observa que las actuaciones procesales se han desarrollado con apego a las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad, por lo cual puede dictar laudo de mérito, el cual, de acuerdo a lo previsto en el compromiso, se profiere en derecho.

El Tribunal en cumplimiento de lo señalado en el artículo 132 del Código General del Proceso, puso de presente que no observaba en lo actuado ningún motivo que pudiera configurar causal de nulidad y requirió a las partes y al Ministerio Público para que si estimaban que existía de inmediato lo pusieron de presente, frente a lo cual, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio<sup>49</sup>.

En efecto, en el proceso se acreditó:

#### 1.1 Demanda en forma

En su oportunidad se verificó que la demanda inicial y la reformada cumplieron con las exigencias del artículo 82 –y concordantes– del Código General del Proceso, por lo cual el Tribunal las admitió y sometió a trámite que concluye con el presente laudo.

---

<sup>49</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 19, folio 309.



**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

## 1.2 Capacidad

En los documentos que obran en el expediente se observa que tanto las sociedades que integran la parte convocante como La Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio son sujetos de derecho plenamente capaces para comparecer al proceso; que su existencia y representación legal, cada una de acuerdo con su propia naturaleza jurídica, está debidamente acreditada, y que tienen capacidad para disponer de los derechos que reclaman. Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes han comparecido al proceso por medio de apoderados judiciales debidamente constituidos.

## 1.3 Competencia

En la primera audiencia de trámite, llevada a sesiones del 19 de enero y el 14 de febrero del 2017, el Tribunal resolvió afirmativamente sobre su competencia para conocer de todas la diferencias sometidas a su consideración con base en las pretensiones de la demanda reformada de las sociedades demandantes, incluidas las excepciones formuladas en las contestaciones, todo de conformidad con lo expuesto en las providencias proferidas en la citada audiencia.

Como desde aquella oportunidad se advirtió, la parte demandada ha planteado como cuestión previa, en el caso del Ministerio de Educación Nacional, y como excepción en el caso de Fiduciaria La Previsora S.A., argumentos relacionados con falta de competencia del Tribunal o indebida integración del mismo, medios defensivos que con ese carácter deben abordarse y definirse de fondo en esta providencia, lo cual se hará en el punto siguiente.

Por otra parte, en relación con la prueba testimonial recabada en el proceso, destaca el Tribunal que todos los testigos que comparecieron fueron tachados por sospecha por la demandante con ocasión su vínculo contractual actual o pasado con Fiduciaria La Previsora S.A.. Considera este Tribunal que este solo hecho no es motivo o razón suficiente para que el Tribunal deje de apreciarlos, pues, es su deber analizarlos de acuerdo con las circunstancias de cada caso. En la declaración de todos los testigos, el Tribunal, en cumplimiento de su deber, de manera amplia interrogó y buscó esclarecer si encontraba alguna sospecha de que no estuvieran siendo imparciales en sus declaraciones o si existía algún motivo para considerar que estuvieran faltando a la verdad, sin que encontrara causa alguna que pusiera en duda las manifestaciones de los declarantes. Por el contrario, sus relatos y declaraciones merecen toda la confianza, pues, sus respuestas fueron contestes, dieron la razón de su dicho y es manifiesto que corresponden a la realidad de cuanto ocurrió en los aspectos debatidos, por ser además coherentes con lo que la prueba documental revela. No se detecta en ninguna de las

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

declaraciones interés personal, a favor o en contra de alguna de las partes. Por el contrario, se evidencia, con claridad su interés de colaboración con la justicia para esclarecer los hechos que se debatieron a lo largo del proceso. En definitiva el Tribunal, al analizar cada uno de los testimonios concluye que su credibilidad e imparcialidad no se halla afectada, por lo que los apreciará y valorará en la forma que disponen las normas de derecho probatorio, como aparece más abajo reseñado.

**II. LAS DEFENSAS RELACIONADAS CON LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL (COMO CUESTIÓN PREVIA Y COMO EXCEPCIONES DE FONDO DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DENOMINADAS CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: NATURALEZA JURÍDICA DEL FOMAG Y LÍMITES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL EN EL MISMO Y 2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA Y COMO EXCEPCIÓN DE FONDO DE FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. DENOMINADA “1. PRIMERA EXCEPCIÓN DE FONDO. VIOLACIÓN A LAS REGLAS PACTADAS EN LA CLÁUSULA COMPROMISORIA”) Y CON LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

El Tribunal se pronunciará en este punto nuevamente sobre la cuestión previa planteada por La Nación – Ministerio de Educación Nacional en relación con la falta de competencia del Tribunal por ausencia de pacto arbitral que vincule a dicha entidad y sobre las excepciones de Fiduciaria La Previsora S.A. relacionadas con la cláusula compromisoria y la caducidad de la acción. En tanto el primer punto antes aludido guarda estrecha relación con las dos excepciones formuladas por La Nación – Ministerio de Educación Nacional relacionadas en este punto, de una vez procederá el Tribunal a su estudio y decisión. Lo anterior en atención a que por sus consecuencias, se impone *ab-initio* su estudio y decisión.

Como se dijo en la primera audiencia de trámite y se hizo referencia en punto anterior al referirse a la contestación de la demanda de La Nación – Ministerio de Educación Nacional, dicha entidad, en las consideraciones previas de su contestación a la reforma de la demanda, más no en las excepciones de fondo formuladas, ha alegado que este Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas en la demanda respecto de esa entidad por dos razones: “*en la medida que ese organismo no fue parte del Contrato de Prestación de Servicios Médicos Asistenciales No. 12076-003-2012*” no le es aplicable el pacto arbitral y, por cuanto, por la celebración del contrato de fiducia mercantil entre esa entidad estatal y Fiduciaria La Previsora S.A. es dicha entidad fiduciaria quien tiene la representación judicial del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

Sobre estos argumentos el Tribunal señaló en la primera audiencia de trámite que “*De lo anterior colige este Tribunal que aun cuando La Nación – Ministerio de Educación Nacional no suscribió el Contrato de Prestación de Servicios Médicos Asistenciales No. 12076-003-2012 si es parte del*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

*mismo y, por ende, se encuentra cobijada por la cláusula compromisoria pactada en la cláusula veintitrés del mismo. Se hizo parte de ese Contrato cuando, como parte del Consejo Directivo del Fomag, aprobó el Reglamento para la Imposición de Sanciones en los Contratos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ejecutó dicho contrato cuando ejerció las atribuciones allí previstas para la imposición de multas a través de actos administrativos. Dicha aprobación y ejecución constituyen consentimiento inequívoco de ser parte del Contrato citado, por lo menos en lo que a imposición de sanciones se refiere, y, por ello, no resulta de recibo indicar que por no ser suscribiente del contrato en mención el Ministerio no está vinculado a la cláusula compromisoria del citado contrato.”*

Al resolver el recurso de reposición que fue formulado en contra de esta providencia por dicha entidad, se indicó en el mismo sentido lo siguiente: *“A juicio de este Tribunal esas dos manifestaciones de voluntad son inequívocamente expresiones de su aquiescencia de ser parte de ese contrato y, por ende, de estar sujeto a la cláusula compromisoria. No se trata en el presente asunto de extender los efectos del pacto arbitral a quien no ha prestado su consentimiento frente al mismo; por el contrario, se trata de reconocer que dicha entidad al aprobar el reglamento que hace parte del citado contrato y al expedir los actos administrativos cuestionados consintió en su participación en el contrato celebrado con las convocantes y, como consecuencia de ello, quedó vinculada al pacto arbitral que el mismo contiene. Es cierto que La Nación – Ministerio de Educación Nacional no es signataria del contrato en mención; sin embargo no por ello no puede ser considerada parte del mismo, más cuando desde su participación en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aceptó y aprobó el rol que tendría en tan importante aspecto de la relación contractual como lo es la imposición de sanciones al contratista, y lo ejecutó a través de las Resoluciones señaladas por la parte demandante”.*

Sobre estos argumentos se reitera el Tribunal, y, como también lo dijo en dicha oportunidad, los mismos guardan estrecha relación con la especial naturaleza que tiene el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, al ser creado por la Ley 91 de 1989, como una *“cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica”*<sup>50</sup>.

Si bien es cierto que mediante escritura pública número 83 del 21 de junio de 1990 otorgada en la Notaría 44 de Bogotá D.C.<sup>51</sup> fue celebrado un contrato de fiducia mercantil entre La Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A. cuya finalidad es la eficaz administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que se atienda oportunamente el pago de las prestaciones sociales y se presten adecuadamente los

---

<sup>50</sup> Sentencia C-928 de 2006. Corte Constitucional.

<sup>51</sup> Cuaderno de Pruebas número 2, folios 35 a 40.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

servicios médico asistenciales del personal docente y su objeto es la constitución de una fiducia mercantil sobre los recursos del Fomag, también lo es que tanto el Consejo de Estado como un Tribunal Arbitral han reconocido la vinculación que se mantiene entre el Fomag y La Nación Ministerio de Educación Nacional en los siguientes términos:

Por parte del Consejo de Estado:

*"En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional. A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en los artículos 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil."<sup>52</sup>*

Por parte del Tribunal que dirimió controversias entre Fundación Oftalmológica de Santander – Foscal- y otros en contra de La Nación – Ministerio de Educación Nacional Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Fomag en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

*"Teniendo en cuenta, entonces, que la Nación Colombiana es una persona jurídica de naturaleza pública 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.*

*No sobra advertir en este sentido que si bien la FIDUCIARIA LA PREVISORA funge como representante y vocera del FOMAG, sus funciones y responsabilidades se restringen a estas precisas competencias, sin que pueda considerarse que sea la Fiduciaria la titular de los efectos jurídicos y de las responsabilidades que corresponden al Fondo, pues en las mismas –según se*

---

<sup>52</sup> Consulta. Radicación No. 1.423, C.P. doctor César Hoyos Salazar, providencia de mayo 23 de 2002

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

*dijo– corresponden a la Nación como ente público con personería jurídica. Por ende se observa que la participación de la Fiduciaria como administradora del FOMAG no es una condición que interese para determinar lo atinente a la naturaleza del contrato.”<sup>53</sup>*

Lo anterior tiene una explicación a juicio de este Tribunal y es la siguiente: aun cuando La Nación Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora dicen celebrar un contrato de fiducia mercantil, en cumplimiento del tenor del mandato del artículo 3º de la Ley 91 de 1989<sup>54</sup> y por la expresa delegación efectuada por el Decreto 632 de 1990, lo cierto es que el pacto contractual allí contenido no es el regulado por los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio toda vez que el FOMAG no surge de la celebración de dicho contrato, como sucedería en el caso de un patrimonio autónomo con base en el aporte efectuado a título de fiducia, sino que es anterior y creado por la Ley antes citada.

Debe recordar el Tribunal que conforme con lo previsto en la norma citada, como lo ha dicho la Superintendencia Financiera<sup>55</sup>, *“la celebración de un contrato de fiducia mercantil implica como aspecto esencial la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de una finalidad determinada y comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario.”*

Continúa dicha entidad en el Concepto citado haciendo la siguiente explicación que comparte por completo el Tribunal:

*“En torno a los alcances de esta figura contractual, así como de la propiedad fiduciaria y sus efectos respecto de las distintas partes intervinientes en el contrato, esta Superintendencia se ha expresado en varias ocasiones en el sentido de que el contrato fiduciario, conforme a nuestro Estatuto Mercantil, tiene características y naturaleza propias que originan una propiedad fiduciaria con alcances particulares e incluso extraños a nuestra tradición jurídica. En efecto, en concepto OJ-479 de Septiembre de 1973 esta entidad expresó con respecto al contrato de fiducia lo siguiente:*

*“La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así*

---

<sup>53</sup> Laudo de fecha 4 de diciembre de 2014.

<sup>54</sup> Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

<sup>55</sup> Concepto 2001074437-1 del 14 de febrero de 2002.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

*afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (art. 1227, C. de Co.) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (num. 2 arts. 1234, 1236, C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (art. 1238, C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (num. 4 artículos 1234, 1236, C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (art. 1238, C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)".*

De lo dicho en la Ley 91 de 1989 queda claro que el Fomag es “una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital”. Es decir, tal cuenta y los recursos de la misma nunca dejan de ser de La Nación para ser transferidos a un patrimonio autónomo.

De hecho en la citada escritura número 83 del 21 de junio de 1990 otorgada en la Notaría 44 de Bogotá D.C. donde consta la celebración del contrato de fiducia no aparece estipulación alguna en virtud de la cual La Nación – Ministerio de Educación Nacional transfiera a un patrimonio autónomo tal cuenta especial; lo que allí dice es que entrega para su administración los recursos que integran el Fomag.

Ello parece ser mas acorde con lo que se entiende como encargo fiduciario, sobre el cual la Superintendencia Financiera se ha pronunciado así en el mismo concepto antes señalado:

*“Igualmente, la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia al definir el concepto de negocio fiduciario diferencia el encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, básicamente respecto de la existencia de la transferencia de bienes y la conformación de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad. En efecto, el citado instructivo (Cir. Ext. 007/96, tít. V, cap. I, num.1 1., subnumeral 1.1) señala textualmente lo siguiente:*

#### *"1.1 Concepto de Negocios Fiduciarios*

*Para los efectos de esta Circular, se entienden **por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza** en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, **transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica**, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. **Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada***

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

*fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes" (se resalta).*

*Como puede deducirse de lo anterior, la diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil estriba en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos que se da para la segunda, la cual es inexistente para el primero.*

*Adicionalmente, conforme a los artículos 1227, 1233, 1234 numerales 2 y 4, y 1236 del Código de Comercio, la fiducia mercantil tiene, entre otras, las siguientes características: los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio autónomo; deben mantenerse separados de los propios de la fiduciaria, así como también de los correspondientes a otros negocios fiduciarios; deben figurar o registrarse en contabilidad separada; no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante posteriores a la constitución del patrimonio autónomo, y tampoco pueden ser de libre disposición por el constituyente o fideicomitente."*

Vale la pena indicar que la autonomía e independencia que tiene el Fomag frente a Fiduciaria La Previsora S.A. no proviene ni de las estipulaciones del contrato de fiducia, ni menos de la regulación de la fiducia mercantil, sino del acto mismo de su creación por medio de la Ley 91 de 1989 en lo cual puede ser coincidente con aquella, pero no por ello tiene el carácter de patrimonio autónomo derivado de una fiducia mercantil.

Siendo así las cosas, está más que claro para este Tribunal que La Nación – Ministerio de Educación si es la titular del Fomag y de los recursos que el mismo contiene, contrario a lo que ha señalado esa entidad en su primera excepción de contestación de la demanda, y que por ello está vinculada a las actuaciones de Fiduciaria La Previsora S.A. al administrar dicho fondo y entre otras actividades celebrar y ejecutar contratos para cumplir los fines del mismo, más cuando ha participado en la expedición de actos administrativos para imponer sanciones contractuales. Con ello además el Tribunal concluye que toda la argumentación de La Nación – Ministerio de Educación Nacional en cuanto a la diferencia entre la actuación del Ministro y el Ministerio es errada y ajena a la verdadera naturaleza del Fomag, su titularidad, representación y administración. El Ministerio de Educación Nacional, al ser parte del Consejo Directivo del Fomag, simplemente está decidiendo sobre su propia cuenta especial, no sobre una cuenta ajena o de titularidad de un patrimonio autónomo administrado por una Fiduciaria y su representante legal (Ministro), al expedir actos administrativos como los que son objeto de análisis de este Tribunal, indicando que lo hace como Presidente del Consejo Directivo del Fomag, lo hace como titular de dicha cuenta especial y en ejercicio de sus funciones como representante legal del Ministerio vinculando a dicha entidad con tales actos. Por lo dicho en este punto dicha excepción será desestimada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

Con base en las mismas reflexiones el Tribunal desechará la excepción denominada Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva por cuanto La Nación – Ministerio de Educación Nacional si es parte de la relación sustancial de la cual surgen los actos administrativos cuestionados en este litigio y es frente a ella ante quien se puede demandar la nulidad de las decisiones adoptadas. En este aspecto pretende La Nación – Ministerio de Educación Nacional una sin salida para las demandantes, por cuanto por la existencia del pacto arbitral no pueden acceder a la jurisdicción ordinaria a debatir la nulidad de las resoluciones demandando a ese Ministerio, pero en el presente trámite si no fuera vinculada dicha entidad, tal nulidad no podría discutirse por cuanto expresamente se ha indicado en los documentos contractuales que Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del Fomag no tiene habilitación para imponer sanciones al Contratista y menos para expedir actos administrativos. Si quien impone la sanción es el Fomag, como cuenta especial que corresponde a La Nación Ministerio de Educación Nacional, quien la determina es dicha entidad.

Por otra parte, y en lo que guarda relación con la excepción de Fiduciaria La Previsora S.A., denominada “1. PRIMERA EXCEPCIÓN DE FONDO. VIOLACIÓN A LAS REGLAS PACTADAS EN LA CLÁUSULA COMPROMISORIA”, lo primero que se debe señalar es que este también fue objeto de examen en la primera audiencia trámite y se desestimó al concluir después de la revisión de las piezas procesales relevantes que *“el único pacto arbitral vigente entre las partes es el contenido en la cláusula veintitrés del contrato objeto de este proceso y, por ende, que la indebida constitución alegada no se ha presentado”*. En segundo lugar, destaca el Tribunal que cuando fue impugnada dicha providencia nada indicó Fiduciaria La Previsora S.A. sobre esta decisión y que en sus alegatos de conclusión tampoco aparece insistencia alguna sobre este punto.

En todo caso, como también ya se dijo al definir la competencia *“si en gracia de discusión se entendiera que el Reglamento que vincula a las partes es el que fue aportado por las demandantes para el Tribunal dicho pacto arbitral fue sustituido por el contenido en el contrato que resulta el documento que consigna la voluntad final de las partes.”*

Por lo anterior, el Tribunal también desestimará la excepción alegada por Fiduciaria La Previsora S.A., como se ha señalado.

Finalmente, en cuanto a la caducidad de la acción alegada por Fiduciaria La Previsora S.A., nuevamente el Tribunal se refiere a lo dicho en la primera audiencia de trámite: *“Independientemente de si la acción formulada es de naturaleza contractual, o de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyas caducidades son distintas, o se entienda que se trata de una acción de naturaleza arbitral, no regulada por el CPACA, a juicio de este Tribunal la acción fue formulada en tiempo, pues en efecto, el agotamiento de la audiencia de conciliación prejudicial suspendió el término de caducidad y la*



TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

*misma fue promovida dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto administrativo, que sería el menor plazo de caducidad de los tres mencionados. Si bien es cierto que por la existencia de la cláusula compromisoria la acción debió dirigirse al Tribunal de Arbitraje, también lo es que conforme con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 existe la posibilidad de renuncia tácita a dicho pacto y, por ende, está permitido que la acción se formule ante la jurisdicción contencioso administrativa. En todo caso, la caducidad es una consecuencia de la inactividad del demandante dentro del plazo previsto en la Ley, la cual no se presentó en este asunto, pues dicha parte formuló la demanda, y cuando el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declaró su falta de jurisdicción, promovió su presentación ante este Tribunal.”*

En sus alegatos de conclusión dicha parte ha reiterado los mismos argumentos que expuso al formular la excepción que ya fueron objeto de refutación por parte del Tribunal y que en esta oportunidad adiciona con lo siguiente: según lo previsto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 “*la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*” En dicha norma en modo alguno el legislador ha reservado tales efectos para las solicitudes de conciliación que se presentan para agotar requisitos de procedibilidad de la acción; por el contrario, dicha norma aparece en el capítulo IV de la mencionada ley que se refiere a la conciliación extrajudicial en derecho, que solo en algunos casos constituye tal requisito conforme lo prevé el artículo 35 de la misma Ley.

Así las cosas, dicha excepción denominada Caducidad también será desestimada por el Tribunal y de esa manera se dirá en la parte resolutive de la presente providencia.

**III. EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO (PRETENSIONES Y EXCEPCIONES RELACIONADAS CON LA VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS)**

Ahora si procede el Tribunal, definidas las cuestiones anteriores a analizar y adoptar su decisión respecto de las pretensiones de la demanda reformada que determinan el problema jurídico planteado, así: ha solicitado la parte convocante la declaratoria de nulidad total de las Resoluciones números 2460, 7842 y 1069, todas expedidas por el Ministerio de Educación Nacional en el año 2014, por medio de las cuales, respectivamente, se decidió declarar el incumplimiento parcial del contrato de prestación de Servicios Médicos Asistenciales No. 12076- 003- 2012, suscrito por la Unión Temporal Médicol Salud 2012 y la Fiduciaria la Previsora S. A. el día 30 de abril de 2012, y se condenó a esta última a pagar una multa por valor de \$1.202.844.586; se resolvió

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

desfavorablemente a los intereses de la Unión Temporal Medicol Salud 2012 el recurso de apelación interpuesto por el contratista contra aquélla; y, se adicionó la Resolución número 7842 de 2014. Consecuencialmente, la convocada solicita que se ordene el restablecimiento de sus derechos.

Como fundamento de su demanda, la parte convocante afirma que se le vulneró su derecho al debido proceso por varios conceptos, entre otros porque se desconoció el Reglamento de Imposición de Multas que obra como Apéndice 1 B del Pliego de Condiciones, el cual forma parte integrante del contrato de prestación de servicios médicos y asistenciales, puesto que en su opinión no se aportó el informe de interventoría; el requerimiento que en desarrollo del proceso sancionatorio se le hizo a la Unión Temporal Medicol no contaba con los requisitos legales; por falta de competencia de la Fiduciaria la Fiduprevisora S.A. para adelantar y expedir actos de carácter administrativo; por desconocimiento específico de los cargos imputados y consecuencialmente graduación errónea de la multa que le fue impuesta por los actos administrativos atacados; y, en fin, por falsa motivación de los actos administrativos sancionatorios.

Como quiera que el cargo por violación del debido proceso comprende, a juicio de las convocantes, una muy variada gama de defectos procedimentales, el Tribunal habrá de referirse a cada uno de ellos, previas algunas consideraciones de carácter general sobre la garantía y a la vez derecho fundamental al debido proceso.

Es de todos sabido, que esta garantía de carácter procesal tiene por objeto proteger a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias, ya sea de las autoridades judiciales o de las de carácter administrativo. Para que ello sea así, obvio es que las autoridades, judiciales o administrativas, deben dar a conocer previamente los cargos que se le imputan al procesado; permitirle a éste ejercer su derecho de contradicción, vale decir, proponer los medios de defensa que considere apropiados para proteger su interés; permitir practicar las pruebas que el acusado solicite, por supuesto si son pertinentes y si no son superfluas; notificarle las decisiones que se adopten dentro del respectivo proceso y permitirle los recursos que haya previsto la ley. Dicho en dos palabras, se trata de que, con ocasión de un trámite judicial o administrativo, el particular no sea sorprendido por decisiones que afecten sus intereses, y que se lo oiga antes de imponerle cualquier condena.

Tal es el significado de este derecho fundamental y así está consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política y por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto, respectivamente, es el siguiente: Artículo 29 de la Carta: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. / Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio. / En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. / Toda persona se presume inocente mientras no se haya*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

*declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. / Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”; y, Artículo 17 de la Ley 1150: “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. / En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato./ Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”.*

No está de más recordar que el contenido básico del texto constitucional fue originalmente concebido como una garantía aplicable a los procesos de carácter penal por el imperativo de proteger el principio mayor de la libertad individual frente a las posibles arbitrariedades del juez que instruye y juzga los crímenes, quien debía aplicar las conocidas reglas de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, y non bis in idem*, lo que explica y justifica el énfasis que tanto el constituyente como el legislador hacen sobre la estricta aplicación de plenitud de las formas de cada juicio; luego fue explícitamente extendida a toda clase de procesos judiciales, civiles y administrativos; y más tarde a las actuaciones de la Administración Pública. Tal vez sea por ello, como lo pone de presente el apoderado del Ministerio de Educación Nacional, que, tanto la Corte Constitucional (Sentencia C-083 de 2015<sup>56</sup>) como el Consejo de Estado han advertido que en el campo administrativo el principio

---

<sup>56</sup> Dijo la Corte, entre otras cosas, lo siguiente: “Con la Constitución Política de 1991, tales garantías del debido proceso judicial general, se extendieron también a las actuaciones administrativas, a fin de asegurar la protección del interés general y el respeto por los derechos y principios ligados al ejercicio de la función pública. De este modo, muchos de los elementos que el derecho fundamental al debido proceso se aplican también a toda clase de actuaciones que desarrollen las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones.

No obstante, las garantías que se describen, no fueron trasladadas de manera directa e irreflexiva del ámbito judicial al administrativo, en la medida en que la función pública cuenta con otros requerimientos adicionales de orden de orden constitucional que deben ser tenidos en cuenta, junto al debido proceso, en el ejercicio de tales atribuciones. [...]

“Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. [...] Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general más ágil, rápido y flexible que el judicial,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

debe aplicarse con cierta flexibilidad, sin el extremo rigor que se exige en los asuntos de carácter penal, siempre y cuando, claro está, se respete el núcleo esencial del derecho fundamental. Lo que coincide con el espíritu de la Ley 1150 de 2007, cuando señala que el afectado debe ser oído en un procedimiento mínimo que le garantice el debido proceso.

En la doctrina y en la jurisprudencia abundan las referencias a esta garantía fundamental. Así, por ejemplo, en su recién publicado Compendio de Derecho Administrativo, el profesor y magistrado, doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dice a éste propósito: *“Desde el punto de vista formal, en cuanto simple respeto a las garantías del derecho positivo, el concepto de debido proceso adquiere también trascendencia, complementando la finalidad primordial de todas las actuaciones administrativas, cual es la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material. En ese sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: ser oído antes de la decisión; participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceder a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas”*<sup>57</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional ha dicho, en relación con el fin que persigue el Constituyente al instituir la garantía del debido proceso, que “[E]l propósito consiste, pues, en evitar que la suerte de las personas quede al albur de una decisión arbitraria o de una decisión por dilación injustificada. A este tenor, la garantía del debido proceso en sus actuaciones administrativas, incluye también la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública como lo son los de *“igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”* (Sentencias de Tutela 1308 de 2005, 048 de 2008 y 909 de 2009).

Respecto del campo de aplicación del principio, la Corte Constitucional ha señalado que “[E]l debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial a dicho proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a

---

habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública” (Subraya la Corte).

<sup>57</sup> Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 356.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas [...]” (Sentencia C- 1189 de 2005).

Y, entre otros varios pronunciamientos, en sentencia C- 980 de 2010, ha indicado de manera no taxativa, aunque ciertamente son los principales, los sub-principios que se desprenden de la garantía mayor al debido proceso, a saber: a) brindar la posibilidad de ser oído durante el trámite respectivo, de modo que el particular pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción; b) notificación de las decisiones, con el objeto de ser oportunamente informado de las mismas, así como de interponer los recursos a que haya lugar; c) trámite del proceso sin dilaciones injustificadas; d) competencia del funcionario para tramitar el proceso; presunción de inocencia del particular sometido al respectivo proceso administrativo; e) Decretar y practicar las pruebas que solicite quien pueda resultar afectado por la decisión que se adopte, desde luego siempre que sean pertinentes y necesarias, o, como lo señala el actual Código General del Proceso, que sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes (art. 169).

Descendiendo al caso concreto que ocupa al Tribunal, se tiene por probado que el proceso que concluyó con la imposición de la multa a que alude la Resolución número 2460 de febrero 25 de 2014, se llevó a cabo de la siguiente manera:

- 1) El día 24 de septiembre de 2013, la Unión Temporal Medicol Salud 2012 suscribió con su contratante, Fiduciaria La Fiduprevisora S.A., un Plan de Mejoramiento con el fin de disminuir el represamiento en la prestación de los servicios de salud a que se había obligado;
- 2) Dicho Plan de Mejoramiento debía ejecutarse durante el tiempo acordado entre las partes, quienes fijaron como fecha límite para su cumplimiento el día 12 de Octubre de 2013;
- 3) El día 9 de octubre de 2013 La Fiduprevisora requirió a la Unión Temporal Medicol la presentación de los soportes de cumplimiento de dicho Plan de Mejoramiento, los cuales le fueron enviados por la contratista el día 16 de Octubre de 2013, cuatro días después del plazo establecido para su cumplimiento;
- 4) Revisados los soportes, se encontró que su porcentaje de cumplimiento no alcanzaba siquiera el cincuenta por ciento (50%) de lo acordado; esto quedó establecido en documentos de fecha 20 de noviembre de 2013 y del 16 de diciembre del mismo año, emitidos por el Vicepresidente Fondo de Prestaciones de Fiduciaria La Previsora S.A., que a su vez tuvieron soporte en los informes y soportes remitidos por la UT;

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

5) El 5 de noviembre de 2013 la entidad contratante solicitó a la Unión Temporal Medicol rendir descargos de manera escrita, incurriendo en un vicio procesal por cuanto lo que procedía era llevar a cabo una audiencia pública del afectado, con la presencia de un representante de la aseguradora y uno del Ministerio de Educación Nacional;

6) Para enmendar el error, el 16 de diciembre de 2013, mediante comunicación escrita referenciada con el número 201EE00116365 se citó a audiencia de descargos, en la que se hizo un cargo único: Incumplimiento al Plan de Mejoramiento y en que se señalaron como presuntamente incumplidas: a) la obligación de cancelar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la correspondiente factura, los valores por concepto de atención de conformidad con lo previsto en el Apéndice 5º - Componente Administrativo; b) las obligaciones contenidas en los literales c) y e) de la cláusula cuarta del contrato, que consistían, respectivamente, en no crear barreras de acceso a la prestación de los servicios de salud y en prestar los servicios de salud contenidos en el Plan de Atención en Salud del Magisterio, en todos los niveles de complejidad, con características de accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad, tendientes a garantizar la satisfacción de los usuarios, sin ninguna preexistencia ni períodos mínimos de carencia; y, como causales de multa fueron señaladas dos: por restricción al acceso a los servicios, el 0.5% del valor de un mes del contrato; y por incumplimiento de las demás obligaciones contractuales, una suma graduada entre el 0.1% y el 10% del valor de un mes del contrato;

7) El 19 de diciembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia, en la que, con base en la información suministrada por la Unión Temporal Medicol, se encontró que, previa solicitud para que ésta allegara los soportes físicos relacionados con la ejecución del Plan de Mejoramiento, el incumplimiento parcial del contrato, a noviembre 1º de 2013, se mantenía en porcentajes muy altos en las diferentes regiones cubiertas por el contrato (Bogotá, Cundinamarca, Casanare, Meta, Tolima, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada);

8) En la audiencia intervinieron los apoderados judiciales de la Unión Temporal Medicol, de la aseguradora y el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio;

9) Previo rechazo de la solicitud presentada por La Unión Temporal Medicol de practicar unos testimonios por considerarlos no pertinentes e inconducentes, se procedió a examinar los CD aportados por la convocante, de lo que resultó, mediante la utilización metodológica de un muestreo aleatorio simple, cuyo margen de error se calculó en un cinco por ciento (5%), que la Unión Temporal no había dado cumplimiento al cien por ciento (100%) de las obligaciones asumidas en el Plan de Cumplimiento o de Choque suscrito por las partes;

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

10) En dicho análisis se pudo comprobar que hubo incumplimientos por concepto de las siguientes obligaciones: reembolsos, suministro de medicamentos, exámenes diagnósticos, citas médicas y cirugías, en porcentajes que oscilan entre un 54%, en el caso de las cirugías, y un 86.1% en el caso de las citas médicas, siendo de anotar que en este último caso se hizo un análisis de la totalidad de los soportes presentados por la convocante.

11) Concluido el procedimiento que se deja reseñado, el Ministerio de Educación Nacional expidió la resolución número 2460 de 25 de febrero de 2014, declarando el incumplimiento parcial del contrato de prestación de servicios médico asistencial No. 12076- 003- 2012 por parte de la Unión Temporal Medicol Salud 2012 y le impuso una multa de \$ 1.202.844.586, equivalente a un siete punto tres (7.3%) del valor de un mes del contrato;

12) Contra dicho acto administrativo, la parte sancionada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto negativamente mediante resolución número 7842 de 27 de mayo de 2014, aclarada por resolución 10969 de 14 de julio de 2014.

La convocante, como ya se ha señalado, solicita se declare la nulidad de los tres actos administrativos a que se ha hecho referencia, invocando al efecto la violación de múltiples normas de carácter constitucional y legal, acusación que descompone en tres cargos que ha presentado de la siguiente manera: el primero por infracción de las normas en que debía fundarse, puesto que no se aportó el informe de interventoría al que aluden los artículos 86 de la Ley 1474 de 2011 y 2º del Reglamento de imposición de multas y, porque el requerimiento dirigido a la Unión Temporal Medicol no contaba con los requisitos legales; el segundo por falta de competencia de la Fiduprevisora; y el tercero por violación del debido proceso, ya que se le desconoció el derecho de audiencia y de defensa.

Echa de menos la convocante la presencia del informe de interventoría o técnico previsto en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1774 de 2011, al cual se refiere, también el numeral 2.2 del Reglamento para imposición de sanciones aplicable al contrato que ocupa al Tribunal.

El informe de interventoría tiene por objeto el de identificar con precisión los posibles incumplimientos en que haya podido incurrir el contratista, con el fin de que éste pueda ejercer en debida forma su derecho a la defensa. En realidad lo que se busca con ese informe es que el contratista pueda explicar la causa del o de los incumplimientos que se le imputan.

La cláusula 36 del contrato suscrito entre Fiduciaria la Previsora y la Unión Temporal Medicol señala que la "auditoría a los servicios médicos asistenciales objeto del presente contrato será realizada por la Gerencia de Servicios de Salud de la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones de Fiduprevisora,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

mientras se adjudica la contratación de la auditoría a una entidad externa especializada contratada para tal efecto”. Por su parte, la cláusula 37 del contrato dice que la supervisión del contrato corresponde a la Gerencia de servicios de Salud de la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones de Fiduprevisora, en ejercicio de la cual deberá, entre otras, exigir el cumplimiento del contrato y de todas y cada una de las obligaciones a cargo del contratista.

Por lo que dice relación con la imposición de multas, la cláusula 39 del contrato remite al Reglamento de Imposición de Sanciones, el cual forma parte integrante del mismo, cuyo artículo 2º fija el procedimiento para la imposición de sanciones. El numeral 2º prevé que detectado un incumplimiento parcial por cualquier medio, el contratista deberá presentar un plan de mejoramiento coherente con los hallazgos, el cual deberá, en nuestro caso, cumplirse en el plazo acordado por las partes, el cual deberá ser corto. Y agrega; “Una vez superado el plazo para el cumplimiento del plan de mejoramiento, se realizará auditoría de seguimiento y en caso de no cumplimiento de lo pactado, el contratante elaborará un informe legal y/o técnico científico en el cual conste la verificación de los hechos u omisiones constitutivos del incumplimiento parcial, tardío o deficiente y la gravedad de los mismos. Con base en dicho informe se citará a la audiencia de descargos” (artículo 2.3 del Reglamento de Imposición de Sanciones.

Como se señaló, el procedimiento de imposición de sanciones busca que el contratista tenga conocimiento de las obligaciones cuyo incumplimiento se le imputa, de modo que pueda defenderse dando las explicaciones o justificaciones del caso, si a ello hay lugar, o, si ha cumplido, alegando este hecho en su favor.

En el caso concreto que ocupa al Tribunal, documental<sup>58</sup> y testimonialmente<sup>59</sup> ha quedado

---

<sup>58</sup> Los antecedentes de las mismas resoluciones impugnadas dan cuenta de ello.

<sup>59</sup> Por ejemplo, entre otras, en la declaración de Edwin Alberto Rodríguez García: “DR. ALMONACID: ¿Cómo se lleva a cabo ese procedimiento?, es decir, ustedes reciben, qué pasa. SR. RODRÍGUEZ: Según está en los pliegos se deben hacer unos seguimientos a la entidad médica, es decir, unas auditorías, financieras, médicas, administrativa, en este caso el tema médico; el auditor en su momento de la empresa va y hace una revisión y evidencia que hay unos incumplimientos; que ya están tocados, que fue el tema de citas médicas, entrega de medicamentos, es decir, los docentes... no reciben medicamentos, entonces el señor fue y compró el medicamento por cuenta de él y pasó la cuenta de cobro a la entidad médica, esos dineros no fueron pagados a los usuarios; y, también se evidenció que hubo un represamiento en citas médicas; que según los pliegos hay unos tiempos establecidos que ellos superaban esos tiempos. Por tal motivo, el auditor deja un plan de mejoramiento que es el resultado del incumplimiento de lo pactado en los pliegos de condiciones, ese plan de mejoramiento no se cumplió y a raíz de eso se eleva ya la multa. DR. ALMONACID: Aquí la materia de este proceso es que no se llevó a cabo, SR. RODRÍGUEZ: el plan de mejoramiento.” En la declaración de Martha Camelo “DR. ORTEGÓN: Cuál es el resultado de las auditorías, un proceso de auditoría con qué puede...SRA. CAMELO: En el proceso aparecen unos hallazgos, esos hallazgos pueden ser, se pueden llegar a verificar, o sea, con los señores temporales hay hallazgos que se pueden mejorar o si son reiterativos, hay unos tiempos para que ellos den respuesta y cumplan con esos hallazgos encontrados, por esos incumplimientos que se encuentran en la auditoría. DR. ORTEGÓN: ¿Conoce usted unos documentos denominados planes de mejoramiento y si los conoce en qué consisten? SRA. CAMELO: Los planes de mejoramiento, después de realizada una auditoría según el plan que se vaya a efectuar si hay unos hallazgos al finalizar la auditoría con la parte que se está



**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

establecido que la Unión Temporal Medicol no fue, en manera alguna sorprendida ni tuvo que defenderse de acusaciones indeterminadas. Sabía, desde el momento en que suscribió el Plan de Mejoramiento de fecha 24 de septiembre de 2013, cuáles eran los incumplimientos parciales en que había incurrido, comprometiéndose a llevar a cabo un plan de choque para poner al día la ejecución del contrato, es decir, debía eliminar los retrasos en las cuotas, suministrar oportunamente y de manera completa los medicamentos, llevar a cabo las cirugías y efectuar los reembolsos a los afiliados cuando a ello hubiere lugar.

Agotado el plazo acordado para cubrir los incumplimientos parciales y efectuadas las revisiones correspondientes por parte de la contratante, se encontró, con base en los soportes suministrados por la contratista con ocasión del requerimiento que fue efectuado por el Fomag el 9 de octubre de 2013, que el déficit en la ejecución del contrato persistía, razón por la cual fue citada a audiencia pública para rendir descargos mediante comunicación No. 2013EE00116365 de 16 de diciembre de 2013, en la que, se insiste, en forma clara y precisa se indicó el universo analizado, los casos que fueron debidamente soportados y los que no (Hecho cuarto). Por manera que el informe técnico y/o legal que echa de menos el contratista, no sólo existió, sino que cumple a cabalidad con la exigencia de ser legal y/o científico. Obsérvese que tanto el Reglamento de Imposición de sanciones como el literal a) del artículo 86 de la Ley 1574 de 2011 hablan de un solo informe, el cual bien puede ser legal o científico. E independientemente de lo que pueda entenderse por científico, lo cierto es que la comunicación de diciembre 16 de 2013 reúne, a juicio del Tribunal las dos condiciones: es legal y es científico en la medida en que el informe se circunscribía a un simple ejercicio de carácter comparativo entre los incumplimientos detectados y conocidos por la contratista y los soportes demostrativos del cumplimiento presentados por esta última.

Algo similar ocurre con el requerimiento. Cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 2.4 del Reglamento de Imposición de Sanciones, pues de la simple lectura de la comunicación de 16 de diciembre de 2013 a la que se viene haciendo referencia, en ella se exponen los hechos constitutivos del incumplimiento, las pruebas practicadas y tenidas en cuenta para iniciar el proceso sancionatorio y las causales de incumplimiento y las de multa. En efecto, se señalan como obligaciones presuntamente incumplidas la de cancelar oportunamente los reembolsos, la de

---

*auditando se ponen las observaciones a toda la auditoría y quedan unos hallazgos y de esos hallazgos es donde se concretan hay unos tiempos para que den la respuesta y para verificar que se cumplan, eso es lo que se maneja actualmente. DR. ORTEGÓN: ¿Qué pasa si se incumple un plan de mejoramiento en su conocimiento desde su área? SRA. CAMELO: Se vuela a verificar el tema, se revisa nuevamente, se lleva nuevamente auditoría cuando hay esos temas muy..., se dan unos tiempos, pues al no cumplirse los tiempos se pasa como a la parte, ya después sí toca concretarlo con el tema del área jurídica para mirar si se lleva alguna multa o algo. DR. ALMONACID: ¿Esos tiempos que usted manifiesta que se dan, son pactados o son impuestos? SRA. CAMELO: Son pactados, porque muchas veces ellos, por ejemplo en el caso de una auditoría de pago de cartera a proveedores; si vamos a, el 10 de cada mes; si yo le digo, al 15 usted tiene que cancelarnos; deme al 18 porque yo sé que me entra los recursos de la cápita entonces puedo cumplir con ese requerimiento o ese hallazgo que me queda. Son pactados generalmente.”*

---

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

no crear barreras de acceso a la prestación de los servicios de salud y la de prestar los servicios de salud contenidos en el Plan de Atención de Salud del Magisterio. E igualmente se señalan las causales de multa: restricción al acceso a los servicios, con una sanción del 0.5% del valor de un mes del contrato; y, por el incumplimiento de las demás obligaciones contractuales, con una multa que oscila entre el 0.1% y el 10% del valor de un mes del contrato, según la gravedad del incumplimiento.

En suma, no hubo infracción de las normas en que debía fundarse el proceso sancionatorio que desembocó en la expedición de la Resolución No. 2460 de febrero 25 de 2013.

De otra parte, alega la convocante que la Fiduciaria La Previsora no era competente para imponer la sanción, “toda vez que es una entidad administradora fiduciaria y no una entidad con carácter de autoridad pública, conforme a la Sentencia de Unificación 014 de 2002 de la Corte Constitucional”. Añade que, conforme a lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución Política y por el artículo 9º de la Ley 489 de 1998, no es posible que una autoridad administrativa delegue funciones a una autoridad que no sea, ella también, administrativa, “calidad – señala la convocante- con la que no cuenta la Fiduciaria La Previsora S.A., situación que se sustenta en el hecho de que ninguna de las resoluciones fue expedida por dicha entidad (se refiere al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Ministerio) sino por el Ministerio de Educación. Remata la acusación de ilegalidad por falta de competencia, en tres circunstancias adicionales, a saber: en el hecho de que no obra en el expediente el acto de delegación a la Vicepresidencia del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio de la Fiduciaria la Previsora S.A.; en el hecho de que el jefe del Fondo de Prestaciones Sociales del Ministerio no lo es el Vicepresidente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de la Fiduciaria La Previsora S.A. sino el Ministro de Educación Nacional; y en que se le violó el derecho al debido proceso al llevarse a cabo la audiencia de descargos sin la presencia del Ministro de Educación Nacional.

Por varias razones, a juicio del Tribunal, no le asiste la razón a la parte convocante en tan elaborada argumentación sobre la falta de competencia de la Fiduciaria la Fiduprevisora S.A., como se expone enseguida.

Sea lo primero advertir que el acto administrativo de delegación de funciones que la convocante echa de menos, si es que lo hubo, no fue objeto de la demanda. Tampoco se demandó la nulidad del Reglamento de Imposición de Sanciones en cuanto dispone que “El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, faculta y delega en la Fiduciaria La Previsora-Vicepresidencia Fondos de Prestaciones, el adelantamiento de los trámites de que trata el presente Reglamento y la proyección de los actos que deba suscribir el Ministerio de Educación Nacional”. Por consiguiente, salvo que el Tribunal detecte la presencia, de bulto, de una nulidad absoluta de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

alguna de las reglas establecidas en el Reglamento de Imposición de Sanciones, lo que no ocurre en el caso que ocupa al Tribunal, bastaría con esta sola circunstancia para desechar el cargo por falta de competencia, por efecto de la presunción de legalidad de los actos administrativos.

De otra parte, ha de señalarse que en este caso no hubo, propiamente hablando, un acto de delegación de funciones administrativas, puesto que está claro que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, administrado por un Consejo Directivo que preside el Ministro de Educación Nacional, con independencia patrimonial, contable y estadística, adscrito al Ministerio de Educación Nacional y cuyos recursos han de ser manejados por una sociedad fiduciaria en la que el Estado tenga una participación mínima del 90% en el capital social. No siendo el FOMAG una persona jurídica y menos una entidad estatal, mal podría delegar las funciones que le asigna la ley.

Esta particular naturaleza jurídica del FOMAG es la que, precisamente, explica porqué el proceso sancionatorio puede ser conducido por la entidad fiduciaria que lo maneja y porqué la sanción ha de ser impuesta por el Ministerio de Educación Nacional.

Es indiscutible que el contrato de fiducia es de carácter representativo, más concretamente, conlleva siempre una representación indirecta, en la que el fiduciario obra por cuenta ajena pero en nombre propio, de modo que los efectos de los contratos que celebre con terceros se radican inmediatamente en cabeza suya, en tanto que administrador de un patrimonio autónomo. En el encargo fiduciario, no hay transferencia de la propiedad sino de la mera tenencia de los bienes, pero el fiduciario obra también como mandatario sin representación. En este sentido, el doctor Fernando Hinestrosa afirma que, “La fiducia y el negocio fiduciario, son figuras de la mayor antigüedad; se recuerdan entonces sus dos variedades: la *fiducia cum creditore*, con fines de garantía, antecesora del *pignus* y la *fiducia cum amico*, implicando ambas una enajenación *fiducia causa* y un cumplimiento estricto de las obligaciones de parte del fiduciario, entre ellas la de restitución o de transferencia, según el caso. La posición y actividad del sujeto que obra en nombre propio y por cuenta de otro en términos de fiducia, “fiducia de gestión”, se remiten a la especie de mandato sin representación, por lo cual se habla indistintamente de negocio fiduciario y de mandato no representativo, para, en últimas ubicar la figura en la *representación indirecta*”<sup>60</sup>.

Ahora bien, si de acuerdo con la ley 89 de 1991 el FOMAG carece de personería jurídica, razón por la cual la misma ley ordena que sus bienes sean administrados por una fiduciaria en la que el Estado tenga una participación del 90%, no puede la contratista, a pesar de la naturaleza específica de mandato no representativo que tiene el contrato de fiducia, desconocer este hecho (que los

---

<sup>60</sup> La Representación, , Universidad Externado de Colombia, 1ª. edición, Bogotá, 2008, p. 382.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

bienes forman parte de una cuenta especial sin personería jurídica), ni ignorar que la fiduciaria actúa por cuenta de un fideicomitente plenamente identificado, y mucho menos que, si para administrar el fondo de prestaciones sociales del magisterio la fiduciaria ha de celebrar contratos con terceros, ésta, para ejercer adecuadamente su encargo, ha de poder supervisar, exigir el cumplimiento y sancionar el incumplimiento del contrato, conforme al procedimiento de imposición de multas que adopte, ya sea *motu proprio*, ya sea por recomendación del Consejo Directivo del FOMAG, independientemente de si se trata de una facultad o de una delegación, porque la obligatoriedad del mismo y su aplicabilidad a la contratista no resulta, propiamente hablando, de una facultad delegada, sino del acuerdo celebrado entre las partes, que es ley para las partes y por lo mismo tiene plena fuerza obligatoria entre ellas.

En este sentido, el doctor Hinecristosa dice que “lo que importa es dejar nítidamente sentada la primacía de los principios jurídicos, políticos y éticos fundamentales: el respeto a la autonomía privada, sin desmedro del imperio de la legalidad y de la moralidad de las operaciones; el respeto de la *fides*, esto es de la palabra empeñada; la salvaguardia del interés de los terceros que sean efectivamente de buena fe, objetiva, no fingida o meramente presunta: deber de lealtad y corrección en el comportamiento negocial”<sup>61</sup>.

Por supuesto, como los dineros que entrega el FOMAG a la fiduciaria son dineros públicos, es apenas lógico que la sanción por incumplimiento contractual, previo el trámite del procedimiento acordado, sea impuesta por el Ministerio de Educación Nacional, no sólo porque a la fiduciaria como sociedad de economía mixta que es le está prohibido imponer sanciones, sino porque el FOMAG carece de personería jurídica. Que fue lo que decidió la Corte Constitucional en la ya citada sentencia de unificación 014 de 2012, en la que con claridad meridiana señaló que en estos casos los actos administrativos debían ser proferidos por el Ministerio de Educación Nacional, exactamente como ocurrió en el caso en estudio.

Por lo que dice relación con la inasistencia del Ministerio a la audiencia de descargos, baste con señalar que su presencia no es necesaria para cumplir con el principio del debido proceso y tal vez sea por ello que el artículo 2.8 del Reglamento de imposición de sanciones dispone de manera expresa que “la ausencia de uno o varios de los interesados requeridos no impedirá la celebración de la audiencia”.

Por último, se queja la convocante por la violación del debido proceso al graduarse de manera supuestamente errónea el monto de la pena, puesto que ésta se hizo con base en un muestreo. Se trata de un método estadístico, perfectamente válido desde el punto de vista matemático y legal.

---

<sup>61</sup> Op. Cit. p. 887.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

Por lo demás, la graduación de la sanción fue correcta, pues contrario a lo afirmado por la convocante, el porcentaje del incumplimiento fue del 74%, como claramente lo muestra el cuadro que figura en las páginas 21 y 22 de la Resolución número 2460 de 2014. Obsérvese, por lo demás, que habiéndose podido sumar las causales de multa, puesto que se detectaron tres tipos de incumplimiento, a saber: del plan de mejoramiento, sancionable con un 1% del valor de un mes del contrato; creación de barreras innecesarias al acceso de los servicios, sancionable con un 0.5% del valor de un mes del contrato; e incumplimiento de las demás con una sanción que puede oscilar entre el 0.1% y el 10% del valor de un mes del contrato, se tuvo en cuenta únicamente éste último para fijar el monto de la multa.

Por consiguiente, ninguno de los cargos analizados hasta aquí para sostener y solicitar la nulidad de los actos administrativos sub examine está llamado a prosperar, y así lo declarará el Tribunal.

La acusación por falsa motivación.

La falsa motivación, como causal de nulidad de los actos administrativos, se produce cuando la causa o la razón o razones que condujeron a la expedición de un acto administrativo son erróneas, esto es, cuando los motivos que justifican la resolución adoptada por la administración no existieron; o cuando existiendo se les ha dado un alcance que no tienen; o, cuando se los califica jurídicamente de manera inexacta. Sobre el particular, el profesor Jaime Vidal Perdomo señala que, “se llaman “motivos” las circunstancias de hecho que preceden o provocan toda decisión administrativa, la sucesión de acontecimientos que impulsan al administrador a obrar. [...] Por consiguiente, si los motivos que se invocaron para dictar una providencia no existieron, ésta es nula (como si se acepta la renuncia de un empleado y en verdad este no ha renunciado). Pero es también anulable el acto cuando el funcionario ha incurrido en un error de hecho o de derecho sobre los motivos (por ejemplo, se impone una sanción a un empleado por hecho que jurídicamente no constituye falta disciplinaria)”<sup>62</sup>.

El Consejo de Estado, por su parte, ha señalado en multitud de oportunidades que “(i) la falsa motivación puede estructurarse cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, y (ii) quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (*onus probandi*) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos”<sup>63</sup>. Y,

---

<sup>62</sup> Derecho Administrativo, Legis, Décima Tercera Edición, Bogotá, 2009, ps. 593 y 594.

<sup>63</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de marzo 20 de 2013, Exp. 22.523.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

en sentencia de octubre 23 de 2017, reiterando ésta jurisprudencia, puntualizó que “la falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica o jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos arguidos tomados como fuente por la Administración Pública. Bajo este entendido, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo, modo y lugar que resultan irreales y que traen como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, situación que se presenta por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas”<sup>64</sup>.

En suma, hay falsa motivación cuando la Administración aprecia falsamente la realidad, de hecho o jurídica, a partir de la cual procede a actuar, esto es, cuando da por ciertos hechos que no existen o cuando desfigura los existentes; o cuando da por ciertas normas jurídicas que no existen, o las interpreta equivocadamente, o las aplica indebidamente.

La convocante acusa por este concepto los actos administrativos objeto del presente litigio, aduciendo que la convocada no señaló de manera clara e inequívoca los motivos por los cuales decidió escoger como causal de la multa que impuso los incumplimientos a las demás obligaciones contractuales y no el incumplimiento del plan de mejoramiento; que tampoco señaló los hechos concretos que sustentan la causal de sanción escogida para imponer la multa; que la cuantificación de la multa se apoyó en métodos estadísticos, concretamente en la realización de un muestreo sobre el universo analizado; que, aún habiendo aportando los soportes requeridos, se declaró el incumplimiento del plan de mejoramiento; y que no se pronunció sobre los hechos de terceros sustentados en las cancelaciones e inasistencia a citas por parte de los usuarios.

Adiciona los anteriores cargos por falsa motivación, señalando que no se tuvo en cuenta el hecho superado, como lo fue el cumplimiento del plan de choque; la violación del principio del carácter

---

<sup>64</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección C, Exp. No. 53206.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

conminativo de la multa; y la supuesta violación de los pliegos de condiciones en la evaluación del cumplimiento de las obligaciones.

Considera el Tribunal, por las razones que se expusieron al analizar los cargos por infracción de las normas en que debían fundarse los actos administrativos acusados; por falta de competencia de la convocada para adelantar el procedimiento que condujo a la imposición de la multa; y, por violación del debido proceso, que es improcedente la acusación por falsa motivación de los actos acusados, toda vez que no observa que se haya incurrido en ningún error de hecho o de derecho en la motivación del acto. En efecto, el mismo se relaciona y encuentra fundamento en el contrato suscrito entre las partes y en el reglamento de imposición de Multas.

Que la motivación se ajustó a los hechos, los cuales no fueron supuestos sino reales; y que la extensa motivación de que dan cuenta los actos acusados coincide con la realidad de lo que fue la ejecución del contrato de prestación de servicios médicos y asistenciales y, en particular del análisis del plan de mejoramiento, resulta evidente si se tiene en cuenta que la convocante contó con el debido proceso; conoció, desde el momento mismo en que suscribió el plan de mejoramiento, las varias obligaciones cuyo incumplimiento se le imputaba, las cuales, por lo demás, fueron analizadas una a una en la comunicación en la que fue invitada a rendir los descargos correspondientes, comunicación en la que también se le notificaron los cargos por tres conceptos, ninguno de los cuales fue desvirtuado en la respectiva audiencia; que de la prueba documental aportada por la convocante no fue posible deducir el cumplimiento del cien por ciento (100%) de las obligaciones a su cargo, así como es completamente cierto que un pronunciamiento explícito basado en prueba testimonial sobre cancelaciones e inasistencia a las citas por parte de los usuarios era insuficiente para desvirtuar, aun parcialmente, los incumplimientos en que incurrió la convocante; y, en fin, que la cuantificación del porcentaje de incumplimiento se hizo con base en un método estadístico científicamente confiable, con base en la cual se ajustó en forma proporcional el valor de la multa.

Todo ello conduce a rechazar, por ser contra evidentes, las afirmaciones de que hubo un hecho superado; o violación del carácter conminativo de la multa; o violación del pliego de condiciones y demás documentos contractuales en la evaluación del incumplimiento, lo que necesariamente conduce a declarar la no prosperidad del cargo por falsa motivación.

Excepción de contrato no cumplido.

En relación con la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non rite adimpleti contractus*, que la convocante ha propuesto como argumento suficiente para sostener y afirmar la imposibilidad en que se encuentran, tanto la Fiduciaria la Previsora como el Ministerio de Educación Nacional, de imponer multas a la contratista en razón de su propio incumplimiento, el Tribunal considera, en primer lugar,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**

**VS**

**LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

---

que es inapropiado invocar tal motivo como causal de nulidad de un acto administrativo, que es lo que se pretende con la demanda, por cuanto de ser cierto que ello fuera posible, la conclusión sería no la nulidad o validez del acto administrativo, sino la parálisis del mismo hasta tanto la parte demandada cumpliera o se allanara a cumplir con las obligaciones a su cargo, lo que evidentemente nada tiene que ver con el juicio de legalidad de la actuación administrativa puesta en entredicho.

Como se sabe la excepción de contrato no cumplido es, junto con la mal llamada condición resolutoria tácita, que en realidad es una resolución judicial del contrato por incumplimiento de una de las partes, y la teoría de los riesgos, uno de los efectos particulares de los contratos sinalagmáticos.

Su fundamento se encuentra en el principio de la buena fe, pues es apenas lógico que si la parte demandante no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, sería incorrecto y desleal pretender que la otra cumpliera con la suyas. Y desde un punto de vista distinto, se dice que los efectos particulares de los contratos sinalagmáticos se fundan en la idea de causa, entendida no sólo como elemento de validez del contrato, cuya presencia sería apenas necesaria al momento de perfeccionarse el negocio jurídico, sin importar lo que pueda sucederle a la contraprestación con posterioridad, como si se tratara de obligaciones simplemente yuxtapuestas, sino como la necesaria interdependencia entre ellas, interdependencia que se prolonga hasta su agotamiento, de manera que lo que durante la ejecución del contrato le suceda a una repercute necesariamente en la otra. Dicho de otra manera deben correr la misma suerte.

Las multas contractuales obedecen a una prerrogativa de la administración pública, cuya finalidad es la conminar el cumplimiento del contrato en razón de la prevalencia del interés general, facultad ésta que puede ser ejercida independientemente de si la administración ha cumplido o no con la totalidad de las obligaciones a su cargo. Como lo ha señalado el Consejo de Estado, "la imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa"<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2040 de noviembre 29 de 2010.



TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

Como se desprende de lo antedicho, la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non rite adimpliti contractus* es un mecanismo de defensa que la ley otorga al demandado cuando el litigio se circunscribe a la demanda de ejecución de un contrato sinalagmático y el demandante no ha cumplido con las obligaciones a su cargo. Volviendo al análisis del caso que ocupa a este Tribunal, se tiene, por una parte, que es evidente, por la naturaleza y alcance de la controversia que ha de resolverse, que el litigio planteado entre las partes nada tiene ver con el cumplimiento o incumplimiento del contrato, razón por la cual no se ve cómo pueda trasladarse ese mecanismo de defensa a una controversia cuyo objeto es el de analizar si uno o varios actos administrativos se ajustan o no a la ley; o si han sido expedidos en forma irregular o por autoridad incompetente; o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; o, en fin, si han sido expedidos aduciendo motivos inexistentes o falsos. Y, por otro lado, no está de más recordar la razón lógica de que la excepción, como mecanismo de defensa, jamás puede ser planteada por el demandante, cual ocurre en este caso.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se admitiera la posibilidad de alegar la excepción de contrato no cumplido, ya no para anular, sino para suspender los efectos del acto administrativo que impone una multa contractual, debe recordarse que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha sido particularmente rigurosa en cuanto a la posibilidad de alegarla en los contratos celebrados por entidades estatales, y, no sobra recordarlo, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tiene una participación superior al cincuenta por ciento (50%) ostentan esta naturaleza, según lo dispone el literal a) del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en el sentido de que sólo un incumplimiento que haga realmente imposible la ejecución del contrato por el demandado da lugar a que se produzca el efecto previsto por el artículo 1609 del Código Civil, esto es, que la mora purga la mora.

En este sentido, el Consejo de Estado ha dicho: “Señala el artículo 1609 del Código Civil que “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Sobre el precepto anterior la doctrina y la jurisprudencia han pretendido edificar la figura de la excepción de contrato no cumplido –*exceptio non adimpleti contractus*–, la cual tuvo su génesis en el derecho privado pero será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando del incumplimiento de la administración, genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allane a ejecutar la prestación debida, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Tal postura se basa en la aplicación de cuatro fundamentos, a saber: que se trate de contratos sinalagmáticos, que el incumplimiento de la administración sea cierto o real, que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el cumplimiento, y que quien la invoca no haya

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

dado lugar al incumplimiento de la otra”<sup>66</sup>.

Quedó demostrado en el plenario que la Fiduciaria La Previsora S.A. se encontraba al día con los pagos por concepto de la unidad de pago por capitación; que ese pago comprende el de la cápita más un quince por ciento (15%) adicional con el objeto de que la contratista pudiera cubrir las enfermedades de alto costo; que el valor de la cápita en el caso del magisterio, de acuerdo con los testimonios de los señores Rodríguez y Camelo es el de la UPCM del régimen contributivo más un plus por ser régimen especial que es del 48.23 % adicional; y que los pagos por concepto de prevención, alto costo y salud ocupacional, cuyo incumplimiento aduce la contratante, estaban en trámite de acuerdo con las estipulaciones contractuales, amén de que no está probado el valor total por estos conceptos, que la convocante ha calculado en más de doce mil millones de pesos. Por lo demás obsérvese que, aún dando por probado este incumplimiento, que, se repite, no lo está, su valor es mínimo frente a las sumas canceladas por la contratante, que supera los trescientos ochenta y cuatro mil millones de pesos (\$ 384.000.000.000). Por lo tanto, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, la excepción de contrato no cumplido no sería aplicable.

Por lo demás, también en gracia de discusión, de ser posible la aplicación de la jurisprudencia civil respecto de la excepción de contrato no cumplido, que no lo es por cuanto, como ya se dijo, no está probado el incumplimiento de la convocada, tampoco se daría aquí el supuesto de hecho previsto por la norma aplicable, artículo 1609 del Código Civil, puesto que el incumplimiento del demandante, que paraliza su acción, ha de ser de cierta entidad, esto es, la infracción de la obligación, aun si reviste cierta importancia, por sí misma no alcanza a romper la economía del contrato, porque no desequilibra de manera significativa las prestaciones recíprocas a cargo de las partes. Es así como debe entenderse la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En este orden de ideas, desde la sentencia de 11 de septiembre de 1984, varias veces reiterada, dijo. “En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida, en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene escasa importancia en atención al interés de la otra”. Y agrega: “[P]ara que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso; la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre, el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que él

---

<sup>66</sup> Sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C, de octubre 23 de 2017. Exp. 53206.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

consintió”<sup>67</sup>.

Por las razones que se dejan expuestas, el Tribunal habrá de desechar también este cargo que la convocante hace a la legalidad de las resoluciones objeto de su demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

De todo lo anterior se colige que el Tribunal ha encontrado precedentes las defensas que fueron alegadas tanto por La Nación – Ministerio de Educación Nacional, bajo las excepciones denominadas “3. *Sobre la Garantía del Debido Proceso en la actuación de imposición de multas que cuestiona* y 4. *Sobre la Ausencia de Falsa Motivación en la Expedición de los Actos Administrativos Demandados*,” y por Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del Fomag mediante su excepción “4. *Cuarta Excepción de Fondo denominada Correcta, Debida y Legal Motivación de la Resoluciones Demandadas*” y por ello se declarará su prosperidad.

Además de compartir las reflexiones de La Nación – Ministerio de Educación Nacional sobre el debido proceso administrativo también coincide el Tribunal con lo dicho por esa parte en cuanto que si bien hubo deficiencias en algunos aspectos del procedimiento de imposición de multas ninguna de ellas resultó violatoria del debido proceso de la Unión Temporal. Comparte también el Tribunal los razonados argumentos sobre la forma en que se llevó a cabo el procedimiento de imposición de multas a la Contratista, salvo lo dicho sobre la vinculación del Ministerio de Educación al pacto arbitral, considerando la decisión del Tribunal al respecto, como aparece arriba reseñado. En el mismo sentido han sido acogidos los argumentos sobre la ausencia de falsa motivación que fueron propuestos bajo la excepción correspondiente.

Igualmente, como ya se dijo, se declarará la prosperidad de la excepción propuesta por Fiduciaria La Previsora S.A. pues se acoge lo allí indicado en el sentido de que la resolución que impuso la multa fue expedida “*con el rigor necesario para la validez de un acto administrativo en la medida en que se basó en un estudio profundo derivado del estado del contrato, de las obligaciones y de las acciones ejecutadas por el contratista.*”

Finalmente, debe el Tribunal pronunciarse sobre la eventual consecuencia para la parte demandante respecto del juramento estimatorio incluido en la demanda, dado el fracaso de sus pretensiones. En principio parecería que habría lugar a aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General, sin embargo, lo que considera el Tribunal es que no es procedente imponer ninguna sanción a la demandante por cuanto lo que la norma busca es castigar a quien formula pretensiones temerarias o altamente infundadas, bien por su carencia de fundamento jurídico o fáctico para que

---

<sup>67</sup> G. J. No. 2415, ps. 247- 248.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

puedan ser reconocidas, o porque carecen de demostración cierta en cuanto al valor de la cuantía reclamada, por resultar esta excesiva frente al verdadero valor del perjuicio reclamado. En el presente asunto la causa de fracaso de las pretensiones no corresponde a que el valor reclamado hubiera sido infundado o temerario, de hecho correspondía de manera idéntica al monto de la multa impuesta, sino al hecho de que la demandante no pudo demostrar la causa de la nulidad propuesta.

Por otra parte, también debe tenerse en consideración que el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012 dispone que la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda arbitral se tramitarán conforme a las reglas establecidas al efecto por el Código General del Proceso. Por su parte, dicho estatuto prevé como requisito de toda demanda el juramento estimatorio, cuando sea necesario, a voces del numeral 7° del artículo 82 del estatuto procesal; que la demanda debe ser inadmitida por el juez cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario (artículo 90); y que el juramento estimatorio será necesario cuando se *“pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”*. (artículo 206).

En el caso puesto a la consideración de este Tribunal, en efecto la demanda contuvo juramento estimatorio, que, entre otra, no fue objeto de oposición por parte de las demandadas.

Sin embargo, también considera el Tribunal que, estando frente a una demanda de nulidad de un acto administrativo de imposición de una multa, cuyo objeto es el de conminar al contratista a ejecutar el contrato, esto es, que no tiene carácter indemnizatorio, el juramento es legalmente innecesario. Se sabe que éste sirve como prueba del daño y es por ello, precisamente, que la ley exige que la suma en que se tasa el daño sea la que corresponda realmente al daño, o al valor de las mejoras o frutos que se reclaman, sin olvidar que en tratándose de obligaciones dinerarias los intereses son considerados legalmente como frutos. Mas éste no es el caso porque, como ya se dijo, en tratándose de la imposición de una multa, cuyo valor está determinado de manera precisa y exacta, el juramento no es necesario. De otro lado, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho es de naturaleza administrativa, por lo que es apenas razonable preguntarse si a la luz del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), el juramento estimatorio es legalmente necesario. A lo que habría que contestar negativamente frente al texto del artículo 162 del CPACA.

Por todo lo anterior, a juicio de este Tribunal no procede imponer ninguna sanción a la parte demandante por esta causa.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVICIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

#### IV. LAS COSTAS

Los gastos del proceso fueron determinados en la audiencia celebrada el pasado veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)<sup>68</sup> y fueron asumidos íntegramente por la parte demandante. No aparece en el expediente causación de costas comprobables adicionales a los gastos del proceso.

##### 1.1. AGENCIAS EN DERECHO

El Tribunal estima como agencias en derecho para efectos de la condena en costas que se resuelve a continuación la suma de \$61.000.000, que equivale al 5,07% del valor de las pretensiones de contenido pecuniario dentro de los límites señalados por el Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho, aplicable por lo previsto en el artículo 366, numeral 4, del Código General del Proceso. Dicha suma se dividirá en partes iguales entre los integrantes de la parte demandada.

##### 1.2. CONDENA

Tomando en cuenta que prosperaron excepciones de la parte demandada que enervaron por completo las pretensiones de la demanda, el Tribunal condenará a Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S.- Servimédicos S.A.S., Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A. y Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud- Integrantes de La Unión Temporal Medicol Salud 2012 al pago del 100% de las costas del proceso. Para el efecto, el Tribunal tiene en cuenta que fue acreditado en el proceso que la parte demandante asumió la totalidad de gastos del proceso por lo cual no hará condena por suma alguna relacionada por dichos conceptos, sino únicamente por las agencias en derecho establecidas en el punto anterior.

En consecuencia, Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S.- Servimédicos S.A.S., Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A. y Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud- Integrantes de La Unión Temporal Medicol Salud 2012 deberán pagar, de manera solidaria, a La Nación – Ministerio de Educación Nacional la suma de \$30.500.000 por concepto de costas, en la modalidad de agencias en derecho, y la suma de \$30.500.000 a Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag- por el mismo concepto.

---

<sup>68</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 7, folios 160 a 165.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012

VS

LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

**CAPÍTULO TERCERO: PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A., COLOMBIANA DE SALUD S.A. y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD, INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012**, por una parte, y por la otra, **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Negar las excepciones denominadas “1. *Consideración Preliminar: Naturaleza Jurídica del Fomag y Límites Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales del Ministerio de Educación Nacional en el mismo*” y “2. *Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*” propuestas por La Nación – Ministerio de Educación Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Negar las excepciones denominadas “1. *Primera Excepción de Fondo. Violación a las Reglas Pactadas en la Cláusula Compromisoria*” y “2. *Segunda Excepción de Fondo denominada Caducidad*” propuestas por Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Declarar probadas las excepciones denominadas “3. *Sobre la Garantía del Debido Proceso en la actuación de imposición de multas que cuestiona*” y “4. *Sobre la Ausencia de Falsa Motivación en la Expedición de los Actos Administrativos Demandados*” propuestas por La Nación – Ministerio de Educación Nacional y “4. *Cuarta Excepción de Fondo denominada Correcta, Debida y Legal Motivación de la Resoluciones Demandadas*” alegada por Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Declarar que no prosperan las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

**QUINTO:** En mérito de lo previsto en el artículo 282 del Código General del Proceso y en consideración a lo resuelto en los numerales precedentes, abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones planteadas por La Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria La

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S.- SERVIMÉDICOS S.A.S., MÉDICOS ASOCIADOS S.A.,  
COLOMBIANA DE SALUD S.A. Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD -  
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL MEDICOL SALUD 2012  
VS  
LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

---

Previsora S.A., como vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag- para enervar las pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Condenar en costas a Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S.- Servimédicos S.A.S., Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A. y Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud- Integrantes de la Unión Temporal Medicol Salud 2012, de conformidad con las consideraciones y liquidaciones que obran en la parte motiva. En consecuencia, Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S.- Servimédicos S.A.S., Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A. y Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud- Integrantes de la Unión Temporal Medicol Salud 2012 pagarán, en forma solidaria, a La Nación – Ministerio de Educación Nacional la suma de \$30.500.000 y a Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag- la suma de \$30.500.000, tan pronto cobre fuerza ejecutiva este laudo arbitral, sumas que devengarán intereses moratorios a la tasa más alta legalmente permitida hasta el día de su pago total.

**SÉPTIMO:** Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese,

**JUAN MANUEL ALMONACID SÁNCHEZ**  
Presidente

**JOSÉ FELIPE NAVIA ARROYO**  
Arbitro

**JESÚS ALBERTO VALLEJO MEJÍA**  
Arbitro

**MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ**  
Secretaria