

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

TRIBUNAL ARBITRAL

de

Unión Temporal Oriente Región 5

conformada por Fundación Oftalmológica de Santander – FOSCAL,
Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., Colombiana de
Salud S.A. y Nueva Clínica Riohacha S.A.S.

contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG
del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad
de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

(Rad. 121242)

LAUDO ARBITRAL

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL.....	9
1.	LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES	9
1.1.	PARTE CONVOCANTE	9
1.2.	PARTE CONVOCADA	10
1.3.	SOCIEDADES LLAMADAS EN GARANTÍA.....	11
2.	PACTO ARBITRAL.....	11
3.	CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO ..	13
4.	LA CONTROVERSIA	16
4.1.	LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA	16
4.1.1.	Pretensiones.....	16
4.1.2	Hechos	24
4.2.	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES	25
4.2.1	Pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones.....	25
4.2.2	Las excepciones formuladas	25
4.3.	LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	27
4.3.1	LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	27
4.3.1.1	Pretensiones.....	27
4.3.1.2	Hechos	36
4.3.2	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES	37
4.3.2.1	Pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones	37
4.3.2.2	Las excepciones formuladas	37

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

4.3.3	EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL FOMAG CONTRA SEGUROS CONFIANZA S.A. Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.	38
4.3.3.1	Pretensiones.....	38
4.3.3.2	Hechos	39
4.3.4	CONTESTACIÓN DE CONFIANZA S.A. Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES.....	39
4.3.4.1	Pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones de un lado de la demanda de reconvencción y de otro del llamamiento en garantía.....	39
4.3.4.2	Las excepciones formuladas	40
5	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA.....	43
5.1	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.....	43
5.2	ETAPA PROBATORIA.....	43
5.2.1	Pruebas documentales	43
5.2.2	Documentos solicitados mediante oficio	44
5.2.3	Exhibición de documentos.....	44
5.2.4	Pruebas por informe	44
5.2.5	Prueba trasladada.....	45
5.2.6	Interrogatorio de parte	45
5.2.7	Testimonios	45
5.2.8	Dictamen pericial de parte.....	46
5.2.9	Dictamen pericial decretado por el Tribunal.....	47
5.2.10	Pruebas desistidas	47
6	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	47
7	TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.....	47
II.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	48

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

1.	ANÁLISIS PREVIO	48
1.1.	PRESUPUESTOS PROCESALES.	48
A.	Determinación.....	48
B.	Oportunidad del ejercicio de la acción.....	51
1.2	VALIDEZ Y CONTROL DE LEGALIDAD DEL TRÁMITE. REQUERIMIENTO JUDICIAL.	54
1.2.1.	Validez y legalidad.....	54
1.2.2.	Requerimiento judicial con la admisión de la demanda y su reform...	54
2.	ALCANCE Y REGULACIÓN DEL LITIGIO.....	56
2.1.	ALCANCE DEL LITIGIO.....	56
2.2	REGULACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD.....	56
2.3	ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.	104
2.4	Regulación sustancial del contrato de seguro.	111
3.	ANÁLISIS Y CRÍTICA PROBATORIA.	115
3.1	ALCANCE DEL PRESENTE LITIGIO.	115
3.1.1.	Pretensiones relativas al contrato de prestación de servicios médico asistenciales.	116
A.	Pretensiones de la demanda principal inicial y reformada sobre el contrato de prestación de servicios.....	116
B.	Pretensiones en la demanda de reconvención.....	119
3.1.2.	Pretensiones relativas al contrato de seguro.- Pretensiones del llamamiento en garantía.....	121
3.1.3.	Relación entre las pretensiones formuladas en este proceso... ..	121
A.	Relación entre las pretensiones relativas al contrato de prestación de servicios médico-asistenciales	121
B.	Relación entre las pretensiones principales y las relativas al contrato de seguro.....	122
3.2	ACERVO PROBATORIO GENERAL.....	122

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

3.2.1. Determinación.....	122
3.2.2. Consideraciones generales para su valoración.	122
A. Valoración de documentos.....	122
B. Valoración y tacha de parcialidad de los testigos.....	125
C. Dictámenes y declaraciones de peritos.	125
4. PRETENSIONES EN EL LITIGIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES.-	126
4.1. PRETENSIONES EN LA DEMANDA INICIAL REFORMADA Y SUS PRUEBAS.	126
A. Acervo probatorio de los elementos generales.....	126
B. Pretensiones específicas de la demanda principal reformada. ...	127
a. Pretensiones relativas a la prestación de servicio de alto costo	127
b. Pretensiones sobre el desconocimiento de las aclaraciones Nos. 2 y su vulneración con condena al pago de factura por prestación de servicios de salud ocupacional.	145
c. Pretensiones sobre actualización y condena por no inclusión de novedades en la base de datos.	158
d. Pretensiones de prestación de servicios de salud ordenados en fallos de tutela.	174
e. Pretensiones relativas a la prestación de servicios de promoción y prevención.	177
f. Pretensiones sobre saldo particular pendiente de facturas de alto costo.	180
g. Pretensiones sobre la no liquidación y condena a devolución de lo retenido.	182
h. Pretensión de liquidación judicial.	187
i. Pretensión de ejecución arbitral.	187
j. Determinación de los intereses moratorios que se declaran causados antes del Laudo.	187

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

k.	Pretensión sobre intereses de las condenas.....	195
l.	Pretensión sobre costas.....	195
C.	Excepciones de mérito de la parte convocada.....	195
D.	Conclusión sobre la demanda principal.....	223
4.2.	PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.	224
A.	Pretensiones demandadas.....	224
B.	Acervo probatorio pertinente.....	225
a.	Pretensiones relativas al reembolso de los pagos por servicios de alto costo.	225
b.	Pretensiones sobre base del 15% para calcular reembolsos de alto costo.	229
c.	Pretensiones sobre devolución del exceso pagado por capitación.....	230
d.	Pretensiones por multiafiliación.....	234
e.	Pretensiones sobre actividades máximas en salud.....	235
f.	Pretensiones sobre pagos de fallos de la Superintendencia Nacional de Salud.	236
g.	Pretensión sobre entrega de paz y salvo con la red contratada.....	241
h.	Pretensión sobre liquidación.	243
i.	Pretensión de costas y agencias en derecho.	243
C.	Excepciones de mérito contra la pretensión de reconvencción... ..	243
a.	Excepciones de mérito de la convocante.	244
b.	Excepciones de mérito de la llamada en garantía contra la demanda en reconvencción.....	244
c.	Conclusión.....	245
5.	PRETENSIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE SEGURO CONTROVERTIDO.	246
5.1	PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.	246

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

A.	Contrato de seguro.	246
B.	Elementos de la pretensión (Causa Petendi).	246
	a. Ausencia de condenas.	247
	b. Condena en las pretensiones de reconvención.	247
5.2	EXCEPCIONES DE MÉRITO CONTRA LA PRETENSIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO CONTRA LAS ASEGURADORAS.	248
A.	Determinación.	248
B.	Análisis general y particular de las excepciones de mérito.	248
	a. Examen general.	249
	b. Excepción de mérito de caducidad.	249
	c. Excepción de mérito de prescripción extintiva.	253
	d. Examen de las demás excepciones de mérito.	257
5.3	CONCLUSIÓN.	258
6.	VALORACIÓN DE LA ESTIMACIÓN BAJO JURAMENTO.	258
7.	CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES – ARTÍCULO 280 DEL C.G.P.	259
8.	COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN.	260
III.	RESOLUCIÓN.	265

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

TRIBUNAL ARBITRAL

de

Unión Temporal Oriente Región 5

conformada por Fundación Oftalmológica de Santander – FOSCAL, Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., Colombiana de Salud S.A. y Nueva Clínica Riohacha S.A.S.

contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

(Rad. 121242)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., seis (06) de julio de dos mil veintidós (2022)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la **Unión Temporal Oriente Región 5**, conformada por Fundación Oftalmológica de Santander – FOSCAL, Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., Colombiana de Salud S.A. y Nueva Clínica Riohacha S.A.S. (en adelante también “la Unión Temporal”, “la convocante” o “la demandante”) y el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG** del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG (en adelante también “el FOMAG”, “la demandada” o “la convocada”), con la intervención de **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Seguros Confianza S.A.** (en adelante también “Confianza”) y **Seguros Generales Suramericana S.A. – SURA S.A.** (en adelante también “Sura”) en calidad de llamadas en garantía, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo, con el cual decide de fondo y de manera definitiva el conflicto planteado en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención y en sus respectivas

contestaciones, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

1. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1.1. PARTE CONVOCANTE

- **Unión Temporal Oriente Región 5**, conformada mediante documento suscrito el 27 de enero de 2012, representada legalmente por el señor Jorge Ricardo León Franco e integrada por Fundación Oftalmológica de Santander – FOSCAL, Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., Colombiana de Salud S.A. y Nueva Clínica Rihacha S.A.S.
- **Fundación Oftalmológica de Santander – FOSCAL**, fundación sin ánimo de lucro constituida mediante personería jurídica No. 19.070 del 16 de diciembre de 1985 del Ministerio de Salud, con domicilio principal en Floridablanca, Santander, representada legalmente por el señor Jorge Ricardo León Franco, según consta en el certificado expedido por el Director de Desarrollo de Servicios de la Secretaría de Salud de Santander¹.
- **Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A.**, sociedad constituida mediante escritura pública No. 2816 de la Notaría 35 de Bogotá, inscrita el 2 de diciembre de 1988 bajo el No. 251.703 del Libro IX, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por la señora Hortensia Arenas Ávila, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá².
- **Colombiana de Salud S.A.**, sociedad constituida mediante escritura pública No. 482 de la Notaría 10 de Bogotá, inscrita el 13 de marzo de 1997 bajo el No. 577.652 del Libro IX, con domicilio principal en Chía, Cundinamarca,

¹ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 101 a 102.

² Cuaderno Principal No. 1 – Folios 104 a 110.

representada legalmente por el señor Javier Augusto Romero Castañeda, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá³.

- **Nueva Clínica Riohacha S.A.S.**, sociedad constituida mediante escritura pública No. 922 de la Notaría Única de Riohacha, inscrita el 11 de enero de 1983 bajo el No. 53 del Libro IX, con domicilio principal en la ciudad de Riohacha, representada legalmente por el señor Wilber Fernando Chocontá Vargas, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de La Guajira⁴.

En este trámite arbitral la parte convocante está representada judicialmente por el abogado **Oswaldo Hernández Ortiz** de acuerdo con los poderes visibles a folios 91 a 100 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 6 de julio de 2020 (Acta No. 1).

1.2. PARTE CONVOCADA

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG.

La Fiduciaria La Previsora S.A. es una sociedad constituida mediante escritura pública No. 25 de la Notaría 33 de Bogotá, autorizada por Decreto 1547 de 1984, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente ante este Tribunal por el señor Jaime Abril Morales, según consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera⁵.

En este trámite arbitral la parte convocada ha sido representada judicialmente por los abogados **César Negret Mosquera** y **Jorge Luis Herrera Leyton** de acuerdo con el poder visible a folios 88 a 89 del Cuaderno Principal No. 2, a quienes se les reconoció

³ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 111 a 115.

⁴ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 116 a 121.

⁵ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 128 a 130.

personería para actuar mediante Autos Nos. 4 proferido el 26 de octubre de 2020 (Acta No. 3) y 10 proferido el 15 de diciembre de 2020 (Acta No. 6).

1.3. SOCIEDADES LLAMADAS EN GARANTÍA

- **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Seguros Confianza S.A.**, sociedad constituida mediante escritura pública No. 1363 de la Notaría 18 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. e inscrita ante la Cámara de Comercio de Bogotá. La sociedad se encuentra representada legalmente por el señor Luis Alejandro Rueda Rodríguez, según consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera⁶.

- **Seguros Generales Suramericana S.A.** sociedad constituida mediante escritura pública No. 4438 de la Notaría 2 de Medellín, con domicilio principal en la ciudad de Medellín e inscrita ante la Cámara de Comercio de esa ciudad. La sociedad se encuentra representada legalmente por el señor Juan David Escobar Franco, según consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera⁷.

En este trámite arbitral las sociedades llamadas en garantía están representadas judicialmente por el abogado **Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz**, de acuerdo con los poderes visibles a folio 4 y 5 del Cuaderno Principal No. 3, a quien se le reconoció personería para actuar mediante Auto No. 7 proferido el 17 de noviembre de 2020 (Acta No. 4).

2. PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que dio lugar al presente trámite está contenido en la cláusula vigésima tercera del "*CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDICO-ASISTENCIALES No. 12076-006-2012*" suscrito por las partes el 30 de abril de 2012, el cual dispone:

⁶ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 237 a 239.

⁷ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 351 a 355.

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

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

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

*- En el evento en que el convocante sea **EL CONTRATISTA** no podrá, bajo ninguna circunstancia, ante ninguna jurisdicción, en ningún proceso o actuación de carácter administrativo o judicial de arbitramento, vincular a la Fiduciaria la Previsora S.A.*

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

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

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

- Los gastos relacionados con ocasión de la aplicación de la presente cláusula serán pagados por el CONTRATISTA y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Una vez proferido el correspondiente laudo la parte vencida reembolsará a la otra parte que resulte favorecida, el importe que se determine

por el Tribunal según lo abonado por éste con motivo del procedimiento y en todo caso sujetándose ambas partes a lo que ordene el laudo arbitral o fallo, prevaleciendo este sobre cualquier estipulación que hayan pactado entre ellos.

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

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

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes citada, el 28 de febrero de 2020 la parte convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral.

3.2. El 23 de abril de 2020 las partes designaron de común acuerdo como Árbitros a los doctores Pedro Rafael Lafont Pianeta y Martín Gustavo Ibarra Pardo, en reunión que fue suspendida y reanudada el 27 de mayo de 2020, oportunidad en la que las partes designaron de común acuerdo como Árbitro principal al doctor José Felipe Navia Arroyo. Los 3 Árbitros designados aceptaron en la debida oportunidad.

3.3. El 6 de julio de 2020 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal (Acta No. 1), en la que mediante Auto No. 1 este se declaró legalmente instalado, nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres y fijó el lugar de funcionamiento y Secretaría. Adicionalmente, mediante Auto No. 2, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral.

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

- 3.4.** El 13 de julio de 2020, en forma oportuna, la convocante subsanó la demanda, escrito que fue admitido por el Tribunal mediante Auto No. 3 proferido el 14 de agosto de 2020 (Acta No. 2). En la misma providencia el Tribunal ordenó la notificación del auto admisorio, así como el correspondiente traslado.
- 3.5.** La notificación del auto admisorio de la demanda se surtió el 18 de agosto de 2020, en los términos del artículo 612 del C.G.P.
- 3.6.** El 28 de septiembre de 2020 la Secretaria del Tribunal aceptó su designación y ante la ausencia de observaciones de las partes al respecto, el 7 de octubre de 2020 tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal.
- 3.7.** El 30 de septiembre de 2020, en tiempo oportuno, la convocada contestó la demanda, formuló demanda de reconvención y adicionalmente presentó llamamiento en garantía contra Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A.
- 3.8.** Mediante Auto No. 5 proferido el 26 de octubre de 2020 (Acta No. 3), el Tribunal admitió la demanda de reconvención y ordenó su correspondiente traslado. En esa misma fecha, mediante Auto No. 6, el Tribunal admitió los llamamientos en garantía formulados por la convocada y ordenó el respectivo traslado.
- 3.9.** El 30 de octubre de 2020 las sociedades llamadas en garantía presentaron recurso de reposición contra el auto admisorio del llamamiento en garantía formulado en su contra por la convocada, el cual, previo pronunciamiento de esa parte, fue resuelto por el Tribunal mediante Auto No. 8 de 17 de noviembre de 2020 (Acta No. 4), confirmando la decisión adoptada.
- 3.10.** El 24 de noviembre de 2020, en la debida oportunidad, la convocante contestó la demanda de reconvención.
- 3.11.** Mediante Auto No. 9 de 3 de diciembre de 2020 (Acta No. 5) se corrió traslado de las excepciones formuladas en las contestaciones de la demanda principal y de la demanda de reconvención, así como de las objeciones a los juramentos

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

estimatorios propuestas respectivamente por las partes convocante y convocada en sus contestaciones. Ambas partes recorrieron oportunamente el traslado de las excepciones y objeciones formuladas.

- 3.12.** El 15 de diciembre de 2020, atendiendo la solicitud de las partes y las sociedades llamadas en garantía, el Tribunal decretó la suspensión del proceso hasta el 20 de enero de 2021.
- 3.13.** El 21 de enero de 2021, en forma oportuna, Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A. contestaron la demanda de reconvenición y el llamamiento en garantía formulados por la convocada.
- 3.14.** El 1º de febrero de 2021, en los términos del párrafo del artículo noveno del Decreto 806 de 2020, la convocada recorrió oportunamente el traslado de las excepciones formuladas por las sociedades llamadas en garantía. Posteriormente, el 15 de febrero de 2021, atendiendo la orden del Tribunal, se pronunció sobre la objeción al juramento estimatorio presentada por esas sociedades.
- 3.15.** El 23 de febrero de 2021, en forma previa a la audiencia de conciliación, la convocante presentó reforma de la demanda principal, la cual fue admitida mediante Auto No. 13 de 8 de abril de 2021 (Acta No. 8), decisión que fue objeto de recurso de reposición formulado por la convocada, y que, previo pronunciamiento de la convocante, fue resuelto favorablemente mediante Auto No. 14 de 6 de mayo de 2021 (Acta No. 9), con la decisión de rechazar la pretensión segunda de la demanda reformada por haberse formulado en forma adicional y novedosa, extemporáneamente.
- 3.16.** El 27 de mayo de 2021, en la debida oportunidad, la convocada contestó la demanda principal reformada.
- 3.17.** El 8 de junio de 2021, en los términos del párrafo del artículo noveno del Decreto 806 de 2020, la convocante recorrió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio formuladas en la contestación presentada por la convocada.

3.18. El 28 de junio de 2021 se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral, oportunidad en la que no se logró un acuerdo conciliatorio y, por tanto, mediante Auto No. 17 (Acta No. 11) el Tribunal fijó las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del proceso, montos que fueron pagados oportunamente por las partes y por las sociedades llamadas en garantía.

4. LA CONTROVERSIA

4.1. LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

4.1.1. Pretensiones

La convocante ha solicitado al Tribunal que en el laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas, de las cuales se destaca que la identificada como segunda fue rechazada por el Tribunal.

"PRIMERA: *Que se declare que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con las comunicaciones de FOMAG-Fiduprevisora del 18 de diciembre de 2019 con radicado 20190182884521 y oficio del 11 de febrero de 2020 con radicado 20200180568661, incumplió el contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A. y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, al modificar unilateral y arbitrariamente la forma de liquidar el recobro de los servicios médicos de alto costo, violando lo estipulado en la Adenda N° 1 de enero 12 de 2012, numeral No. 8 del Pliego de Condiciones del Proceso de Selección LP-FNPSM-003-2011, como también su propio oficio de 16 de octubre de 2012 (radicado 2012EE00097979), documentos contractuales a los cuales se sujetó la conducta de las partes durante toda la ejecución contractual.*

SEGUNDA: *Rechazada.*

TERCERA: *Que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con las comunicaciones de FOMAG-Fiduprevisora del*

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

18 de diciembre de 2019 con radicado 20190182884521 (Prueba No. 5) y oficio del 11 de febrero de 2020 con radicado 2020018056866-1 (Prueba No. 6*), vulneró los principios contractuales de la buena fe y confianza legítima, al desconocer de manera inconsulta, unilateral y arbitraria, el Pliego de Condiciones del Proceso de Selección LP-FNPSM - 003-2011, en especial la Adenda No. 1 de enero 12 de 2012, numeral 8 y su propio oficio del 16 de octubre de 2012, radicado 2012EE00097979.*

CUARTA: *Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones primera, segunda y tercera, se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de la suma de CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS NUEVE PESOS (\$55.774'743.209) a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5, por concepto de facturas por recobro de servicios de alto costo, adeudadas a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5, así mismo, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados respecto de cada una de esas obligaciones, señalados en el Anexo 1 de la reforma de la demanda (Prueba 23), en el cual se precisa para cada una de las facturas, su número, valor a pagar de la factura, fecha de radicado, fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del Apéndice 8 del Pliego de Condiciones y el conteo de los días de mora hasta el treinta y uno (31) de enero de 2021. Para un valor de intereses de TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DOCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$39.112.676.672) y una suma total entre capital e intereses de NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$94.887.419.881).*

Lo anterior, sin perjuicio de la actualización de los intereses moratorios liquidados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (artículo 56 Ley 1438 de 2011) que se causen hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

QUINTA: *Que se declare que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con las comunicaciones de FOMAG-FIDUPREVISORA del 26 de junio de 2019 con radicado 20190181414521, y el oficio del 11 de noviembre de*

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

2019 con radicado 20190182708801, incumplió el contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A. y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, al desconocer unilateral y arbitrariamente el documento de Aclaraciones N° 2 de enero 19 de 2012, que precisó el alcance de la Matriz 7 A-1 del Pliego de Condiciones del Proceso de Selección LP-FNPSM-003-2011 para el pago de los servicios de Salud Ocupacional, como también sus propias comunicaciones y decisiones notificadas durante la ejecución contractual a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5 hasta su terminación, mediante las cuales se actualizaron anualmente las metas para las actividades y tarifas de salud ocupacional, para cada vigencia y se autorizaron la realización de actividades solicitadas a demanda, especialmente las mediciones ambientales, documentos a los cuales se sujetó la conducta de las partes durante toda la ejecución contractual.

SEXTA: *Que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con las comunicaciones de FOMAG-FIDUPREVISORA del 26 de junio de 2019 con radicado 20190181414521 y el oficio del 11 de noviembre de 2019 con radicado 20190182708801, vulneró los principios contractuales de la buena fe y confianza legítima, al desconocer unilateral y arbitrariamente el documento de Aclaraciones N°2 de enero 19 de 2012, que precisó el alcance de la Matriz 7 A-1 de los Pliegos de Condiciones del Proceso de Selección LP-FNPSM - 003-2011 para el pago de los servicios de Salud Ocupacional, como también sus propias comunicaciones y decisiones notificadas durante la ejecución contractual a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5 hasta su terminación, mediante las cuales se actualizaron anualmente las metas para las actividades y las tarifas de salud ocupacional para cada vigencia, y se autorizaron la realización de actividades solicitadas a demanda, especialmente las mediciones ambientales , documentos a los cuales se sujetó la conducta de las partes durante toda la ejecución contractual.*

SÉPTIMA: *Que, como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones quinta y sexta, se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de la suma de TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS DIECISIETE PESOS (\$31.380´688.517) a favor de la UNIÓN*

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

TEMPORAL ORIENTE REGION 5, por concepto de facturas de servicios de Salud Ocupacional, relacionadas en el Anexo 2 de la reforma de la demanda (Prueba No 23), en el cual se precisa para cada una de las facturas, su número, valor a pagar de la factura, fecha de radicado, fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios teniendo en cuenta la regulación del literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 y artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011 y el conteo de los días de mora hasta el treinta y uno (31) de enero de 2021, para un valor de intereses de VEINTIUN MIL CIENTO SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DIEZ PESOS (\$ 21.171.882.010) y un total entre capital e intereses de CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$52.552.570.527).

Lo anterior, sin perjuicio de la actualización de los intereses moratorios liquidados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (artículo 56 Ley 1438 de 2011) que se causen hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

OCTAVA: *Que se declare que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, incumplió el contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A. y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, al no actualizar de manera oportuna las Bases de Datos de Pago, dejando de reconocer parte de las novedades con legítimo derecho a los servicios de salud, que fueron reportados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A en las bases de datos ME- RES 004 de forma mensual y oportuna por la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5 .*

NOVENA: *Que, como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión octava, se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de la suma de DOCE MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL TREINTA Y CUATRO PESOS (\$12.618'940.034) a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5, por concepto de novedades de usuarios no incluidos en las bases de datos de pago y consecuentemente no pagadas y al pago de los intereses moratorios liquidados*

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

mensualmente aplicando el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, contados a partir del primer día del mes siguiente de la notificación del reporte de la novedad con corte a 31 de enero de 2021, para un valor de intereses de VEINTIUN MIL MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$21.963.249.673) y un total entre capital e intereses de TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SIETE PESOS (\$34.582.189.707).

Lo anterior, sin perjuicio de la actualización de los intereses moratorios liquidados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (artículo 56 Ley 1438 de 2011) que se causen hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

DÉCIMA: *Que se declare que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO incumplió el contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, al no pagar oportunamente las facturas correspondientes a servicios ordenados en sentencias de tutelas, dentro de los términos definidos legal y contractualmente.*

DÉCIMA PRIMERA: *Que, como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión décima, se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de la suma de TRES MIL SETECIENTOS VEINTISEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS (\$3.726.153.607) a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5, por concepto de facturas de servicios ordenados en sentencias de tutela, relacionadas en el Anexo 3 de la reforma de la demanda (Prueba No 23), en el cual se precisa para cada una de las facturas, su número, valor a pagar de la factura, fecha de radicado, fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios teniendo en cuenta la regulación del literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 y el conteo de los días de mora hasta el treinta y uno (31) de enero de 2021, para un valor de intereses de TRES MIL OCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS (\$3.008.598.305) y un total entre capital e intereses*

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$ 6.734.751.912).

Lo anterior, sin perjuicio de la actualización de los intereses moratorios liquidados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (artículo 56 Ley 1438 de 2011) que se causen hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

DÉCIMA SEGUNDA: *Que se declare que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO incumplió el contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, al no pagar oportunamente las facturas correspondientes a servicios de Promoción y Prevención, que ya habían surtido y finalizado el proceso de auditoría.*

DÉCIMA TERCERA: *Que, como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión decimosegunda, se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de la suma de DOS MIL TRESCIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$ 2.312.837.535) a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5, señalados en el Anexo No.4 de la reforma de la demanda (Prueba 23), en el cual se precisa para cada una de las facturas, su número, valor a pagar de la factura, fecha de radicado, fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011 y el conteo de los días de mora con corte al treinta y uno (31) de enero de 2021, aplicando la tasa prevista en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, para un valor de intereses moratorios de MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$1.248.214.779) y un total entre capital e intereses de TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CATORCE PESOS (\$3.561.052.314).*

Lo anterior, sin perjuicio de la actualización de los intereses moratorios liquidados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (artículo 56 Ley 1438 de 2011) que se causen hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

DÉCIMA CUARTA: *Que se declare que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO incumplió el contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, al no pagar oportunamente el saldo a favor de la Unión Temporal Oriente Región 5, definido en concepto de auditoría de segundo orden realizado por FOMAG- FIDUPREVISORA a facturas de alto costo de mayo de 2012 a septiembre de 2013, como consta en acta de conciliación de fecha diecisiete (17) de abril del 2017, ratificado en el acta de Inventario de facturas en proceso de pago de Julio 27 del 2018 suscrita entre las partes.*

DÉCIMA QUINTA: *Que, como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión decimocuarta, se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de la suma de UN MIL DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS. (\$1.017'564.311), a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5 por concepto de saldo a su favor en auditoria de segundo orden realizado a facturas de alto costo, más los intereses moratorios sobre dicha suma tomando en consideración que el contrato no fue liquidado según lo estipulado en la cláusula décimo séptima del contrato, esto es, seis meses después de su terminación que ocurrió el 28 de febrero de 2018, intereses liquidados a partir del 1 de septiembre de 2018 con corte al 31 de enero de 2021, aplicando la tasa prevista en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, para un valor de intereses de QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$574.369.967) y una suma total entre capital e intereses de MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$1.591.934.278).*

Lo anterior, sin perjuicio de la actualización de los intereses moratorios liquidados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (artículo 56 Ley 1438 de 2011) que se causen hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

DÉCIMA SEXTA: *Que se declare que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO incumplió el contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, al no haber liquidado el contrato en el término estipulado en la cláusula décimo séptima del contrato, esto es, seis meses después de la terminación del contrato el 28 de febrero de 2018.*

DÉCIMA SÉPTIMA: *Que, como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión decimosexta, se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a la devolución a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5 de la retención de la última cápita del contrato por un valor de DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$17.259.871.516) a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5, más el ajuste de MIL DOSCIENTOS VENTIUN MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$1.221.415.965) por concepto del incremento de la UPCM correspondiente a la cápita del mes de febrero del 2018, para una cápita total de (\$18.481.287.481), más los intereses moratorios causados a partir de la fecha en que debió liquidarse el contrato, esto es, seis meses después de su terminación el 28 de febrero de 2018, liquidados desde el 1 de septiembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2021 (Anexo N° 5), aplicando la tasa prevista en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, para una suma por intereses de DIEZ MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$10.345.883.482) y un total de capital e intereses de VENTIOCHO MIL OCHOCIENTOS VENTISIETE MILLONES CIENTO SETENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$28.827.170.963).*

Lo anterior, sin perjuicio de la actualización de los intereses moratorios liquidados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (artículo 56 Ley 1438 de 2011) que se causen hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

DÉCIMA OCTAVA: *Se solicita al Tribunal ordenar la liquidación judicial del contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 12076-006-2012 celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUPREVISORA S.A y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, incluyendo las sumas por concepto de las condenas solicitadas en las pretensiones anteriores y ordenadas por el Tribunal.*

DÉCIMA NOVENA: *Que se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a cumplir el laudo arbitral dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la fecha de su notificación.*

VIGÉSIMA: *Que se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, los intereses comerciales sobre el monto total de las condenas impuestas en el laudo arbitral, desde la fecha en que se notifique el laudo arbitral y hasta aquella en que efectivamente se produzca el pago de las condenas impuestas a favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5.*

VIGÉSIMA PRIMERA : *Condenar a la entidad demandada al pago de las costas del proceso arbitral teniendo en cuenta lo acordado en la cláusula compromisoria, más las agencias en derecho.”*

4.1.2 Hechos

La demanda reformada contiene 49 hechos clasificados en las siguientes secciones:

- Antecedentes contractuales.
- Controversia referente al pago de los servicios de las enfermedades de alto costo.
- Hechos referentes a la controversia sobre salud ocupacional.
- Hechos referentes a la controversia sobre las novedades de bases de datos.
- Hechos referentes a la controversia por el pago de tutelas.
- Hechos relacionados con el pago de las facturas de promoción y prevención.
- Hecho relacionado al pago pendiente de saldo de auditoría de alto costo a favor de la Unión Temporal Oriente Región 5.
- Hecho relacionado al pago de la última cápita.
- Hechos relacionados con la no liquidación del contrato.

4.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES

4.2.1 Pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones

La convocada contestó oportunamente la demanda reformada y manifestó que algunos de los hechos son ciertos, otros no y algunos no constituyen hechos como tal. Adicionalmente se opuso a todas las pretensiones y objetó el juramento estimatorio.

4.2.2 Las excepciones formuladas

La convocada formuló las siguientes excepciones:

"Primera excepción.- Prescripción del derecho al cobro de facturas.

Segunda excepción.- Caducidad del medio de control.

Tercera excepción.- Excepción de contrato no cumplido.

Cuarta excepción.- Los plazos de la Ley 1438 de 2011 y del Decreto 4747 de 2007 no son aplicables al régimen de pagos del Contrato.

Quinta excepción.- Ausencia del derecho a obtener el pago las facturas reclamadas por la UNIÓN TEMPORAL.

Sexta excepción.- La confianza legítima o la regla del "venire contra factum proprium" no tienen la capacidad de avalar o purgar situaciones contrarias a derecho.

Séptima excepción.- No hubo modificación unilateral ni arbitraria de la base para habilitar los reembolsos de alto costo, ni lesión de la buena fe ni de la confianza legítima. Ausencia del derecho al pago de facturas de alto costo.

Octava excepción.- Ausencia de nexo causal entre el alegado incumplimiento por alto costo y el daño reclamado.

Novena excepción.- Ausencia de incumplimiento contractual en lo que respecta al pago de servicios de salud ocupacional.

Décima excepción.- No se emitieron nuevas matrices 7A-1 durante la ejecución del Contrato.

Undécima excepción.- Una remota condena al pago de 5 facturas de salud ocupacional, no puede ser consecuencia de la prosperidad de las pretensiones quinta y sexta.

Duodécima excepción.- Ausencia de incumplimiento contractual por el supuesto subregistro de usuarios o novedades.

Décima tercera excepción.- Ausencia del derecho al pago de intereses moratorios por el supuesto subregistro de novedades.

Décima cuarta excepción.- Ausencia de incumplimiento contractual por descontar o retirar de las bases de datos a los multiafiliados (cotizantes en el SGSSS y beneficiarios en el FOMAG).

Décima quinta excepción.- Ausencia del derecho al pago de las facturas de tutela reclamadas.

Décima sexta excepción.- Improcedencia de cobrar por doble vía (ordinaria y ejecutiva) las mismas facturas de servicios de alto costo y de recobro de tutelas.

Décima séptima excepción.- Ausencia del derecho al pago de las facturas de promoción y prevención reclamadas.

Décima octava excepción.- Inexistencia de saldo a favor de la Convocante por auditoría de segundo orden a facturas de alto costo.

Décima novena excepción.- Ausencia de responsabilidad contractual por la falta de liquidación del Contrato: el FOMAG propuso un proyecto de acta de liquidación bilateral que no se perfeccionó porque no alcanzó consenso.

Vigésima excepción.- Ausencia del derecho al pago de la última cápita del Contrato y de los saldos finales del mismo.

Vigésima primera excepción.- La cápita retenida no corresponde al valor reclamado por la UNIÓN TEMPORAL.

Vigésima segunda excepción.- Ausencia del derecho a obtener el reconocimiento de intereses moratorios. In illiquidis mora non fit.

Vigésima tercera excepción.- Ausencia del derecho a que se liquide el Contrato en los términos propuestos por la UNIÓN TEMPORAL.

Vigésima cuarta excepción.- Compensación.

Vigésima quinta excepción.- Prescripción de cualquier otro derecho.

Vigésima sexta excepción.- Genérica.”

4.3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

4.3.1 LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.3.1.1 Pretensiones

En la demanda de reconvencción formulada, la convocada ha solicitado al Tribunal que en el laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Pretensiones relacionadas con el derecho del FOMAG al reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada

1.1. Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 incumplió los acuerdos especiales de reconocimiento y pago al no reembolsar el valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada en virtud de tales acuerdos y de los memorandos de pago emitidos.

1.1.1. *En subsidio de lo anterior, que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho al reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada en virtud de acuerdos especiales de reconocimiento y pago y de los memorandos de pago emitidos.*

1.1.2. *En subsidio de lo anterior, que se declare que por virtud de los principios de buena fe, corrección y justicia contractual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho a recuperar de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 el valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada en virtud de acuerdos especiales de reconocimiento y pago y de los memorandos de pago emitidos.*

1.1.3. *En subsidio de lo anterior, declarar que hay enriquecimiento sin justa causa a favor de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 y en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, al percibir aquella una retribución ajena a la pactada por las facturas de alto costo con pago anticipado.*

Condenatorias:

1.2. *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada en virtud de acuerdos especiales de reconocimiento y pago y de los memorandos de pago emitidos, en la cifra que resulte probada en el proceso.*

1.3. *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de intereses moratorios a la tasa de interés más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia o a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, desde la fecha de notificación de los resultados de la auditoría hasta que se verifique el pago efectivo.*

1.3.1. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de intereses remuneratorios a la tasa de interés*

certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde la fecha de notificación de los resultados de la auditoría hasta que se verifique el pago efectivo.

1.3.2. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de la indexación o corrección monetaria, desde la fecha de notificación de los resultados de la auditoría hasta que se verifique el pago efectivo.*

1.3.3. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijar el Tribunal.*

2. Pretensiones relacionadas con la base del 15% para calcular los reembolsos de alto costo

Declarativas

2.1. *Que se declare que, con fundamento en lo pactado en la Cláusula Octava del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012 y documentos precontractuales, los valores reconocidos, tanto por capitación como por evento, son con cargo a la UPCM, con la cual se garantiza la totalidad de los servicios de salud señalados en el Pliego de Condiciones.*

2.2. *Que se declare que, conforme a la segunda viñeta de la Cláusula Octava del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012 y documentos precontractuales, la UNIÓN TEMPORAL podía solicitar reembolsos al Fondo Único de Alto Costo para cubrir aquellos rubros que sobrepasaren el 15% de la UPCM resultado de la atención de las patologías determinadas como de Alto Costo.*

2.3. *Que se declare que la base correcta a partir de la cual procedían los reembolsos de los servicios de alto costo es el 15% de la UPCM y no el 15% de la UPC del régimen contributivo.*

2.4. *Que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho a la devolución de los valores pagados en exceso por el indebido cálculo de la base para efectuar los reembolsos de alto costo.*

2.4.1. *En subsidio de la pretensión anterior, que se declare que se configuró un pago de lo no debido en perjuicio del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y en favor de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5, representado en los valores pagados en exceso por el indebido cálculo de la base para efectuar los reembolsos de alto costo.*

2.4.2. *En subsidio de lo anterior, que se declare que por virtud de los principios de buena fe, corrección y justicia contractual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho a recuperar de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 los valores pagados en exceso por el indebido cálculo de la base para efectuar los reembolsos de alto costo.*

2.4.3. *En subsidio de lo anterior, que se declare la existencia de enriquecimiento sin justa causa a favor de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 y en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, al percibir la primera una retribución carente de causa jurídica, representada en los valores pagados en exceso por el indebido cálculo de la base para efectuar los reembolsos de alto costo.*

Condenatorias

2.5. *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 a pagar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor correspondiente a las sumas pagadas en exceso por el indebido cálculo de la base para efectuar los reembolsos de alto costo.*

2.6. *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de intereses moratorios a la tasa de interés más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia o a la tasa de interés*

moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, desde la fecha de pago de los reembolsos de alto costo y hasta que se verifique el pago efectivo.

2.6.1. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de intereses remuneratorios a la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde la fecha de pago de los reembolsos de alto costo y hasta que se verifique el pago efectivo.*

2.6.2. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de la indexación o corrección monetaria, desde la fecha de pago de los reembolsos de alto costo y hasta que se verifique el pago efectivo.*

2.6.3. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijar el Tribunal.*

3. Pretensiones relacionadas con el derecho del FOMAG a la devolución de valores pagados en exceso por capitación

Declarativas

3.1. *Que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, tiene derecho a la devolución de los valores pagados en exceso por capitación a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5, representados en (i) mayores valores detectados con ocasión de la depuración de bases de datos y (ii) el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016, 2017 y 2018.*

3.1.1. *En subsidio de lo anterior, que se declare que se configuró un pago de lo no debido en perjuicio del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y en favor de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5, por capitación, representado en (i) mayores valores detectados con ocasión de la depuración de bases de datos y (ii) el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016, 2017 y 2018.*

3.1.2. *En subsidio de lo anterior, que se declare que por virtud de los principios de buena fe, corrección y justicia contractual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho a recuperar de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 los valores pagados en exceso por capitación, representados en (i) mayores valores detectados con ocasión de la depuración de bases de datos y (ii) el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016, 2017 y 2018.*

3.1.3. *En subsidio de lo anterior, que se declare la existencia de enriquecimiento sin justa causa a favor de la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 y en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, al percibir la primera una retribución carente de causa jurídica, representada en (i) mayores valores detectados con ocasión de la depuración de bases de datos y (ii) el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016, 2017 y 2018.*

Condenatorias

3.2. *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 a pagar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor correspondiente a las sumas pagadas en exceso por capitación, representadas en (i) mayores valores detectados con ocasión de la depuración de bases de datos y (ii) el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016, 2017 y 2018.*

3.3. *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de intereses moratorios a la tasa de interés más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia o a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, desde la fecha de pago de las cápitás y hasta que se verifique el pago efectivo.*

3.3.1. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de intereses remuneratorios a la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde la fecha de pago de las cápitás y hasta que se verifique el pago efectivo.*

3.3.2. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de la indexación o corrección monetaria, desde la fecha de pago de las cápitas y hasta que se verifique el pago efectivo.*

3.3.3. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijar el Tribunal.*

4. Pretensión relacionada con reclamos de terceros por multifiliación

4.1. *En el evento que el H. Tribunal considere que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG no debía descontar los derechos económicos relacionados con los usuarios multifiliados o que no tiene derecho a la devolución de las cápitas de multifiliados, que se declare que la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 tiene la obligación de atender y reconocer las reclamaciones de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud por tales usuarios.*

5. Pretensiones relacionadas con el tope de actividades máximas para los servicios de Salud Ocupacional

Declarativas

5.1. *Que se declare que, conforme a la Cláusula Octava del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012, a la Matriz 7A del Pliego de Condiciones y documentos precontractuales, las actividades de Salud Ocupacional tienen los topes máximos definidos en la Matriz 7A.*

5.2. *Que, en consecuencia, se declare que la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 no tiene derecho al reconocimiento y pago de aquellas actividades que superen los topes máximos.*

6. Pretensiones relacionadas con el pago de fallos judiciales a favor de usuarios afiliados a la Unión Temporal, emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud

Declarativas

6.1. *Que se declare que en los términos del Parágrafo Cuarto de la Cláusula 35 del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-006-2012, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho a repetir contra la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5, por el valor pagado con ocasión de los fallos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud, y los que en lo sucesivo se causen.*

6.1.1. *En subsidio de lo anterior, que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, tiene derecho al reembolso del valor pagado con ocasión de los fallos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud, y los que en lo sucesivo se causen.*

Condenatorias

6.2. *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 a reembolsar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor que esta última se vio obligada a pagar con ocasión de los fallos ya referidos, en la cifra que resulte probada en el proceso, y las que en lo sucesivo se causen.*

6.3. *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 a pagar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor correspondiente a los intereses moratorios, a la tasa de interés más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde la fecha de pago al tercero hasta que se verifique el pago de la condena.*

6.3.1. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 a pagar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor correspondiente a los intereses remuneratorios desde la fecha de pago al tercero hasta que se verifique el pago de la condena.*

6.3.2. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 a pagar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor correspondiente a la indexación o corrección*

monetaria, desde la fecha de pago al tercero hasta que se verifique el pago de la condena.

6.3.3. *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijar el Tribunal.*

7. Pretensiones relacionadas con la falta de entrega de paz y salvo con la red contratada

Declarativa

7.1. *Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-006-2012, al omitir su obligación de entregar la paz y salvo con la red contratada.*

De condena o consecuencias

7.2. *Que se ordene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 entregar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el paz y salvo con la red contratada.*

7.3. *Que como consecuencia del referido incumplimiento, se imponga multa a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5, en el porcentaje establecido en el subnumeral 5º del numeral 3º del Reglamento Apéndice 1B del Pliego de Condiciones, denominado "REGLAMENTO PARA IMPOSICION DE SANCIONES EN LOS CONTRATOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO", esto es, "5. Por no presentar oportunamente los documentos, informes y demás requerimientos solicitados por el contratante, el uno por ciento (1%) del valor de un mes del contrato".*

8. Pretensiones relacionadas con la liquidación del Contrato

Declarativas

8.1. *Que se liquide parcialmente el Contrato de Prestación de Servicios Medico-Asistenciales No. 12076-006-2012 del 30 de abril de 2012, realizando el balance financiero que resulte probado en el proceso, declarando que la liquidación es parcial en tanto que existen materias que por su naturaleza no pueden ser incluidas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG en su demanda.*

8.1.1. *En subsidio de lo anterior, liquidar el Contrato de Prestación de Servicios Medico-Asistenciales No. 12076-006-2012 del 30 de abril de 2012, realizando el balance financiero que resulte probado en el proceso, declarando que, en todo caso, quedan por fuera de dicha liquidación las materias que por su naturaleza no pueden ser incluidas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG en su demanda.*

De condena

8.2. *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 a pagar los saldos resultantes de la liquidación, que son los mismos a que se refieren las pretensiones de esta demanda.*

9. Otras pretensiones

9.1. *Que se condene en costas y agencias en derecho a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5.*

9.2. *Que se declare que todas las condenas que se impongan a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 pueden cobrarse de manera solidaria a todos los sujetos de derecho que la integran, salvo las multas, frente a las cuales se pide declarar que su cobro podrá realizarse a los sujetos que la integran en atención a su participación en la estructura plural.”*

4.3.1.2 Hechos

La demanda de reconvención contiene 110 hechos clasificados en las siguientes secciones:

- Hechos relacionados con la licitación pública y la celebración del contrato.
- Hechos relacionados con el derecho del FOMAG al reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada.
- Hechos relacionados con las pretensiones sobre la base del 15% para calcular los reembolsos de alto costo.
- Hechos relacionados con el derecho del FOMAG a la devolución de valores pagados en exceso por capitación.
- Hechos relacionados con las pretensiones relacionadas con reclamos de terceros por multifiliación.
- Hechos relacionados con el tope de actividades máximas para Salud Ocupacional.
- Hechos relacionados con el pago de fallos judiciales a favor de usuarios afiliados a la Unión Temporal, emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud.
- Hechos relacionados con la falta de entrega del paz y salvo con la red contratada.
- Hechos relacionados con la liquidación del Contrato.

4.3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES

4.3.2.1 Pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones

La Unión Temporal contestó oportunamente la demanda de reconvencción y manifestó que algunos de los hechos son ciertos y otros no lo son. Adicionalmente se opuso a todas las pretensiones y objetó el juramento estimatorio.

4.3.2.2 Las excepciones formuladas

La Unión Temporal formuló las siguientes excepciones:

"PRIMERA EXCEPCIÓN. Las pretensiones de la demanda de reconvencción violan el principio de la buena fe contractual de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

SEGUNDA EXCEPCIÓN. Violación del principio de venir contra sus propios actos y confianza legítima.

TERCERA EXCEPCIÓN. La ilegalidad de las glosas extemporáneas.

CUARTA EXCEPCIÓN. Contrato incumplido por parte de FOMAG - FIDUPREVISORA en lo referente a los reembolsos por los servicios de alto costo.

QUINTA EXCEPCIÓN. Incumplimiento contractual del FOMAG – FIDUPREVISORA de las estipulaciones referentes a los servicios de salud ocupacional.

SEXTA EXCEPCIÓN: Inaplicabilidad e ineficacia de la cláusula octava del contrato No. 12076-006-2012 celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal Oriente Región 5., en la parte que estipuló: "...DE LA UPCM...".

SÉPTIMA EXCEPCIÓN: Inaplicabilidad e ineficacia de la cláusula octava del contrato No. 12076-006-2012 celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal Oriente Región 5., en la parte del párrafo primero que estipuló "...No se aplicará ningún incremento extraordinario que se haga a la UPC del Régimen Contributivo por parte de la CRES como resultado de inclusión de servicios al POS siempre y cuando no estén cubiertos tampoco por el Plan de Beneficios del Magisterio".

OCTAVA EXCEPCIÓN: Genérica."

4.3.3 EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL FOMAG CONTRA SEGUROS CONFIANZA S.A. Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

4.3.3.1 Pretensiones

En el llamamiento en garantía formulado, la convocada solicitó al Tribunal que en el laudo se efectúen la siguiente declaración, así como la siguiente condena:

"PRIMERA: Condenar a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - SEGUROS CONFIANZA S.A. y a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en proporción al porcentaje de coaseguro, al pago de las condenas que se impusieron a la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5, conforme a lo pactado en el contrato de seguro

instrumentado en la póliza única de cumplimiento No. 18GU047858, dentro de los límites asegurados.

SEGUNDA: Condenar a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - SEGUROS CONFIANZA S.A. y a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en proporción al porcentaje de coaseguro, al pago de las costas y agencias en derecho del proceso arbitral y del llamamiento en garantía.”

4.3.3.2 Hechos

El llamamiento en garantía contiene 5 hechos referidos a las siguientes temáticas:

- El contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-006-2012 suscrito el 30 de abril de 2020.
- La póliza de cumplimiento otorgada por Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Seguros Confianza S.A. en coaseguro con Seguros Generales Suramericana S.A.

4.3.4 CONTESTACIÓN DE CONFIANZA S.A. Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES

4.3.4.1 Pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones de un lado de la demanda de reconvención y de otro del llamamiento en garantía

Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A. contestaron en un único escrito la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía.

Respecto de la demanda de reconvención manifestaron que algunos de los hechos son ciertos, otros no les constan y algunos no constituyen hechos como tal. Adicionalmente se opusieron a todas las pretensiones.

En cuanto al llamamiento en garantía manifestaron que algunos de los hechos son ciertos y otros no. Adicionalmente se opusieron a todas las pretensiones y objetaron el juramento estimatorio.

4.3.4.2 Las excepciones formuladas

Respecto de la demanda de reconvención, Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A. formularon las siguientes excepciones:

"EXCEPCIONES DE MÉRITO COMUNES A TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

1. Coadyuvancia de las excepciones que frente a la demanda de reconvención interpuso la Unión Temporal.

2. Violación del principio de confianza legítima y buena fe contractual.

3. Prevalen las cláusulas que reflejen la voluntad de las partes.

4. El contrato debe ser interpretado de manera sistemática.

5. El contrato debe ser interpretado según la aplicación práctica que le hayan dado las partes.

6. Las cláusulas ambiguas del contrato deben interpretarse en contra de FOMAG-Fiduprevisora.

7. Excepción de contrato no cumplido.

8. Excepción genérica.

EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS AL REEMBOLSO DEL VALOR DE LAS GLOSAS DE LAS FACTURAS DE ALTO COSTO:

1. FOMAG-Fiduprevisora estaba obligada a auditar y supervisar el contrato, lo cual fue incumplido.

2. Extemporaneidad de las glosas realizadas por FOMAG-Fiduprevisora.

EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS A LA BASE DEL 15% PARA CALCULAR LOS REEMBOLSOS DE ALTO COSTO – Los servicios de alto costo se liquidaron y pagaron de acuerdo a las estipulaciones contractuales.

EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS AL DERECHO DEL FOMAG-FIDUPREVISORA A LA DEVOLUCIÓN DE VALORES PAGADOS EN EXCESO POR CAPITACIÓN – La obligación de administrar y consolidar las bases de datos correspondía a FOMAG-Fiduprevisora.

EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS A LOS RECLAMOS DE TERCEROS POR MULTIAFILIACIÓN:

1. Prevalencia del régimen de excepción.

2. La Unión Temporal no contaba con las herramientas necesarias para verificar la multiafiliación.

EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS AL TOPE DE ACTIVIDADES MÁXIMAS PARA LOS SERVICIOS DE SALUD OCUPACIONAL:

1. Los servicios de Salud Ocupacional se liquidaron y pagaron de acuerdo con las estipulaciones contractuales – El número de actividades podía ser superior al estimado en la Matriz 7ª.

2. Extemporaneidad de las glosas realizadas por FOMAG-Fiduprevisora.

EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS AL PAGO DE FALLOS JUDICIALES A FAVOR DE USUARIOS AFILIADOS A LA UNIÓN TEMPORAL, EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS A LA FALTA DE ENTREGA DE PAZ Y SALVO CON LA RED CONTRATADA:

1. Excepción de contrato no cumplido.

2. inexistencia de perjuicio.

*EXCEPCIONES DE MÉRITO RELATIVAS A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO –
Extemporaneidad en la liquidación bilateral del contrato.”*

Respecto del llamamiento en garantía, Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A. formularon las siguientes excepciones:

"1. Excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales, que se ejerció en contra de LAS ASEGURADORAS mediante el llamamiento en garantía.

2. Excepción de prescripción extintiva de los derechos que eventualmente pudieron surgir del contrato de seguro instrumentado en la póliza No. GU047858.

*3. Excepción de terminación del contrato de seguro por violación de la garantía.
4. Excepción de inexistencia de obligación en cabeza de las AEGURADORAS – ausencia de cobertura por no realización del riesgo asegurado en el amparo de cumplimiento.*

5. Excepción de inexistencia de cobertura – No realización del riesgo asegurado en el amparo de pago anticipado.

6. Excepción de ausencia de cobertura de lucro cesante.

7. Excepción – Culpa grave del asegurado (FOMAG-FIDUPREVISORA) en la materia de la presente litis.

8. Excepción de incumplimiento de FOMAG-FIDUPREVISORA del deber de evitar el daño.

9. Excepción – Inexigibilidad de la obligación.

10. Excepción – No demostración del siniestro ni de su cuantía.

- 11. Excepción – Vulneración del principio indemnizatorio.*
- 12. Excepción de compensación de obligaciones.*
- 13. Excepción – Límite de la suma asegurada.*
- 14. Excepción – Los amparos de la póliza no son acumulables.*
- 15. Excepción – Inexistencia de solidaridad – Coaseguro.*
- 16. Excepción – Improcedencia de intereses moratorios.*
- 17. Excepción genérica.”*

5 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA

5.1 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 4 de agosto de 2021 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la ley, mediante Auto No. 19 (Acta No. 13) el Tribunal se declaró competente para conocer de las controversias plasmadas en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención, en el llamamiento en garantía y en sus respectivas contestaciones, con excepción de la pretensión segunda de la demanda reformada que fue rechazada mediante Auto No. 14 de 6 de mayo de 2021. Tanto la parte convocada como las sociedades llamadas en garantía interpusieron recursos de reposición contra el mencionado auto, los cuales fueron negados por el Tribunal en la misma fecha.

5.2 ETAPA PROBATORIA

5.2.1 Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes y por

las sociedades llamadas en garantía en las oportunidades procesales establecidas en la ley.

5.2.2 Documentos solicitados mediante oficio

5.2.2.1 Se ofició a la Secretaría del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG para que remitiera con destino al expediente copias de las actas de dicho Consejo Directivo de los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, pruebas que fueron aportadas e incorporadas al expediente.

5.2.2.2 Se ofició a las sociedades llamadas en garantía Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A. para que aportaran las condiciones generales de la póliza de cumplimiento No. 18GU047858, información que fue allegada e incorporada al expediente.

5.2.3 Exhibición de documentos

Se decretó una exhibición de documentos a cargo de Fundación Oftalmológica de Santander – FOSCAL, Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., Colombiana de Salud S.A. y Nueva Clínica Riohacha S.A.S., quienes exhibieron sus estados financieros básicos para los ejercicios 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, con sus notas y la correspondiente certificación y dictamen del revisor fiscal, información que fue incorporada al expediente.

5.2.4 Pruebas por informe

Se decretaron pruebas por informe para ser rendidas por:

5.2.4.1 Ministro de Salud y Protección Social: el informe fue rendido el 10 de septiembre de 2021 e incorporado al expediente.

5.2.4.2 Representante legal de la Unión Temporal Oriente Región 5: el informe fue rendido el 30 de septiembre de 2021 e incorporado al expediente.

5.2.4.3 Representante legal del FOMAG: el informe fue rendido en las fechas 15 y 28 de septiembre de 2021 e incorporado al expediente.

5.2.5 Prueba trasladada

Se decretó como prueba trasladada el fallo de 19 de enero de 2016 emitido en primera instancia por la Superintendencia Nacional de Salud dentro del proceso jurisdiccional J-2015-0002, en el que actuó como demandante la señora Rosa Aminta Bermon Arocha y como demandada Fiduciaria La Previsora S.A. y otros. La información fue remitida por la Superintendencia Nacional de Salud el 23 de septiembre de 2021 e incorporada al expediente.

5.2.6 Interrogatorio de parte

El 25 de agosto de 2021 (Acta No. 14) se practicó el interrogatorio de parte a cargo de la Unión Temporal, diligencia que fue atendida por el señor Jorge Ricardo León Franco en su calidad de representante legal.

5.2.7 Testimonios

Se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación, en las fechas que se señalan:

- 26 de agosto de 2021 (Acta No. 15): Jaime Abril Morales, José Fernando Arias Duarte y José Yesid Plazas.
- 31 de agosto de 2021 (Acta No. 16): Edwin Alberto Rodríguez Barrera.
- 1º de septiembre de 2021 (Acta No. 17): Luz Adriana Sánchez Mateus.
- 23 de septiembre de 2021 (Acta No. 18): Martha Camelo Calderón.

5.2.8 Dictamen pericial de parte

La convocante aportó un dictamen pericial financiero elaborado por la firma Íntegra Auditores Consultores S.A. En audiencia celebrada el 29 de septiembre de 2021 (Acta No. 19), los expertos Julio César Chaparro Castro, Bibiana Tovar Alonso, Carlos Arturo Sarmiento Limas, Leonardo Montaña Castañeda, Luis Alexander Urbina Ayure y Carlos Alberto Vargas Cárdenas, quienes elaboraron el dictamen, rindieron declaración sobre el contenido del mismo.

5.2.8.1 Dictamen pericial y mensaje del FOMAG

Mensaje del 30 de junio del 2022.- El 30 de junio de 2022 la parte convocada presentó una comunicación dirigida por el FOMAG a la oficina de abogados Negret Abogados y Consultores S.A., en la que se le remitió un laudo arbitral proferido el 17 de mayo de 2022 en el proceso convocado por Colombiana de Salud S.A., Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. y Fundación Oftalmológica de Santander – FOSCAL contra el FOMAG. En la comunicación se indica que el proceso tuvo como objeto el contrato de prestación de servicios médico asistenciales 12076-006-2012 y en el mismo el perito Íntegra Auditores Consultores S.A. rindió un dictamen. En dicho escrito el FOMAG solicita tener en cuenta para este proceso arbitral “*la información registrada en el Laudo radicado 124296 y en el informe pericial, técnico y financiero elaborado por INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A. Nit. 900.102.515-4 y aceptado en el Laudo Arbitral de marras*”, para lo cual acompaña como anexos la petición de recursos ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Laudo mencionado.

El Tribunal se abstiene de tener dicho laudo en cuenta, por las siguientes razones: En primer término, porque el escrito donde se solicita tener en cuenta su contenido, no procede directamente del apoderado con representación judicial de la convocada (arts.12 y 58 de la ley 1563 de 2012), ni está dirigido directamente a este Tribunal Arbitral. En segundo término, porque tampoco implica petición oportuna, decreto, traslado y contradicción legal de dichos medios probatorios (arts.31 ley 1563 de 2012 y arts.173 y 174 del C.G. del P.) lo cual es requerido para su valoración en el presente Laudo, por lo que tampoco entra el Tribunal a considerar los efectos de dicha providencia judicial, ni los derechos que le correspondan a dicha parte en el escenario y la oportunidad que fuere pertinente.

5.2.9 Dictamen pericial decretado por el Tribunal

La parte convocada solicitó el decreto de un dictamen pericial financiero y pidió al Tribunal la designación del respectivo perito, a efectos de lo cual el Tribunal designó a la perito Marcela Gómez Clark, quien rindió el correspondiente dictamen el 22 de noviembre de 2021 y las aclaraciones y complementaciones decretadas el 21 de enero de 2022.

5.2.10 Pruebas desistidas

Las siguientes pruebas decretadas no se practicaron por haber sido desistidas por la parte solicitante:

- Testimonios de Guillermo Alberto Boyacá y Miguel García Cancino.
- Oficio con destino al Ministerio de Educación Nacional con el fin de que aportara al expediente las actas de las sesiones del Consejo Directivo del FOMAG en las que se analizó o trató el tema relacionado con el incremento significativo de facturación de servicios de salud ocupacional en la etapa final del contrato.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 26 de abril de 2022 (Acta No. 26), las partes, las sociedades llamadas en garantía y el representante del Ministerio Público presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y aportaron los correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan, los cuales fueron incorporados al expediente.

7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

De conformidad con lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 491 de 2020, el término de duración del proceso es de 8 meses. Su cómputo inició a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite el 4 de agosto de 2021, con lo cual habría vencido el 4 de abril de 2022. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones del término del proceso:

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

Acta – Auto	Fechas de suspensión	Días hábiles
Acta No. 19 – Auto No. 28	13 de octubre a 20 de noviembre de 2021 (ambas fechas inclusive)	25
Acta No. 22 – Auto No. 31	23 de diciembre de 2021 a 30 de enero de 2022 (ambas fechas inclusive)	26
Acta No. 25 – Auto No. 36	23 de marzo a 25 de abril de 2022 (ambas fechas inclusive)	22
Acta No. 26 – Auto No. 37	27 de abril a 1º de julio de 2022 (ambas fechas inclusive)	44
Total días de suspensión		117

De acuerdo con el anterior reporte el proceso estuvo suspendido por 117 días hábiles que, sumados a los del término, permiten concluir que este vence el 26 de septiembre de 2022.

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. ANÁLISIS PREVIO

Primeramente procede el Tribunal a analizar los presupuestos procesales y la validez del proceso arbitral (Arts.38 y 58 de la Ley 1563 de 2012 y Art.42 num. 3, 5 y 6 y Art.278 del C.G.P.).

1.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Salvo la controversia que más adelante se indica, se encuentran plenamente satisfechos.

A. Determinación.

En efecto, se encuentran satisfechos en el presente proceso arbitral.

a.-General.-

El Tribunal registra cumplidos los siguientes presupuestos: El presupuesto del Juez, ya que en virtud de la cláusula compromisoria reseñada en los antecedentes, este Tribunal tiene "la jurisdicción arbitral" pertinente, así como "la competencia arbitral" relativa a la controversia sobre el contrato al cual accede, sin perjuicio de lo que más adelante se indica.

Así mismo, también se encuentra satisfecho el presupuesto de "**las partes**", tanto de la convocante y de la convocada, como de los llamados en garantías, porque cada una de ellas tiene la capacidad para ser parte, la de comparecer en juicio y la de hacerlo mediante apoderado, tal como aparece reseñado en los antecedentes. Ello incluye al FOMAG, que, como "Entidad Pública", no solo tiene capacidad contractual (Art.2º. Ley 80 de 1993 y Art.39, inciso 1º. Ley 498 de 1998), sino también capacidad procesal para ser parte en este proceso (Art.53, num.2, C.G.P.).

Igualmente se encuentra acreditado el presupuesto de **demanda en forma**, en las demandas principal, de reconvenición y de llamamiento en garantía, por reunir los requisitos legales, incluyendo su oportunidad, sin perjuicio de lo que más adelante se indica.

b.-Llamamiento en garantía.-

Así mismo, el Tribunal encuentra satisfecha la procedencia y los presupuestos procesales del llamamiento en garantía, contemplados en el parágrafo 1º. del Art.37 de la Ley 1563 de 2012, que fuera cuestionado por la llamada en garantía desde la admisión del presente proceso arbitral.

Primeramente precisa el Tribunal que si bien en el régimen inmediatamente anterior no estaba consagrado expresamente la procedencia del llamamiento en garantía recogido en el parágrafo 1º. del Art. 37 de la Ley 1563 de 2012 para la "*persona que ha garantizado el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato que contiene el pacto arbitral*", quedando dichos contratos celebrados en época anterior sujetos a dicho régimen, lo cierto es que a partir de la vigencia del citado parágrafo no solo se consagró su procedencia sino también su vigencia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

Sin embargo, ello obedece a que la **incorporación de la ley sustancial vigente al momento de la celebración** de un contrato descansa en que el mutuo acuerdo regulador del mismo tiene en cuenta dicha legislación como parte del contrato, sin perjuicio de la posterior aplicación inmediata de las normas procedimentales (Art.38 de la Ley 153 de 1887 y 13 del C.G.P.). Y por esta misma razón los convenios, como los de prórroga y de renovación de contrato, asimilados o equivalentes en su esencia a los contratos propiamente dichos (Art.1495 del C.Civil y Art.864 del C. de Co.), dentro de los cuales se encuentran los contratos de garantía, también incorporan, con el mismo fundamento, las leyes sustanciales vigentes al momento del mismo, sin perjuicio de la aplicación inmediata de las leyes procesales posteriores (Art.38 de la Ley 153 de 1887 y Art.13 del C.G.P.).

Siendo así las cosas, no le asistió ni aún le asiste razón a las llamadas en garantía en la inaplicación del llamamiento en garantía del parágrafo 1º. del Art. 37 citado al caso sub examine, en donde la póliza número GU047858 de 2012 fuera suscrita antes de la vigencia de la citada Ley 1563 de 2012, aunque fuera prorrogada desde el 2013 hasta el 2017, por las razones que a continuación se exponen:

En primer término, porque si bien la referida póliza fue expedida antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, también lo es que no se trata de una póliza que haya garantizado el cumplimiento íntegramente antes de la vigencia de la misma ley, de manera que le sea inaplicable los efectos del pacto arbitral del contrato cuyo cumplimiento garantizaba, tal como debe entenderse la jurisprudencia constitucional (recogida en sentencia C-170 de 2014), de acuerdo con el régimen anterior, sino que, por el contrario, se trata de **un contrato de seguro cuyos efectos no solamente fueron antes sino también dentro de la vigencia de la Ley 1563 de 2012**. Por lo tanto, no se trata de una póliza de seguro que se encuentre exonerada del pacto arbitral recogido en el contrato al cual garantizaba.

En segundo término, porque habiéndose celebrado dentro de la vigencia de la ley 1563 de 2012 numerosas "prórrogas", éstas como **convenios o contratos** (dentro de la concepción amplia recogida en el Art.864 del C. de Co.) que adoptan el contenido de un contrato anterior para darle vigencia hacia el futuro, como arriba se dijo, incorporaron **no solo la ley sustancial vigente** posteriormente sino que también permitieron la aplicación inmediata de la referida **disposición procesal** que consagró los efectos

vinculantes del pacto arbitral contenido en el contrato (en este caso médico-asistenciales) y la procedencia del llamamiento en garantía. Además, la controversia de fondo planteada en este llamamiento, se refiere sustancialmente a los efectos de la vigencia de dicha póliza de seguro no antes sino dentro de la vigencia de la referida ley, respecto a la eventual garantía de las aseguradoras, **no antes sino dentro de la vigencia de la misma ley, como en gracia de discusión lo reconoce la misma llamada en garantía.**

Por consiguiente, el Tribunal reitera la procedencia del referido llamamiento en garantía, y, desde luego, satisfechos los presupuestos procesales del mismo y, en especial, la demanda en forma que lo convocó.

c.- Ministerio Público y Defensa del Estado.-

También se ha hecho parte el agente del Ministerio Público correspondiente, así como ha sido notificada la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado - ANDJE.

B. Oportunidad del ejercicio de la acción.

Se trata de una condición fundamental especial en el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas de responsabilidad por el incumplimiento de contratos estatales sometidos a liquidación.

a. Condición fundamental.-

Como quiera que la oportunidad del ejercicio de la acción contenciosa administrativa que se ejerce en el presente proceso, constituye un "**plazo de caducidad**", esto es, el período dentro del cual debe ejercerse la acción contenciosa correspondiente, que también permite el ejercicio de la pretensión del caso, so pena de su extinción en caso contrario, acarrea la imposibilidad de mover el aparato de la jurisdiccional arbitral y de otorgar a su órgano la competencia pertinente, se hace necesario proceder a su verificación, al momento de su admisibilidad o al momento del fallo correspondiente, según que sea o no notoriamente determinable en aquel momento. (Infra No.2.3.A.a.2º)

b. Plazo y cómputo especial.-

Para ello la ley no solo fija claramente el plazo de ejercicio en “*dos (2) años*”, sino también su cómputo (incisos III, IV y V del lit.j del num.2 del Art.164 del C.PACA, modificado por la ley), a partir de la firma del acto de “*liquidación efectuada por mutuo acuerdo*”, de la “*ejecutoria del acto administrativo que la apruebe*” y “*en los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o de la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que lo disponga*”.

Sin embargo, en caso de que a la acción contenciosa contractual por incumplimiento atribuido a una Entidad Pública, se acumule la acción contractual contra la Aseguradora por ocurrencia del siniestro representado en el incumplimiento del contratista, es preciso no solo distinguir la caducidad de aquella acción, de la segunda, sino que la primera es regulada por las reglas del CPACA, en tanto que la segunda, deberá tener en cuenta la regulación mercantil y el contrato de seguro correspondiente⁽¹⁾, tal como se verá en su oportunidad (Infra No.2.3.A.a.3º., No.4.1.C.a.2º. y 5.2.B.b).

c. Naturaleza del plazo.-

En vista de que el plazo de caducidad tiene una naturaleza sustancial indispensable para la promoción procesal de dicha acción contencioso administrativa, ello también indica que tiene incidencia tanto en lo procesal como en lo sustancial, razón por la cual puede verificarse de una o de otra manera, tal como se expone a continuación.

d. Verificación inicial y final.-

Si bien el plazo legal de caducidad de “*dos (2) años*”, se cuenta, según la jurisprudencia contenciosa administrativa y arbitral (Infra No.4.1.C.a.2º.), a partir del momento en que se ha hecho oportunamente la liquidación convencional dentro del plazo acordado y, en su defecto, a partir del momento de la ejecutoria del auto que, dentro del plazo legal de

¹ Confr. Sentencia del 20 de febrero de 2020 y del 16 de julio de 2015 de la Secc. Tercera, Subsección A. Consejo de Estado.

dos (2) meses, aprueba la liquidación administrativa y, a falta de ella, aquel bienio comienza a contarse a partir del vencimiento de éste último plazo o, en su caso, el vencimiento del plazo de cuatro (4) meses, no es menos cierto que dicha verificación puede hacerse tanto en la admisibilidad de la demanda, como en la sentencia o Laudo correspondiente.

Lo uno, acontece cuando apareciendo absolutamente claro su vencimiento se establece la caducidad correspondiente; y lo otro ocurre, cuando no teniendo dicha claridad, se procede a la admisión del caso, sin perjuicio de que en la sentencia o laudo correspondiente vuelva a verificarse la oportunidad del ejercicio de dicha acción como excepción de mérito, declarable a petición de parte o de oficio.

Y esto último ocurre en aquellos casos en que se discute la existencia o no de liquidación, la oportunidad legal de la misma y sus efectos, tal como cuando se controvierte la formulación oportuna de una o varias pretensiones dentro de la reforma de una demanda, que, desde luego, en etapa anterior había sido admitida. Pues, en este evento, la admisión de una demanda o de su reforma, cuyo ejercicio fue considerado oportuno en su momento, también podrá verificarse de oficio o a petición de parte como excepción de mérito.

Lo anterior obedece a que en caso de no ser objetivamente determinable la **oportunidad o extemporaneidad** del ejercicio de la acción contenciosa al momento de su **admisibilidad**, porque sean inciertas o ambiguas las fechas que entran en juego o ello dependa de la práctica de algunas pruebas, o implique un juicio de fondo sobre el derecho sustancial invocado, reitera este Tribunal que dicho asunto **debe resolverse en el fallo o Laudo correspondiente**, donde, al decidirse de fondo la pretensión correspondiente, también habrá de resolverse la correspondiente excepción de mérito de caducidad y demás que aparezcan demostradas en el proceso.

e. Análisis del caso sub examine.-

De allí que, aun habiéndose decidido en el presente proceso arbitral la admisión de las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda, estimada como oportuna, ello no impide que sea indispensable proceder nuevamente en este Laudo al estudio de dicha

caducidad analizada en su debida oportunidad, pero ahora lo será, tal como ha sido planteada, como excepción de mérito (Infra No.4.1.C.b.).

1.2 VALIDEZ Y CONTROL DE LEGALIDAD DEL TRÁMITE. REQUERIMIENTO JUDICIAL.

Seguidamente procede el Tribunal a verificar la validez y control del trámite adelantado, así como sus efectos relacionados con el requerimiento judicial.

1.2.1. Validez y legalidad. La demanda principal y la demanda de reconvenición presentada, fueron reformadas debidamente. Sin embargo, las objeciones hechas en su oportunidad sobre la inclusión en la reforma de la demanda principal de pretensiones que habían caducado, que fueron desestimadas en el campo procesal de la reforma de la demanda, también como en su oportunidad se dijo, serán nuevamente analizadas en el estudio de la caducidad correspondiente (Infra 4.1.C.b).

Así mismo, la demanda de llamamiento en garantía también ha sido tramitada conforme a la ley.

En lo demás, el Tribunal observa que el trámite se ha adelantado válidamente y ha sido verificado conforme al control de legalidad.

1.2.2.- Requerimiento judicial con la admisión de la demanda y su reforma. Es bien sabido que el requerimiento judicial es aquel acto del juez mediante el cual, de un lado, pone en conocimiento de una de las partes la pretensión o reclamación que exige a la otra para que la satisfaga, y, del otro, para que, además, la atienda tal como la solicita o en la forma que la controvierta y demuestre.

Y es por esta razón, por lo que dicho conocimiento de lo reclamado no solo se configura con la notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado, a su representante o a su apoderado judicial, o con la notificación personal del auto de citación que se hace a los terceros (Art. 240 del C.G.P.). Puesto que en ambos casos con dicha notificación no solo se hace saber al notificado lo reclamado, sino que también se le comunica la orden del juez de que satisfaga lo reclamado o, en su caso, lo controvierta,

demuestre y, si fuere el caso, lo satisfaga desde el momento en que fue conocido, en el evento de ser condenado.

De allí que el referido acto de **notificación personal** no solo ponga en conocimiento la reclamación pertinente, sino que también produzca “*el efecto del requerimiento para constituir en mora al deudor cuando la ley lo exija para tal fin*” (Art.94, inciso 2º., C.G.P.), esto es, que también produce el requerimiento judicial cuando no existe previamente término estipulado para el cumplimiento de la obligación, o no se trata de obligaciones que debieron ser ejecutadas o dadas en determinado tiempo (Art.1608 del C.Civil). Y ello acontece, de manera general, con aquellas obligaciones que, dada su incertidumbre jurídica de existencia y de oportunidad de cumplimiento, su reclamación no tiene exigibilidad previa, sino que ella se pone en conocimiento judicial para que se controvierta en el proceso y se proceda a determinar en la sentencia, con efecto de haberse puesto en conocimiento y ordenado su satisfacción desde la notificación del auto admisorio de la demanda inicial o de reconvención.

Sin embargo, si bien tales efectos, los de **puesta en conocimiento y los de mora**, se producen ordinariamente desde la **notificación del auto admisorio de la demanda inicial o de reconvención**, según el caso, no es menos cierto que habiendo reforma de la demanda inicial o de reconvención, dicho requerimiento judicial para la constitución en mora se produce desde la notificación del auto admisorio de la demanda inicial o de la reformada según que se trate de pretensión antigua contenida en aquella, o pretensión novedosa contenida en esta última.

Lo primero obedece a que si desde la demanda inicial que contiene la pretensión antigua reclamada, ya se conoce y ya se ha ordenado su satisfacción voluntaria, es lógico que dicho requerimiento judicial comience a producir efectos desde ese momento, tanto más cuanto la reforma de la demanda “posterior”, no sustituye, retira o produce el desistimiento de la demanda inicial. Pues si ella no desaparece, su admisión sigue produciendo los efectos de puesta en conocimiento y requerimiento para satisfacción voluntaria, para efecto del trabamamiento de la relación jurídico procesal entre las partes, así como para los efectos sustanciales de la mora (1ª.).

^{1a.} Consúltese Laudo Arbitral de CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. contra AL THE ICON SAS del 6 de abril de 2022 (No.1.2.1.) Cámara de Comercio de Bogotá. También puede consultarse el Laudo del 28-30-04 de 2020 de Unión Temporal 2- Magisalaud contra el Fomag.

En tanto que dicho requerimiento judicial solo se produce desde la admisión de la reforma de la demanda, cuando esta contiene "*pretensiones nuevas*", porque solo desde ese momento la otra parte conoce de dicha reclamación y de la orden para su satisfacción voluntaria o para controvertirla y, desde luego, para atenerse a los resultados de la sentencia que la decida.

2. ALCANCE Y REGULACIÓN DEL LITIGIO.

Primeramente el Tribunal verifica el alcance y regulación del litigio, para luego proceder al análisis y crítica probatoria pertinente.

2.1. ALCANCE DEL LITIGIO.

El presente proceso arbitral tiene por objeto resolver: De una parte, la controversia sobre el incumplimiento o cumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos asistenciales, generado por la demanda principal de la convocante contra la convocada por incumplimiento de ésta, y, a su vez, por la demanda de reconvención de esta última contra la primera, por incumplimiento, con sus correspondientes excepciones de mérito. Y de la otra, la controversia sobre la responsabilidad en el seguro, generada por la demanda de llamamiento en garantía de la convocada contra las compañías aseguradoras correspondientes, y sus excepciones de mérito.

Siendo así las cosas, entra ahora el Tribunal a precisar previamente las regulaciones sustanciales pertinentes.

2.2 REGULACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD.

A continuación, estima necesario el Tribunal hacer unas precisiones previas generales sobre dicho contrato y las acciones de responsabilidad que surgen del mismo.

2.2.1.- Generalidades del contrato de prestación de servicios de salud.- En este punto resulta indispensable tener claridad sobre los aspectos principales del contrato y sus efectos a fin de tenerlo en cuenta para la resolución de la controversia sub examine.

A. Contrato de prestación de servicios médico asistenciales.-

En lo que atañe al presente proceso se hace indispensable precisar su noción, clases, regulación y características.

a. Noción.-

En términos generales, el contrato de prestación de servicios médico asistenciales es aquel acuerdo en virtud del cual una de las partes, llamada contratista, conviene con otra, llamada contratante, para prestarle diversos servicios médico asistenciales en favor de ésta o de terceros, a cambio de una remuneración determinada o determinable.

b. Categorías.-

Dicho contrato puede ser de dos categorías, a saber: **Privado**, cuando se establece en relaciones de dos particulares para regular también intereses particulares, sin perjuicio de las limitaciones de orden o de interés público, tal como acontece con los celebrados entre prestadores de servicios con empresas particulares. **Y estatal**, cuando quiera que interviene alguna de las entidades estatales, tal como ocurre con los contratos en donde estas últimas contratan la prestación de servicios médicos asistenciales para sus correspondientes afiliados.

c. Regulación de los contratos estatales de prestación de servicios médico asistenciales.-

Mientras los contratos de prestación de servicios médico asistenciales **de carácter privado** se regulan exclusivamente por el derecho privado, sin perjuicio de los límites de orden público y las buenas costumbres y las restricciones de carácter estatal, como la de estar autorizados legalmente para prestar dichos servicios de manera pública, **los contratos estatales** de servicios médicos asistenciales se encuentran regulados, de manera mixta, esto es, por las normas especiales y las normas del derecho privado.

1º.- Estatuto contractual.- En relación con las primeras, le son aplicables no solo las normas recogidas por la ley 80 de 1993, sino también por aquellas normas especiales que regulan la contratación de la prestación de servicios médico asistenciales, entre otras, las del decreto 4747 de 2007 y la ley 1438 de 2011. Las primeras son aplicables a estos contratos no solo por disposición expresa, sino también por regulación implícita.

2º.- Reglamentación contractual de la prestación de servicios de salud.- En efecto, el citado decreto 4747 de 2007 no solo recoge una reglamentación de **dicha contratación**, distinta al régimen prestacional de carácter económico en materia de salud, sino que en forma expresa consagra en el artículo 2º. lo siguiente: "***Campo de aplicación. El presente decreto se aplica a los prestadores de servicios de salud y a toda entidad responsable del pago de servicios de salud. Cuando las entidades y las administradoras de regímenes especiales y de excepción suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud a quienes le sean aplicables el presente decreto, deberán cumplir todos los términos aquí establecidos***".

Por consiguiente, dicha aplicación se predica **de cualquier contrato de prestación de servicios de salud**, sea que una de las partes tenga el carácter de "*prestadores de servicios de salud*", o sea que uno de los contratantes tenga la calidad de "*entidad responsable de pago del servicio de salud*", incluyendo a entidades administradoras de regímenes especiales o de excepción.

3º.-Aplicación a las administradoras de servicios de salud (FOMAG).- Además, dicha regulación también resulta aplicable a **los contratos estatales** de prestación de servicios celebrados por administradoras de servicios:

De un lado, porque **el FOMAG no está excluido de la aplicación de dicha reglamentación**. Puesto que si bien este Fondo se encuentra excluido como régimen especial del sistema integral de seguridad social, en cuanto no hace parte de las Entidades, recursos y destinaciones señaladas para el otorgamiento de las **garantías generales, económicas y de salud** (Arts.279, inciso 2º. y Arts. 5º. y ss. de la Ley 100 de 1993); también lo es que, de acuerdo con la Ley 91 de 1989, se le reconoce autonomía para las "*prestaciones...compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*", esto es, autonomía patrimonial en lo referente a la integración, composición, recaudo,

destinación, gestión, responsabilidad, etc., a fin de desarrollar su fines especiales. **Pero en todo lo demás se sujeta al régimen general de dichos fondos con recursos públicos, especialmente, de un lado, al régimen especial y general de los contratos estatales** a que hemos hecho mención, y, del otro, a los regímenes especiales que regulan sus actividades particulares, como las contrataciones, prestaciones de salud, etc. Por lo que no siendo dicho decreto 4747 de 2007 un régimen prestacional que quede exceptuado, conforme lo dispone el Art.279 de la ley 100 de 1993, **sino un reglamento sobre contratos** de interés público de prestación de servicios, resulta lógico su aplicación general para aquellos en que interviene un prestador en favor de usuarios o en que interviene un fondo de administración con recursos públicos, **pues resultaría absurdo que se aplicara para aquellos prestadores privados y no para este contratante con recursos públicos.**

Y, del otro, porque si bien el Art.3º. del Decreto 4747 de 2007 no contempla expresamente como responsable del pago a las entidades administradoras de fondos de recursos públicos que encargan los servicios, ello obedece a que el Art.2º. del mismo Decreto trae como regla general su aplicación extensiva a "**las entidades que administran regímenes especiales y excepcionales**"; además, también **resultaría absurdo** que dicho decreto se aplicara a unos responsables del pago de servicios y no a otros, como administradores de regímenes especiales, que también estuvieran encargados de pagar dichos servicios^(1b).

4º.- Contenido aplicable.- Las mismas consideraciones antes mencionadas explican también la aplicación a dichos contratos estatales de la **ley 1438 de 2011**, especialmente en el Art.57 y otros, referentes a las reglas sobre facturas, glosas, etc. por cuanto sus normas reglamentan aspectos referentes a la contratación de dichas prestaciones de servicios médico asistenciales que igualmente son de interés público.

5º.- Régimen privado supletorio.- En tanto que con relación a la segunda, por remisión del Art.40 de la ley 80 de 1993 se hace **indispensable la aplicación del derecho privado** pertinente que comprende, entre otras, las normas del derecho privado al cual se remite especialmente en el régimen mercantil, en los aspectos de su normatividad positiva (Art.824, 864, 873 y concord. del C. de Co.) y los principios

^{1b} Cons. Laudo Arbitral PROINSALUD S.A. contra COMISTET LTDA. Cámara de Comercio de Bogotá. 2016 No.3.2. C.d.

generales del derecho comercial (Art.4º. y 7º. del C. de Co.) así como las concernientes al régimen civil supletorio relativo a los contratos, obligaciones y responsabilidades (Art.822 del C. de Co. y Art.1502, 1602, 1614, 1618, 1625 y concord. del C.Civil).

d. Características.-

De allí que dicho contrato presente algunas características particulares que pueden incidir en la regulación del presente litigio, tales como las siguientes:

1º.- Interempresarial.- Puesto que los contratantes son, de una parte, una o varias empresas constituidas⁽²⁾ como instituciones prestadoras de salud (IPS), y del otro, una entidad estatal consistente en un fondo de recursos públicos organizado debidamente para la administración de los servicios de salud de sus afiliados, quienes actúan en dicho contrato por regla general en pie de igualdad. Por lo que, al no ser un contrato de consumo, no resulta pertinente aplicar en situaciones de desequilibrio injustificado su régimen, especialmente en lo referente a las cláusulas abusivas pertinentes (Arts.42 y 44 de la Ley 1480 de 2011).

2º.- Atípico.- Porque a pesar de ser un contrato que se encuentra normado en la reglamentación del 2007 (Decreto 4747 de 2007, en armonía con la Ley 1438 de 2011 y concord.), en la misma no se contemplan las “condiciones y requisitos específicos” para su estructuración, lo que impone, en caso de contrato estatal (por mandato del Art.40 de la Ley 80 de 1993), encontrar sus condiciones y requisitos en la regulación general y el uso mercantil correspondiente (Art.864 y 822 del C. de Co. y 1504 y ss. del C.Civil).

3º.- Bilateral en favor de terceros (población usuaria determinable).- También se caracteriza este contrato en cuanto que, si bien es bilateral en la medida en que genera obligaciones para las partes, contratista (prestador) y contratante (quien encarga los servicios de salud) (Arts.864 y 822 del C. de Co. y Art.1496 del C.Civil), no es menos cierto que se hace en beneficio de una población usuaria determinable, que no solamente

² Ello suele presentarse con la Uniones Temporales de prestadores de salud, constituidas legalmente para tal efecto (Cons.Laudo Arbitral Proinsalud contra Comistet Ltda. citado. Cámara de Comercio de Bogotá, 2016. No.3. También puede consultarse el Laudo del 28-30-04 de 2020 de Unión Temporal 2- Magisalaud contra el Fomag.

incide en la determinación del precio, sino también en la forma del cumplimiento de la prestación del servicio correspondiente.

4º.- Oneroso.- Este contrato es de este carácter oneroso porque tiene como objeto “*la utilidad de ambos contratantes*” (Art. 822 del C. de Co. y Art.1497 del C.Civil), la del contratista con el precio, y la del contratante, de dar cumplimiento al servicio de salud a su cargo; por lo que a ambos contratantes les resulta útil la satisfacción de la población usuaria pertinente. Sin embargo, en estos contratos suele convenirse de manera accidental un pacto especial (Arts.822 C. de Co. y 1501 C.Civil) de distribución de riesgos económicos, especialmente cuando se trata de la prestación de servicios médico-asistenciales de alto costo.

5º.- Duración temporal.- Radica en que se trata de contratos que, en sí mismos considerados, se contraen para una duración determinada o determinable, sin perjuicio de las variaciones de orden temporal que pueda tener la población usuaria correspondiente, con incidencia, desde luego, en la determinabilidad del plazo.

6º.- Instantáneo o sucesivo (suministro de servicios de salud).- Si bien estos contratos pueden ser de ejecución instantánea cuando su ejecución se cumple en determinado momento (v.gr. para prestación de servicios de salud de emergencia en una inundación, incendio, etc.), lo ordinario es que sean de carácter sucesivo, esto es, para el suministro de servicios de carácter periódico o continuados durante cierto plazo.

En este evento, dicho carácter sucesivo o periódico tiene incidencia en su regulación (Arts.968 y ss. del C. de Co.), para lo cual deberá tenerse en cuenta su desarrollo en la etapa de contratación, especialmente en el pliego de condiciones, estructuración y participación de la propuesta o en la licitación, celebración y formalización del contrato; en el desarrollo, terminación y actividades post contractuales pertinentes.

Además, en estos “*contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación solo será exigible en proporción a la contraprestación cumplida, sin perjuicio de que la caución cubra el total de la obligación*” (Art.873, inciso final C. de Co.).

7º.- Normado (reglamentaciones).- Estos contratos de prestación de servicios médico asistenciales también son normados en cuanto se encuentran sujetos “*a las reglas*

(v.gr. los mecanismos de pagos), reglamentos (v.gr. los de prestación de servicios, etc.), manuales (v.gr. los de glosas), o estatutos que convengan (...) para el desarrollo de la actividad correspondiente' que vinculan a sus partes contratantes⁽³⁾.

8º.- Normativo.- Esta característica suele obedecer a la consagración de reglas regulatorias o normativas de otros contratos o negocios (v.gr. como las relativas a la contratación de personal, a las cesiones, etc.).

e. Elementos contractuales.-

Este contrato, como todos los contratos estatales, no solo requieren los elementos de fondo de capacidad, voluntad o consentimiento, objeto, causa y legitimación, y los elementos de forma, que en este caso constituye un contrato solemne (Arts.2º., 39 y concord. de la ley 80 de 1993; 822 del C. de Co. y 1502 y concord. del C.Civil) sino que también presentan particularidades en lo siguiente:

1º.- Legitimación contractual.- Tal como quedó antes reseñado, de un lado, el contratista debe estar facultado para ser "*prestador de servicios de salud*", en tanto que el contratante ha de ser, bien direcciones departamentales, distritales, entidades adoptadas y administradoras de riesgo profesional (Art.3º. lit.b del Decreto 4747 de 2007), o bien, por extensión, puede ser "*entidades que administran regímenes especiales y excepción*" (Art.2º. del citado Decreto 4747 de 2007).

2º.- Objeto del contrato (servicios y precios).- El objeto de este contrato es la prestación remunerada de servicios médicos asistenciales.

2º.-1.- Servicios médicos asistenciales.- Lo primero indica que si bien **el objeto genérico de este contrato** es "*la prestación de servicios medico asistenciales*", lo cierto es que en forma específica suele comprender servicios de asistencia médica (v.gr. consultas, odontología, cirugías, etc.) y hospitalarias (v.gr. tratamientos médicos, quirúrgicos, cuidados intensivos, terapéuticos y complementarios), asistencias especiales (v.gr. partos o lesiones, tratamiento de cáncer, atención y servicios especiales, neonatales, vacunas, prótesis, etc.) y adicionales (v.gr. suministro de medicamentos,

³ Laudo Arbitral Proinsalud S.A. contra Comistet Ltda. Cámara de Comercio de Bogotá. 2016. No.3.2. C.d. También puede consultarse el Laudo del 28-30-04 de 2020 de Unión Temporal 2- Magisalud contra el Fomag.

asistencias domiciliarias y prioritarias), etc.⁽⁴⁾. Además, la población usuaria de estos servicios *“debe determinarse en el contrato, bien sea en forma determinada o determinable”*, o dejarse para su determinación posterior en vista de su variabilidad, en unos casos, por la variación *“de afiliados por muerte, nuevas afiliaciones, traslados, etc.”*, y en otros por *“la variabilidad de servicios, como los de alto riesgo, urgencias, etc.”*⁽⁵⁾.

2º.-2.- Remuneración de los servicios.- De otra parte, la **remuneración** de estos servicios también debe estar determinada en el contrato o con posterioridad al mismo, bien sea en forma *“determinada o determinable”*⁽⁶⁾, en forma individual o global por servicios (*valor de cada uno o en conjunto a una tarifa previamente convenida o un porcentaje de la misma, regulada convencional y legalmente*). Esto es, la contraprestación en estos contratos se sujeta a lo convenido, sin perjuicio de la regulación de orden público, especialmente al *“sistema de contraprestación”* del decreto 4747 de 2007, relativos al ***“mecanismo de pago aplicable a la compra de servicios de salud, consistente en una contraprestación por “capitación, por eventos o por casos, de acuerdo con las tarifas pactadas previamente”***. Pues la *“capitación”* indica que las tarifas aplicables se hacen *“en función a las personas que tendrían derecho a ser atendidas”* (Art.4º. del Dec. 4747 de 2007); los pagos *“por evento”* se refieren a *“las actividades y medicamentos suministrados ligados a un evento en atención en salud”*; y el pago por casos, es el acordado en *“actividades de salud”* como la promoción de salud ordinaria y especialmente la de prevención de enfermedades.⁽⁷⁾

2º.-3.- Determinación de las distintas remuneraciones. Glosas y pagos.- Sin embargo, la determinación de cada una de las remuneraciones que suelen preverse en el contrato, varían de acuerdo a su función y trámite correspondiente.

⁴ Laudo Arbitral citado. Cámara de Comercio de Bogotá. 2016. No.3.2.C.b. c; etc.

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem.

⁷ Cons.Art.4º. Dec.4747 de 2007 que prescribe: “Mecanismos aplicables a la compra de servicios de salud.... a.- pago por capitación. Pago anticipado de una suma fija que se hace por año que tendrá derecho a ser atendida durante un período de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecidos.... b.- Pago por evento.- Mecanismo por el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos prestados o administrados a un paciente durante un período determinado y ligado a un evento de atención de salud....”

En primer término, tal como se dijo anteriormente mientras la remuneración "*por eventos o por casos*" se encuentra sujeta a su respectiva ocurrencia, de manera eventual u ocasional, y limitada específicamente a las "*actividades y medicamentos suministrados*" y a los "*casos*" acordados, que, por tanto, requieren una carga especial de su ocurrencia por parte de los contratistas, cuando se reclama su respectiva remuneración; no ocurre lo mismo cuando se trata de la "*capitación*".

Porque esta última, siendo una unidad de pago de compensación equitativa de carácter permanente, su causación es abstracta y permanente y periódica, solo con base en la información convenida. Pues, de un lado, ella retribuye la disponibilidad estructural que debe asumir el contratista para la prestación del servicio, en cuanto a sede, estructura, personal, etc., y no remunera servicios efectivamente prestados; y, del otro, su determinación equitativa se hace sobre "informaciones" recogidas en bases de datos, la inicial, la actualización del contratista (novedades), la revisión por el FOMAG (novedades por alteraciones detectadas por el FOMAG) y por "*ajustes*" de novedades (novedades definitivas) determinadas por dichos Fondos en las "*bases de datos para pagos*" y "*bases de datos generales*". Pero en todos estos eventos, se trata de "*informaciones poblacionales*" de referencia para el cálculo de la remuneración (cápita) de la instalación y puesta en funcionamiento de la estructura para la prestación del servicio, pero no para la remuneración de un servicio efectivamente prestado, por lo que basta que ésta exista, para que aquella se cause, con base en la información que se tenga, sin perjuicio de que ella se concrete con las alteraciones de las novedades, verificaciones, glosas y pagos, a los cuales nos referiremos enseguida.

En segundo término, dicha determinación también se encuentra sujeta a las variaciones poblacionales, en número y necesidades del servicios, de los usuarios, en su incremento o disminución, razón por la cual debe tener en cuenta, de un lado, sus variaciones, comenzando por la base de datos inicial dada por el FOMAG, las actualizaciones diarias del contratista, las revisiones permanentes del FOMAG y los ajustes definitivos en las bases de datos, y, del otro, en la presentación de las facturas, sujeción al trámite de glosas y pagos correspondientes. De allí que, **la determinación de la prestación del servicio y su correspondiente contraprestación**, no solo suele estar sujeta al contrato y a los acuerdos razonables que faciliten y no obstruyan su reconocimiento y pago (Arts.824, 871, 873 inciso final y 878 del C. de Co.), sino también a las **normas imperativas** de la existencia de facturación con los soportes correspondientes, no

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

glosadas o glosadas, de acuerdo con el trámite de su formulación dentro de los veinte días siguientes de su presentación; de su respuesta a los quince días siguientes y de su decisión a los diez días siguientes que “*en caso de levantamiento, deben ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes*”⁽⁸⁾, como fuera modificado posteriormente por los Arts. 57 y 56 de la Ley 1438 de 2011, aplicables a este caso, que modificaron el Art.23 del Decreto 4747 de 2007), lo que resulta de singular importancia para el presente caso^(8a). De allí que, en caso de glosa oportuna, habrá intereses de mora si “*la glosa*

⁸ Cons.Laudo Arbitral citado. Cámara de Comercio de Bogotá. 2016. No. 2.3. C d.3º.

^{8a} Tanto el antiguo artículo 23 del Decreto 4747 de 2007 como los actuales artículos 57 y 56 de la Ley 1438 regulaba y regulan lo relativo a las glosas y sus correspondientes pagos, así:

Artículo 23 del Decreto 4747 de 2007.- Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial. El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud. Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas. Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley.

Artículo 57 de la ley 1438 de 2011: TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo as que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial. El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago. Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas. Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago.

Artículo 56 de la Ley 1438 de 2011: PAGOS A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007. El no pago dentro de los

resulta relativamente infundada' (Art.24 del Dec. 4747 de 2007, sustituido por el Art.57 de la Ley 1438 de 2011 y Arts.884 y 822 del C. de Co. y Art.1608 num.1 del C.Civil); en tanto que no se causan intereses cuando la factura ha sido glosada justificadamente sin que se haya aceptado que no se debe o que se haya subsanado adecuadamente, cuando dicha no cancelación o demora no le es imputable al obligado. **Por lo que en caso de pago de factura glosada o que ha sido devuelta** y resulta justificada, la ley señala que dicho pago se entiende como pago anticipado de cobros posteriores y puede descontarse (Arts.24 y 26 del Decreto 4747 de 2007).

3º.- Contenido del contrato de prestación de servicios.- Estos contratos suelen tener un contenido convencional y otro legal.

3º.-1.-Contenido convencional.- El primero es aquel **convenido en forma expresa** en el contrato, mediante la indicación de los aspectos esenciales mínimos del contrato, especialmente los señalados en las propuestas, selección y convenio en sí mismo, o mediante la expresión exhaustiva de lo requerido para el mismo, como son las partes, el nombre y domicilio, el objeto, desarrollo, etc. Pero también el contenido puede encontrarse **de manera implícita**, cuando se derivan o se infieren del contenido expreso contractual, especialmente cuando se infiere del objeto y compensaciones implícitas del contrato, especialmente, aquellas sujeciones a la ciencia y a la técnica a la prestación del servicio, las compensaciones implícitas a autorizaciones especiales, etc.

3º.-2.-Contenido legal.- En tanto que el **contenido legal** de estos contratos de prestación de servicios de carácter estatal se refiere a que hacen parte del mismo no solamente aquellas **normas de carácter imperativo, como las contempladas en la ley 80 de 1993, las especiales de orden público relativas a dicho contrato y al**

plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DJAN). Se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas por prestación de servicios o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción. Las entidades a que se refiere este artículo, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de la Protección Social. También se entienden por recibidas las facturas que hayan sido enviadas por los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud a través de correo certificado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, sin perjuicio del cobro ejecutivo que podrán realizar los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud en caso de no cancelación de los recursos. "A su turno, la Ley 1122 de 2007, aplicable por la remisión expresa de la Ley 1438 según el artículo 56 transcrito, dispone en su artículo 13, literal d, que los pagos pro capitación se realizan mensualmente y en forma anticipada en un 100% mientras que tratándose de pagos por evento, el pago de cada factura se fracciona en dos contados, un 50% dentro de los 5 días siguientes a la presentación de la factura y, en caso de no presentarse glosa, el 50% restante se pagaba dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la factura"

servicio de salud (tales como los citados decretos 4747 de 2007, la ley 1438 de 2011, etc.), particularmente “*en su procedencia, mecanismo de pago (Arts.3º. y 4º.), requisitos mínimos de las partes (Arts.5º. y 6º.), regulación mínima (Arts.7º. y 9º.), procesos de atención (Arts.10 y ss.), trámites (Arts.21 y ss.) y liquidación (Art.27)*”(9).

E igualmente lo integran las **normas imperativas de derecho privado**, particularmente la del respeto de los recursos públicos administrados por una de las partes. Pero también hace parte del contenido de estos contratos el **régimen legal supletorio**, esto es, aquel que regula “*las condiciones de naturaleza*” de los contratos (Art.822 del C. de Co. y Art. 1501 del C.Civil), y, en especial, del contrato de suministro de servicios (Arts.968 y concord. del C. de Co.), particularmente en cuanto a las obligaciones, derechos y responsabilidades así como lo relativo a la “*naturaleza y finalidad del contrato*” derivadas de “*las prácticas entre las partes y los usos, la buena fe y lealtad negocial y el sentido común*” y el de la responsabilidad en su incumplimiento (Art.40 Ley 80 de 1993; 7º. del C. de Co. y Arts.5.1.2 y 7.4.1. Unidroit)(10).

f. Celebración.-

De acuerdo con los principios administrativos y la regulación arriba señalada, la celebración de estos contratos, de un lado, se encuentra precedida por la licitación, el pliego de condiciones, las propuestas, aclaraciones, selección y adjudicación, etc.; y, de la otra, con la celebración misma del respectivo contrato conforme a la ley.

g. Defectos en la celebración y su corrección (corrección lícita, de buena fe y respetuosa de la confianza legítima).

En el evento de haberse cometido defectos en la celebración de los contratos (privados o estatales), los contratantes gozan de alternativas correctivas formales y económicas, que tienen singular importancia en los contratos estatales.

1º.- Alternativas de corrección jurídica.- Son aquellas medidas de carácter legal destinadas a corregir o subsanar los defectos ocasionados en la celebración,

⁹ Ibídem.

¹⁰ Confr. Con la Unión Temporal para Salud (Laudo antes citado. 2016. Cámara de Comercio de Bogotá, No.3.1.C.

particularmente en caso de errores de redacción, sintaxis, comprensión, entendimiento o desarmonía, siempre que conduzcan a la seguridad jurídica del contrato celebrado y su correspondiente ejecución.

Dentro de ellas, en los contratos estatales se destacan la adopción de dichas medidas convenidas de mutuo acuerdo y que, en el fondo, no alteran la inmutabilidad del convenio celebrado, así como también aquellas medidas correctivas que adopta la entidad pública en ejercicio de las prerrogativas estatales de interpretación, modificación o terminación unilateral, que sean procedentes en los términos señalados en la ley, y, en subsidio, también puede acudir como medidas correctivas a la interpretación o terminación bilateral conforme lo señala el régimen civil común, a lo cual se aludirá más adelante, sin perjuicio, desde luego, de los mecanismos judiciales de las acciones de nulidad y demás de carácter contractual que sean procedentes, con las consecuencias económicas que sean trascendentes (Arts.39, 16, 15, 17, 44, 25 y ss., 50 y ss.y 13 de la Ley 80 de 1993; Art. 882 del C. de Co., Arts.1602, 1618 y concord.del C.Civil).

Luego, siendo alternativas previstas en la ley, es preciso entender que las partes contratantes que acudan a ellas en los términos que las regulan, no solo obran conforme a derecho y, en consecuencia, su conducta o comportamiento contractual resulta lícito, sin que para ello sea necesario consultar a la otra parte contratante, si fuere el caso (cuando es unilateral); sino que también en tales circunstancias, los contratantes obran de buena fe (Arts.871 y 822 del C. de Co. y Arts. 768 y 769 del C.Civil), con la consiguiente generación en el otro contratante y tercero de la confianza legítima en el comportamiento adoptado. De allí que en este evento, también se presume, dicha buena fe y confianza legítima en el comportamiento lícito adoptado, las cuales no se desvirtúan por la simples inexactitudes, errores, cambios de criterios o de políticas, cambios de funcionarios, etc., cuando quiera que el comportamiento contractual se encuentre recogido en los mismos documentos contractuales y, con mayor razón, cuando tales defectos se encuentren plasmados en diversas cláusulas del mismo contrato.

Es por ello que corresponde a quien aduzca la vulneración de tales principios, demostrar fehacientemente dolo, fraude o abuso en dicho defecto. Por lo tanto, si bien es cierto que entre todos estos documentos debe guardarse una armonía, no lo es menos que la administración conserve las prerrogativas legales y que las partes libre y espontáneamente pueden acordar los ajustes y modificaciones que no desvirtúen dicho

proceso de contratación. Y en caso de **contradicción**, se hace necesario acudir a las reglas de interpretación, modificación y de solución que sean necesarias, que es lo que más adelante se precisa.

2º.- Trascendencias económicas.- Concordante con lo anterior, las referidas alternativas de corrección jurídica pueden carecer o, por el contrario, tener trascendencia económica, lo cual si bien facilita su adopción en el primer caso, no lo es menos que en el segundo puede generar dificultades, según que el marco jurídico y las disponibilidades económicas no lo permitan o, por el contrario, lo autoricen.

Y sobre esto último, precisa el Tribunal que, a pesar de que los contratos estatales, se encuentran sujetos a las reservas presupuestales pertinentes y se trata de recursos públicos, sujetos a la regulación y control estatal especial pertinente, también lo es que estando sometidos al principio de la ecuación contractual y a las circunstancias de equilibrio financiero, las Entidades Públicas no solo "*adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento*", especialmente con el ejercicio de las prerrogativas unilaterales de modificación, interpretación o terminación unilateral del contrato en los términos señalados en el estatuto contractual, con las consecuencias económicas pertinentes (Arts.27, 14, 16, 15, 17 y 28 de la Ley 80 de 1993), y, en subsidio, pueden acudir a los convenios pertinentes que permitan dicha interpretación, modificación o terminación (Arts.13, Ley 80 de 1993 y Arts. 1502, 1602 y ss. del C.Civil). Pues en unos y otros eventos, corresponderá a la "*autoridad administrativa realizar (realizará) los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar de conformidad con la ley orgánica del presupuesto*" (Art. 41, parag., Art. 27, inciso 2º. y Art.28 Ley 80 de 1993; Arts. 345 y concord. de la Const.Pol.), sin perjuicio de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios que resulte procedente (Arts.90, 125, 267, 268 num.5, y concord. de la Const.Pol.).

h. Apreciación del contrato (Interpretación, integración y eliminación de antinomias contractuales).-

Genéricamente la apreciación del contrato (entendida como interpretación genérica) es aquella actividad de esclarecimiento y delimitación del contenido de eficacia del contrato que realizan los contratantes o el juez para establecer **el sentido, alcance y ajuste del contenido del contrato (interpretación propiamente dicha), o proceder a su**

integración (mediante la complementación analógica interna o externa), o ajustar coherentemente su contenido a su correspondiente función (eliminación de contradicciones), partiendo del supuesto de que se trata del mismo contenido y eficacia interpretado, integrado o armonizado.

Lo anterior difiere, en sentido estricto de la modificación de un contrato, ya que en esta, a diferencia de la interpretación genérica mencionada, los contratantes parten de la base de la existencia de un contenido y efectos de un contrato, diferente o contrario, al que posteriormente se pretende, razón por la cual proceden a desconocerlo en parte, a fin de alterarlo en forma sustancial deseada (en los sujetos, el objeto, la finalidad, etc.), de la manera o forma debida.

1º.- Generalidades.- Primeramente precisa el Tribunal la importancia que tiene la interpretación en los contratos estatales para resolver, en lo que atañe al caso sub examine, las antinomias contractuales.

1º.1.- Importancia general (Interpretaciones voluntaria y judicial).- Dicha importancia se traduce en que así como resulta útil el mantenimiento⁽¹¹⁾ del ordenamiento jurídico⁽¹²⁾ en general⁽¹³⁾, también resulta indispensable para la unidad y aplicación del contrato, el mantenimiento de la coherencia en la formación⁽¹⁴⁾, calificación⁽¹⁵⁾ y eficacia del mismo. Para ello es indispensable que sean claros y coherentes en su existencia, vigencia, contenido y ejecución, de tal manera que al no serlo, requiera ser

¹¹ Para Messineo Francesco el interés por la conservación del ordenamiento jurídico, también existe por la conservación del negocio jurídico como fundamental (Cons.Diez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Edit. Thomson-Civitas. Vol.I. pg.499).

¹² Por esta razón se ha dicho que el ordenamiento jurídico es incoherente siempre que sea contrario, cuando en su interior colisionan normas incompatibles que establecen diversas que, incluso contradictorias consecuencias jurídicas para unos mismos supuestos jurídicos (Soriano Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho. Edit.Ariel. Barcelona. 1993. Pg.160).

¹³ “Un principio de coherencia y de continuidad de voluntad contractual es la base de la formación del contrato y base de la ejecución del mismo” (Diez Picazo, Luis. Ob. Cit. Vol.I. pag. 504).

¹⁴ Es reiterada la jurisprudencia que si bien reconoce al pliego de condiciones como un acto administrativo, también lo es que forma parte del clausulado de un contrato (Consejo de Estado-Sección Tercera- Sent. del 14 de marzo de 2013).

¹⁵ Para la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa y la doctrina en general la calificación jurídica de un contrato y del régimen jurídico aplicable, es una disposición imperativa y, por tanto, no puede ser reemplazada ni derogada por la voluntad de los particulares (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de abril del 2014).

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

interpretado⁽¹⁶⁾ y reconstruido⁽¹⁷⁾, a fin de establecer con base en su lenguaje, contextual⁽¹⁸⁾ y fines concretos⁽¹⁹⁾, la común intención⁽²⁰⁾ contextual⁽²¹⁾, no solo cuando sus disposiciones presenten ambigüedades, oscuridades y confusiones, sino también cuando encierren **cláusulas contradictorias⁽²²⁾, las que como las antinomias⁽²³⁾**

¹⁶ Interpretar el contrato es “concretar el sentido exacto del contrato” (Mazeaud, Henri, Jean y Leo. Lecciones de Derecho Civil. Traduc. De Alcala Zamora y Castillo. Edit. Ejea. Buenos Aires. Parte 2da. Vol.I. No.339).

¹⁷ Por su parte, la doctrina anglosajona señala que la distinción entre interpretar y construir es eminentemente lingüística. Porque interpretar es “designar el significado subyacente”; y construir es “asignar y significado a aquellos términos o expresiones ambiguas, vagas o imprecisas”. Sin embargo, también señalan que “la asignación de significados a una oración la hacen los jueces en forma programática o lógica, saltándose la sintaxis por las consecuencias absurdas” que pueden acarrear (Alcaraz Varó Enrique, Campos Pardillos Miguel A. y Miguez Cinthya. Inglés Jurídico Norteamericano. Edit. Ariel. España 2002. Pag. 110 y 112).

¹⁸ La interpretación (construction) en el derecho anglosajón es considerada como una especie de construcción documental, de cláusula o de un testamento, en donde las partes “contratantes” se obligan no por lo que quisieron decir, sino por lo que realmente dijeron (bup bayn what they actually did say). Y para entender lo que realmente dijeron los jueces tienen en cuenta los principios lingüísticos, la polisemia del lenguaje y del contexto en el que se llevaron a cabo las negociaciones, ya que no hay ninguna transacción que se celebre en el vacío (Beko clase in a void) (Alcaraz Baró Enrique. El inglés jurídico. Edit. Ariel. España. 2002. Pag. 224 y 161).

¹⁹ Sin embargo, la doctrina distingue claramente entre la interpretación de la ley, y la interpretación del contrato. Porque mientras la primera es abstracta y de interés general, la segunda es concreta y de interés de los contratantes, quienes, debido a su autonomía, lo establecen de acuerdo a los “propósitos de sus autores” (Diez Picazo, Luis. Ob. Cit. Vol.I pg. 496).

²⁰ “Para reconstruir la común intención debe valorarse el comportamiento conjunto observado por las partes, aún posteriormente a la conclusión del contrato” (Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traduc. Santiago Sentis Melendo. Edit. Ejea. Buenos Aires. 1995. Tomo IV. No.136-1).

²¹ Para Messineo Francesco el resultado más importante es “que la reconstrucción de la común intención de las partes “permita la rectificación contextual determinado nomen iuris del contrato, esto es, de la cualificación jurídica” (Ob.cit. tomo IV-No.136-1).

²² Para Planiol Marcelo y Ripert Jorge “la fórmula empleada puede ser confusa o ambigua; puede existir contradicción entre varias cláusulas” (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción de M.Díaz y E.Le Reverende. Tomo VI. Edit. Cultural La Habana. 1946. Tomo VI. No.373).

²³ La doctrina ha concebido a la antinomia normativa en concreto como aquella que “identificada solo en sede de aplicación de las normas a un caso concreto, el cual, precisamente por azar, le son aplicables ambas (Guastini, Ricardo. Interpretar y argumentar. Traducc. De Silvina Alvarez.Edit. Derecho y Justicia. Madrid. 2018. Pg. 119).

normativas^(23a), deben⁽²⁴⁾ solucionarse^(24a) adecuadamente⁽²⁵⁾, teniendo en cuenta su axiología⁽²⁶⁾, incompatibilidad⁽²⁷⁾ y el alcance total o parcial de la contradicción⁽²⁸⁾. Sin embargo, dicha interpretación contractual puede ser voluntaria o judicial⁽²⁹⁾.

La primera, es aquella que **por proceder de ambos contratantes, que son los directamente interesados⁽³⁰⁾**, les vinculan cualquiera que sea el nombre que se le de

^{23a} La doctrina también distingue entre las antinomias absolutas y las relativas por su exclusividad o bilateralidad, en donde se señalan consecuencias jurídicas a ambas a título exclusivo en supuestos de hechos diversos explícitamente expuestos. Por lo que, dichas antinomias requieren una verificación ponderada que permitan la aplicación de criterios de solución jerárquico, cronológico y de especialidad o excepcionalidad que disuelvan dicha contradicción (Chiassoni, Pierluigi. Antinomias, en Hernández Carlos y Ortega Santiago. Hermeneútica y Raciocinio Jurídico. Edit. Bogotá. 2012. Pag. 3041 y ss.).

²⁴ Para la doctrina en general la solución de las antinomias normativas solo se encuentra en la aplicación de los principios cronológicos, jerárquico o de especialidad (Guastini. Ricardo. Interpretar y argumentar. Ob. Cit. Pags. 124 y ss.).

^{24a} En la actualidad, además de los criterios formales de solución de antinomias cronológico, jerárquico y de especialidad, también se plantean combinaciones de los mismos, llamados metacriterios, a fin de obtener soluciones prácticas. Sin embargo, se reconoce que "ningún criterio puede resolver apriorísticamente todas las antinomias posibles", lo cual acarrea, entonces, que "los derechos siempre pueden ser contradictorios" (Capella, Juan Ramón. Elementos de Análisis Jurídicos. Edit. Trotta. Valladolid. 1999. Pgs. 110 y ss.).

²⁵ Algunos de estos principios permiten dar soluciones lógicas. Pues el argumento a fortiori, facilita justificar una razón que "con mayor razón" sustenta una proposición; así como el argumento "a contrario", autoriza inferir una regulación implícita o "de manera opuesta". (Cons. Guastini, Ricardo. Interpretar y Argumentar. Ob. Cit. Pag. 276 y 281).

²⁶ La jurisprudencia constitucional colombiana también reconoce este principio "cuando después de una conducta relevante que genera confianza en el otro, aquel en ejercicio de una facultad adopta frente a la misma parte una conducta contraria creando una discrepancia o litigio que afecta la situación del otro" (Cons. Sent.T-295 de 1999).

²⁷ Al respecto, la doctrina también ha señalado que las antinomias normativas en el derecho también requieren "la incompatibilidad de significados de dos o más normas jurídicas, la coincidencia de un mismo ámbito de validez jurídica y la pertenencia a un mismo ordenamiento jurídico" (Soriano Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho. Ob. Cit. Pag. 161).

²⁸ Se considera que existe antinomia normativa parcial cuando "las normas son entre sí parcialmente incompatibles, de manera que ambas conservar una parte del enunciado que puede ser aplicado" (Soriano Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho. Ob. Cit. Pag. 163).

²⁹ Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia a señalado de tiempo atrás que "la interpretación de los contratos (los civiles) se hace de dos modos: a.- Interpretación auténtica.- b.- Interpretación por vía judicial. Tiene lugar la primera cuando entre las partes no hay discrepancia en el alcance y sentido de las cláusulas que forman la convención o cuando han procedido a la ejecución del contrato, sin desacuerdo de ninguna especie. Tiene lugar la segunda cuando en virtud de distintas apreciaciones de las partes sobre el alcance y sentido de las cláusulas de un contrato, le dan a éste definitivamente interpretaciones distintas (Casac.Civil del 16 de octubre de 1939).

³⁰ Para la doctrina del derecho privado, aplicable en lo pertinente a los contratos estatales, "incumbe a los interesados fijar los fines prácticos a perseguir con el negocio, adoptando en ese propósito las palabras en el significado concreto del lenguaje común, lo que es oficio del interprete, y, ante todo, el de reconstruir en el contenido del negocio, sus fines prácticos (La común intención en los contratos) aclarando su significado, como suelen ser concebidos en la conciencia social" (Betti Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971. pag.103).

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

a dicho convenio o consenso⁽³¹⁾, cuando quiera que se haga declarativamente⁽³²⁾, con fijación clara^(32a), el futuro contractual^(32b), o por aplicación o interpretación práctica⁽³³⁾ establecida por actos relevantes⁽³⁴⁾, o por comportamientos^(34a) objetivos⁽³⁵⁾ conductas^(35a) contractuales de las partes⁽³⁶⁾, incluyendo los actos propios⁽³⁷⁾ y las

³¹ “La interpretación auténtica es la que proviene de las partes o autores. Se hace por medio del “negocio de fijación”, tal como lo hace la transacción. Se funda en la autonomía privada y goza de cierta discrecionalidad, tal como lo hace el legislador con la ley que interpreta otra ley”. “Las partes en el negocio bilateral son dueñas de regular sus intereses como lo crean más conveniente” (Betti Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Ob. Cit. Pag. 206).

³² La doctrina también reconoce a los contratantes en la facultad para “pactar la interpretación auténtica de los términos de un contrato anterior, cuyo sentido sea incierto o disputado”, independientemente de que dicho pacto “se califique como novación o transacción interpretativa”. Más aún, dicho reconocimiento también se extiende a terceros, porque “se imponen a terceros con los mismos términos en que se pudiere disponer del contrato interpretado” (Carrasco Perera, Ángel. Derecho de contratos. Edit. Aranzadi-Thomson. Pag. 37).

^{32a} Son “los acuerdos mediante los que las propias partes hayan efectuado una interpretación auténtica de su contrato, ya sea respecto de la eficacia declarativa y limitada a esclarecer y fijar su voluntad inicial, ya se entienda que han alterado y modificado realmente el sentido originario de aquellas, podrán y deberán ser valorados por el Juez (Diez G. y Gutiérrez S. Ob. Cit. Pag. 827).

^{32b} El negocio de fijación es aquel en que las partes mediante “una declaración complementaria” interpreta cierto contrato para “eliminar o aclarar las posibles dudas o discrepancias futuras”, sin que puedan “separarse de la interpretación por ellas dadas, de ahí que se predique la eficacia vinculante de esa interpretación anterior... limitada a las propias partes y no a terceros” (Diez García H. y Gutiérrez Santiago P. Interpretación e integración del Contrato. En Bercovitz. R. Ob. Cit. Pag. 824 y ss.).

³³ Para Planiol y Ripert “la intención de las partes puede investigarse por fuera de las fórmulas del contrato; en los actos de cumplimiento del mismo, en otros convenios entre las mismas personas y aún en cualquier otro acto de naturaleza tal que pueda registrarla” (Ob. Cit. Tomo VI No.373).

³⁴ El principio de la conservación de un contrato se traduce en que la interpretación (según Pothier) la cláusula de un contrato “se debe entender en aquel caso en el cual pueda tener algún efecto y no en aquel otro que no le da ningún efecto” (Diez Picazo, Luis. Ob. cit. Pag. 498 y 499).

^{34a} Porque el comportamiento de las partes “prevalezca sobre el sentido de la cláusula declarada, tales actos tienen que ser inequívocamente reveladores, expresivos y evidenciadores de esa voluntad real distinta” (Diez y Gutiérrez. Interpretación e integración del contrato. en Bercovitz R. Ob. Cit. pag. 870).

³⁵ El criterio objetivo mencionado es aquel en que “se trata más de valorar el sentido objetivo de tales actos (comportamientos) independientemente de la voluntad que manifiesta o de la que de ella pueda inferirse” (Diez Picazo, Luis. Ob. Cit. Pag. 505).

^{35a} Las conductas que revelan el comportamiento interpretativo “también se consideran interpretación auténtica” (Diez H. y Gutiérrez P. Interpretación e integración del contrato. en Bercovitz R. Ob. Cit. pag. 827).

³⁶ La conducta de las partes relativas a la interpretación auténtica de un contrato puede ser previa, simultánea o posterior a su respectiva celebración (Sánchez Herrero, Andrés y Pedro. Contratos. Parte General. Tomo IV. Pag. 469).

³⁷ “Cabe recordar la jurisprudencia que ha afirmado con carácter general que el contenido de los actos propios posteriores de las partes forman parte la obligatoriedad contractual, o, más en particular, que si el lugar o el tiempo de pago de una deuda aparece oscuramente determinado, los pagos efectivamente realizados por el deudor y aceptados por el acreedor son un claro indicio del

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

relaciones convencionales de facto de estas últimas⁽³⁸⁾, siempre que provengan de ambas partes⁽³⁹⁾, ya que, en virtud de la buena fe y confianza legítima de las actuaciones de las partes, no solo resultan vinculantes para ellas como actos propios⁽⁴⁰⁾, las actuaciones⁽⁴¹⁾, el pliego de condiciones⁽⁴²⁾ en la formación contractual pertinente y la interpretación que unilateralmente le hayan dado al contrato⁽⁴³⁾, sin que ellas puedan afectar, salvo norma imperativa en contrario, los derechos del otro contratante y de terceros^(43a).

sentido del contrato sobre este punto” (Diez Picazo García Helena y Gutiérrez Pilar. En Bercovitz Rodrigo. Tratado de los Contratos. Edit. Tirant Lo Blanch. Tomo I. pag. 87 y ss.).

³⁸ Recuérdese que las relaciones de facto de un contrato son aquellas que se derivan de las relaciones de hecho sin expresiones o declaraciones de voluntad, como las de toma de taxis, bus, etc. (López Mesa, Marcelo. Derecho de Obligaciones. Edit. Ibde F. Buenos Aires. 2015. Pag.463).

³⁹ Para Francesco Galgano “si las partes han atribuido constantemente un significado determinado una de las partes no podrá con posterioridad a su ejecución pretender que las palabras del contrato sean interpretadas de otra manera”. Sin embargo, la doctrina ha admitido la salvedad de que “esa aplicación práctica puede proceder de un yerro”, caso en el cual éste es admisible no “por uno solo de los contratantes sino por ambos” (Confr. Jaramillo. Carlos I. En Soto Coaguero. Tratado de la Interpretación del contrato en América Latina. Edit. Univ. Externado de Colombia y otros. 2007. Tomo II. Pag.801 y ss.-946 y ss.).

⁴⁰ La interpretación unilateral, esto es, la procedente de uno solo de los contratantes, especialmente del Estado, “no viola el derecho de los contratistas”, ni la economía del contrato, porque pueden éstos “solicitar que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato” y puede resultar más económico para la prestación del servicio público frente a las decisiones judiciales (Cons. Sent.C-1514 de 2000. En Santofimio, Jaime. Contratación Estatal. Edit. Universidad Externado. Bogotá. Pag.54 y ss.).

⁴¹ En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia constitucional en protección de la confianza legítima (Sent.T-295 de 1999).

⁴² El pliego de condiciones forma parte del clausulado contractual (C.Est.Secc.3ª.Sent.14 de marzo de 2013).

⁴³ La doctrina de los actos propios y de la confianza legítima suelen contener una garantía para el administrado “en situaciones intermedias en que sin tener o haber adquirido un derecho se le asegura que va a comportarse en la misma conducta asumida. (C. de Estado-Secc.3ª. Sent.12 de marzo de 2014).

^{43a} En este caso, se trata de una aplicación parcial de la doctrina estática de la interpretación combinada con la doctrina dinámica de la misma, donde no solo en las normas las “expresiones lingüísticas.....cambian con el tiempo” (Cons. Guastini, Riccardo. Ob. Cit. Pags.373 y ss.), sino que también ello es igualmente posible en las expresiones que se emplean en un contrato de ejecución a mediano o a largo plazo.

Y la segunda, es aquella **interpretación que puede realizar el juez** cuando, habiendo desacuerdo⁽⁴⁴⁾, se ha hecho necesaria⁽⁴⁵⁾ su intervención⁽⁴⁶⁾, quien, además de serle obligatoria sus reglas⁽⁴⁷⁾ y la metodología consagrada en la ley⁽⁴⁸⁾, no puede, so pretexto de la buena fe y de la equidad⁽⁴⁹⁾, desconocer y desatender la intención o voluntad común de las partes, sino que le corresponde acudir, primero a las reglas principales de interpretación contractual⁽⁵⁰⁾, que restringen su actividad⁽⁵¹⁾, pues en su desarrollo debe procurar la conservación del contrato⁽⁵²⁾ y del negocio⁽⁵³⁾, orientándose por los principios

⁴⁴ "Si una conciencia o voluntad discrepante de significado objetivo del acto pudiese hacerse valer en la etapa de la interpretación, no existiría luego razón para admitir impugnación del negocio a causa de tal discrepancia, sino que es precisamente el motivo de su acogida el que tal discrepancia no haya sido superable por la vía de la interpretación (Betti Emilio. Negocio Jurídico. Traducción Martín Pérez. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959. Pag. 242 y ss.).

⁴⁵ La interpretación judicial debe acarrear la "utilidad, ventajas valiosas, inclusive subjetivamente, porque desbordan a los litigantes específicos del litigio; igualmente les dan efectividad a la sentencia" (Modello Augusto M. Indemnización del daño contractual. Edit. Lexis. Buenos Aires. 2003. Pag. 199).

⁴⁶ La doctrina francesa recomienda como procedimiento para la interpretación judicial: Primero, acudir a los elementos intrínsecos del contrato, y luego a los elementos extrínsecos del mismo. Y en relación con éstos, establecer "la actitud de los contratantes en el curso de las negociaciones o en el instante de la conclusión del contrato y, a veces, con más precisión luego de la conclusión y en la oportunidad de darse su cumplimiento" (Mazeaud Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ob. Cit. No.345). Además, según Mosco "hace falta que los actos en cuestión sean relevantes en relación con la voluntad contractual que de ellos ha de deducirse y con el sentido del contrato que se trata de obtener y, además, que sean comunes a ambas partes que si ha sido ejecutado por una sola de ellas, haya sido aceptado por la otra" (En Diez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil. Ob. Cit. Pag.505).

⁴⁷ Las reglas de interpretación contractual no son discrecionales sino obligatorias para el Juez (Casac.Civil del 16 de diciembre de 1968 y del 28 de febrero de 2005).

⁴⁸ Las legislaciones al establecer reglas de interpretación de los contratos, consagran una metodología de interpretación judicial de los mismos (Vittorio. Frosine. La letra y el espíritu de la Ley. Edit. Ariel-Derecho. Barcelona. 1995. Pag. 108 y ss.).

⁴⁹ A este respecto, la jurisprudencia tradicional se "ha negado a admitir (en los contratos privados) que la buena fe y la equidad puedan prevalecer sobre la voluntad explícita de los contratantes" (Mazeaud, Hnos. ob. Cit. No.342).

⁵⁰ La doctrina tradicional ha señalado que únicamente cuando los elementos intrínsecos del contrato no permitan establecer la voluntad de las partes, el juez "tendrá el poder de acudir a la ley, a la costumbre y a la equidad" (Mazeaud. Hnos, ob. Cit. No.345).

⁵¹ La interpretación no solamente procede en caso de confusión o ambigüedad sino también en caso de "contradicción entre varias cláusulas" (Planiol y Ripert. Ob. Cit. Tomo VI. No. 373).

⁵² El principio de conservación tiene aplicación interpretativa en darle eficacia al contrato (Diez Picazo, Luis. Ob. Cit. Pag. 498-499).

⁵³ Para el derecho es igualmente importante que la interpretación mantenga el ordenamiento jurídico como el negocio jurídico a interpretar (Mesineo Francesco. En Diez Picazo. Luis. Ob. Cit. Pag. 499).

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

de la común intención⁽⁵⁴⁾ de entonces^(54a), la finalidad económica del contrato⁽⁵⁵⁾, la buena fe y la confianza legítima⁽⁵⁶⁾ y las reglas lógicas⁽⁵⁷⁾, acompañadas, en caso de antinomias contractuales, de los criterios sistemáticos⁽⁵⁸⁾ y los criterios de solución de antinomias normativas⁽⁵⁹⁾, que permitan darle vigencia y aplicación armónica al contrato^(59a), a menos que sea imposible reconocerle sus efectos⁽⁶⁰⁾. Pues, solamente en subsidio de estas reglas de la interpretación judicial, puede el juez recurrir a las demás reglas del derecho⁽⁶¹⁾.

⁵⁴ “El principio fundamental consiste en la averiguación de la común intención de las partes”. Las demás reglas de interpretación están dirigidas a “descubrir lo que hayan querido los contratantes” (Mazeaud, Hnos. ob. Cit. No.342).

^{54a} La doctrina coincide en la necesidad de tener en cuenta “la intención común de las partes al momento de contratar, cuando consideran obligarse; lo que los contratantes quisieron entonces y no ahora...”. Por ello, resalta la importancia de los antecedentes y de los momentos simultáneos de la celebración (Diez y Gutiérrez. Interpretación e integración del contrato. en Bercovitz. Ob. Cit. pag. 867).

⁵⁵ El criterio sistemático que debe aplicarse entre varias cláusulas o contratos debe estar orientado en la búsqueda de “una finalidad económica unitaria” (Diez y Gutiérrez. En Bercovitz, Rodrigo. Ob. Cit. Tomo I. pag.857 y ss.).

⁵⁶ El principio de buena fe implica estándares de lealtad, corrección, obtención de consecuencias, confianza y responsabilidad. Por lo tanto, si una de las partes, con su expresión o su declaración suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuida a dicha declaración, ésta parte no puede imaginarse situado más conforme con la confianza que le hayan podido suscitar con la buena fe” (Diez Picazo, Luis. Ob. Cit. Pag. 500).

⁵⁷ También se acude a los principios cuando es absurdo “irse en contra de sus propios intereses”, puesto que el sentido común nos orienta hacia lo contrario (Alcaraz Varó, Enrique. Ob. Cit. Pag. 114).

⁵⁸ “El criterio sistemático es una consecuencia de la unidad lógica del contrato e impone la edificación o superación de contradicciones y antinomias y la determinación de las disposiciones de carácter principal frente a las accesorias. Este criterio no solo entra en juego en las relaciones de diversas cláusulas de un mismo contrato sino también en las relaciones de varios contratos (Diez Picazo, Luis. Ob. Cit. Tomo I. pag. 502).

⁵⁹ Tradicionalmente los criterios de soluciones de antinomias se han limitado a los cronológicos, jerárquico y de especialidad (Soriano Ramón. Ob. Cit. Pag. 164 y ss.).

^{59a} Si las expresiones son contradictorias “corresponde al Juez evitarla o superarla, mediante el criterio racional que lo fundamenta” (Diez y Gutiérrez. Interpretación e integración del contrato. en Bercovitz. Ob. Cit. pag.856).

⁶⁰ En algunas legislaciones, como la Española (Art.1289 del C.Civil español) se consagra la “interpretación derogatoria del contrato” como aquella que establece la imposibilidad e inintegridad de la voluntad del contrato, al prescribir que en este caso “el contrato será nulo” (Diez Picazo, Luis. Ob. Cit. Tomo I, pag. 512).

⁶¹ Cuando los elementos intrínsecos del contrato no permitan establecer la voluntad de los contratantes “el juez tendrá el poder de acudir a la ley, a la costumbre y a la equidad” (Mazeaud, Hnos. ob. Cit. No.345).

1º.-2.- Interpretación de los contratos estatales.- Sin embargo, tratándose de contratos estatales, su interpretación está sujeta, no solo a su régimen principal, sino también al supletorio.

Lo primero indica que la interpretación de dichos contratos está subordinada principalmente a las reglas especiales de interpretación que reconocen a las Entidades Estatales la potestad de interpretación administrativa unilateral, cuando *"surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas estipulaciones que puedan conducir a la paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado"* (Art.15 Ley 80 de 1993), siempre que *"no se logre acuerdo"*. Pues, en este caso, se *"interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia"*. Para lo cual deberán tenerse en cuenta, de una parte, las reglas de interpretación normativa contractual que imponen la necesidad de hacerla de acuerdo con *"los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio de las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos"* (Art.28 de la ley 80 de 1993); y, de la otra, *"las reglas de interpretación (del contrato), los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo"* (Art.23 de la ley 80 de 1993).

En tanto que el segundo régimen supletorio mencionado, que tiene importancia cuando no ha habido interpretación unilateral administrativa o cuando habiéndola deba ser integrado o complementado en el establecimiento de su contenido, está integrado por *"las reglas civiles y mercantiles"* de los contratos celebrados, que incluyen las reglas de interpretación (Arts.822 del C. de Co. y Arts.1618 y ss. del C.Civil), sobre la interpretación voluntaria convencional o unilateral y, si fuere el caso, la interpretación judicial, tal como a continuación también se precisa.

2º.- Interpretación de los contratantes.- Se trata de aquella actividad que realizan ambos o uno de los contratantes para establecer, en caso de ambigüedad, oscuridad, contradicción o defecto en la expresión o razonabilidad, el alcance, armonía o ajuste de las cláusulas del contrato dentro del contexto y la eficacia del mismo, con consecuencias diferentes.

2º.-1.- Interpretación bilateral.- En primer término, esta interpretación se caracteriza por lo usual de su aplicación contemporánea, su expresión, regulación, objeto e importancia, naturaleza jurídica y vigencia.

i.- Procedencia usual.- La interpretación bilateral de los contratantes, es, por lo general, usual en los contratos contemporáneos. Porque, por provenir de ellos, suele fundarse en la autonomía privada cuando quiera que se considere necesaria la interpretación, **sea por ambigüedad, incompleta, o contradicción o antinomias en las cláusulas de un mismo contrato o en cláusulas de diferentes contratos.** Y, de la otra, porque suele ser una expresión de la libertad contractual e interpretativa.

ii.- Expresión (voluntaria o práctica).- De allí que suele manifestarse en unos casos de manera **declarativa**, reconociendo expresamente en forma verbal o por escrito, simultánea o separadamente (primero uno de los contratantes y luego el otro), dicho alcance con las consecuencias correspondientes de incorporación al contrato interpretado y, por lo tanto, vinculante indefinidamente durante su ejecución, y, en otros casos, manifestarse mediante la **aplicación práctica** solo en ciertos aspectos de dicho contrato, mediante hechos o actos anteriores, simultáneos o posteriores relativos, relevantes e indicativos de la intención o función común del contrato. Ello acontece cuando no habiendo claridad en el mismo sobre el lugar, la forma, oportunidad o cumplimiento de una obligación, posteriormente se ejecuta o cancela en determinado sentido.

iii.- Regulación.- Esta interpretación bilateral se encuentra **expresamente consagrada**, de una parte, cuando las mismas partes, en uso de la libertad y autonomía contractual, aclaran directamente su "intención", incluso corrigiendo, restringiendo, ampliando, rectificando o reconociendo el sentido de la anterior voluntad expresada en el contrato (Art.822 C. de Co. y Art. 1618 del C.Civil)^{61a}, y cuando se consagra la posibilidad de la interpretación, por la **aplicación práctica que hayan hecho de ellas** (cláusulas del contrato) ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte (Art.1622, inciso 3º., C.Civil).

^{61a} Así lo sostiene la Doctrina cuando señala que "no pudiendo llegarse a su corrección más que con los Artículos 1366 y 1374-1375, es decir, por vía de equidad o de buena fe cuando verdaderamente lo exigen, o bien por vía de una interpretación auténtica sucesiva, aunque atenuada por un comportamiento concluyente concorde, la que por otra parte es competencia exclusiva de las partes. Instructiva al respecto puede resultar una confrontación con la simulación, en la que hay una interpretación auténtica de las partes, un entendimiento unívoco que falta, en cambio, en la hipótesis de convergencia de intenciones puramente accidentales" (Betti Emilio. Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975. Pag. 374).

iv.- Objeto e importancia.- Por lo que esta interpretación bilateral si bien **tiene como objeto** el de esclarecimiento y ejecutabilidad del contrato interpretado, acudiendo a las reglas de interpretación que fueren pertinentes (gramatical, lógica, histórica y sistemática, con la correspondiente regla de integración), no es menos cierto que, por tratarse de una interpretación procedente de los mismos contratantes, **tiene una doble importancia:** De una parte, porque es reconocida como "**una interpretación auténtica**", en el sentido de que proviene de los mismos autores del contrato, que son los más idóneos para esclarecer el verdadero sentido del contrato que han celebrado; y, de la otra, porque siendo fruto de **un acuerdo de voluntades** (acuerdo interpretativo contractual), fundado en la autonomía privada de estos últimos, tiene un carácter jurídicamente vinculante para ambas partes contratantes, y, si fuere el caso, para los terceros, sin perjuicio de los derechos de éstos.

v.- Naturaleza jurídica de la interpretación bilateral por convenio (Interpretación declarativa) o por aplicación práctica (interpretación operativa) o por transacción.- Si bien tanto la **interpretación declarativa como la operativa bilateral** pueden tener una **vigencia instantánea o sucesiva**, según se aplique a unos actos a los cuales se refiera el contrato (v.gr. para el otorgamiento de determinada garantía dudosa del contrato) o pueda referirse a diversos actos sucesivos o continuos del contrato (como la prestación de un servicio, la ocupación de determinados inmuebles, etc.), no es menos cierto que difieren en su naturaleza jurídica, alcance y carácter vinculante. En efecto:

Por lo general, la interpretación declarativa, esto es, aquella que se recoge en una cláusula o pacto escrito o verbal (**convenios interpretativos**), también suele indicar su correspondiente aplicabilidad en todo o en una parte del contrato, así como también suele hacer parte complementaria de la correspondiente regulación, como regla interpretativa general para dicho contrato. Por lo tanto, dicha regla acarrea la obligación para ambos contratantes de darle cumplimiento al sentido y alcance interpretativo convenido para ciertas palabras, derechos, obligaciones o institución, so pena, en caso contrario, de incumplir dicho convenio interpretativo y de quedar sometida la parte incumplida a la consiguiente indemnización de perjuicios.

En cambio, la interpretación que de un contrato se hace en forma práctica, esto es, mediante la aplicación a hechos, actos, casos o periodos concretos, por ambas partes, si

bien es una aplicación voluntaria consentida por ambos contratantes, también lo es que no alcanza a ser una regla obligatoria del contrato para toda su vigencia pasada y futura del mismo fenómeno, sino que, por el contrario, se trata de una interpretación limitada en el tiempo al pasado y a los fenómenos aplicados, razón por la cual se trata de una regla regulatoria exclusivamente para los hechos, actos o períodos pasados a los cuales se aplica, y no para todos aquellos que en el pasado han ocurrido y no se han aplicado, ni menos para los hechos, actos futuros que se presenten. Por lo tanto, esta interpretación práctica no genera una regla interpretativa que derogue las demás interpretaciones pasadas, ni tampoco sustituya su regulación hacia el futuro. Por lo que, entonces, dicha interpretación práctica, solo genera efectos jurídicos vinculatorios para los casos en que se aplica de buena fe, acompañada de la lealtad de las partes.

Pero en ambos casos la interpretación bilateral resulta vinculatoria para ambos contratantes, debido a su doble carácter de interpretación auténtica y de mutuo acuerdo. Lo primero, porque, al proceder la interpretación de los mismos sujetos que celebraron el contrato, los contratantes, ello indica que son los más indicados para proceder a interpretar, integrar y armonizar el consentimiento anteriormente expresado, pues son los más idóneos para determinar las ambigüedades, las omisiones y las contradicciones manifestadas anteriormente, y son los mejores llamados a determinar el alcance correcto de dicho consentimiento con la interpretación, integración o armonización correspondiente, a fin de que con ella se obtengan los fines que se propusieron, sin que terceros puedan contradecirlo. Pues, solo ellos pueden establecer fidedignamente lo que quisieron decir. De allí que, aunque las interpretaciones adoptadas aparezcan ante los demás como distintas o contradictorias a lo acordado o estipulado expresamente en el contrato, ellas deberán ser consideradas como verdaderas interpretaciones y no como modificaciones a este último, puesto que, en el fondo, revelan no solo los defectos cometidos sino la verdadera intención y fines de los contratantes. Pues, aquellos pudieron obedecer a falencias gramaticales, de sintaxis, de redacción, de distorsión u otro defecto en la expresión, que conllevó a una declaración distinta, diferente o contradictoria, a lo que pretendían los contratantes, y que, por tanto, se aclara, con la corrección, adición o complementación correspondiente, siempre partiendo de la base de que se trata del mismo contrato, ahora interpretado, integrado o armonizado, y no una modificación o complementación del mismo.

Así mismo, su carácter vinculante también descansa en la voluntariedad bilateral de dicha interpretación que hace que, al igual que todo consentimiento o contrato, sea vinculante (Art.1602 del C.Civil), no obstante que se trate de una voluntad interpretativa pues, esta última, al esclarecer el contrato interpretándolo, integrándolo o armonizándolo, entra a formar parte del mismo en el objetivo interpretativo de su respectivo entendimiento, tal como más adelante se expone.

vi.- Vigencia de la interpretación declarativa o práctica.- De allí que estas interpretaciones voluntarias de las partes, tanto la declarativa como la operativa, suelen tener vigencias diferentes. En efecto:

Las interpretaciones declarativas convenidas mediante cláusulas o pactos escritos u orales suelen determinar su vigencia, y, si fuere el caso, también señalan sus respectivas consecuencias. Ello sucede cuando se conviene **una interpretación operativa de común acuerdo**, mediante cláusula o pacto adicional, escrito u oral, sobre un contrato que tiene una **duración determinada o indefinida**, caso en el cual la interpretación convenida suele igualmente extenderse durante la vigencia del contrato. Ello ocurre por ejemplo, cuando se aclara el alcance de una obligación o el lugar de su cumplimiento que aparece dudosa en el contrato; y cuando se trate de aplicación de un uso interpretativo en esos contratos con vinculación general indefinida (Arts. 5º. y 822 del C. de Co; Arts. 1621 C.Civil; y Art. 1.8 y 4.3 de Unidroit).

Lo mismo se da cuando se **conviene explícita o implícitamente que tenga una duración determinada**, como ocurre cuando se conviene entender que la prestación tenga determinada cobertura hasta que posteriormente se establezca un límite por una o ambas partes contratantes, o hasta cuando no haya voluntad en contra sobre el particular. En cambio, como la **interpretación práctica u operativa** suele efectuarse para permitir la ejecución del contrato sin o con el menor traumatismo, particularmente en caso de ambigüedades, dudas o vacíos contractuales, ello suele **conllevar una vigencia limitada en lo fáctico y lo temporal**: Lo uno, para limitarla a la situación fáctica aplicada y no a las situaciones fácticas a las cuales no se aplicó ni a las futuras de la misma clase. Y lo otro, porque no afecta los pactos o cláusulas previas que se habían convenido, ni tampoco las aplicaciones prácticas precedentes que se hayan hecho de buena fe por los contratantes (Arts. 1618 y 1622, inciso 3º. del C.Civil), y, con mayor

razón, cuando se trata de transacción basada en una interpretación práctica (Art.2482 del C.Civil), a menos que se hubiese demandado la nulidad de dicha transacción.

Sin embargo, **esta aplicación práctica de un contrato hecha de mutuo acuerdo**, desaparece cuando, en virtud de ella, ambas partes contratantes aplican otra interpretación diferente, o una de ellas se separa de la interpretación anterior, generando un desacuerdo en la interpretación anterior. Pues, en estos eventos al desaparecer la aplicación del mutuo acuerdo interpretativo, deja de ser igualmente vinculante para ambos contratantes, la referida interpretación bilateral.

2º.2.- Interpretación unilateral.- Por su parte, la interpretación unilateral también se caracteriza por su regulación, facultad unilateral, inoponibilidad y surgimiento posterior en desacuerdo a una anterior.

i.- Regulación.- La interpretación unilateral de uno de los contratantes también se encuentra consagrada implícitamente en el referido inciso 3º. del artículo 1622 del C.Civil, aplicable en materia mercantil y administrativa (Art.13 de la Ley 80 de 1993).

ii.- Facultad unilateral de interpretación práctica (Existencia. Renuncia. Acto propio justificado).- Primeramente precisa el Tribunal que si bien, en uso de la libertad contractual se reconoce a cada uno de los contratantes la facultad de señalar "*su intención*" en el contrato (Arts.15, 1618 del C.Civil) también lo es que se le reconozca la facultad de interpretarlo con "*la aplicación práctica de.....una de las partes*" (Art.1622, inciso 3º., C.Civil), que, no obstante su procedencia, no atenta contra el acto propio, ni la inoponibilidad contra terceros, ni la transacción que le haya dado origen. En efecto:

En primer término, porque, tal como quedó dicho, la limitación fáctica de la limitación práctica, aplicada a los hechos o actos correspondientes, **no implica, por sí misma, una renuncia o abdicación (61b) a ejercerla en forma diferente en hechos o actos**

^{61b} Como el objeto de la renuncia o abdicación se funda en el principio de la libertad de ejercicio y la renunciabilidad de los derechos, es doctrina general que "cualquier derecho, facultad o relación jurídica" puede ser materia de renuncia (Ossola, Federico Alejandro. Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones. Ed. La Lee. 2012. Tomo I. pag. 201). Por lo tanto, resulta lógico entender que el objeto de la renuncia también puede referirse a las facultades dispositivas que tienen las partes no solo para modificar o sustituir las reglas sustanciales de regulación de los contratos, sino también las reglas de interpretación del mismo que no atenten contra el orden público (Arts. 1501, 1602, 1502 y 1520 del C.Civil).

posteriores, a menos que en forma expresa o inequívoca se haya manifestado^(61c).

En segundo término, porque quien jurídicamente asume una conducta que genera para la otra parte la confianza de un comportamiento futuro igual o semejante, consecuentemente **no puede injustificadamente adoptar un comportamiento contrario** que afecta a esta última; también lo es que **si existe una causa justificativa**, aquella parte puede hacer un cambio de comportamiento y adoptar uno diferente o contrario. Y ello se presenta cuando se funda en cambios normativos, cambios o modificaciones, alegaciones o sustituciones de las cláusulas contractuales anteriores, en ocurrencia de desequilibrios contra prestaciones, revisión o terminación del contrato, ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito u ocurrencia de causa exonerativa de responsabilidad, o sencillamente en el ejercicio de facultades otorgadas por otras cláusulas contractuales, etc.

Por lo que si, independientemente de su acierto o desacierto, el resultado del **cambio interpretativo se muestra razonablemente fundado en una de las cláusulas del contrato y ajustado a derecho**, la referida interpretación unilateral, adoptada con un comportamiento, aunque sea contrario a la interpretación bilateral anterior, no resulta injustificada y, por tanto, no vulnera el citado principio de no ir injustificadamente en contra de los actos propios. Tampoco iría en contra de la transacción a que se hubiese llegado en la interpretación de una cláusula, porque ella se limitaría a la interpretación práctica transigida de manera bilateral, y no a las interpretaciones futuras.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, dicha interpretación unilateral, **resulta inoponible a la otra parte y a terceros**, tal como se expone a continuación.

^{61c} La doctrina también tiene sentado que la renuncia, como “una especie de acto arbitrativo, unilateral, gratuito, de disposición, generalmente no traslativo, por lo general no formal, de interpretación estricta y retractable” (Ossola, Federico Alejandro. Ob. Cit. Tomo I. pag. 3); por lo que “por ser de interpretación restrictiva debe pactarse en términos inequívocos” (Ibídem, Tomo I. No.62), bien sea en forma expresa mediante “la manifestación expresa de la voluntad” (Ob. Cit. Tomo II No. 170), o en “forma tácita” derivada de “actos positivos” o “por silencio” o por “presunción”, siempre que lo haya indicado expresamente la ley (Ossola, Federico Alejandro. Ob. Cit. Tomo II. Nos. 174, 178, 182 y ss. pertinentes). Sin embargo, la regla general es la de “la inexistencia de renuncia ante la mera omisión de formular reserva” ya que, además de tratarse de una mera negación, “en la mayoría de los casos, es inocuo, ya que la mera omisión de reserva nada agrega, ni quita” (Ossola, Federico A. Ob. Cit. Tomo II. No. 181).

iii.- Inoponibilidad interpretativa.- Sin embargo, la eficacia de la interpretación unilateral práctica debe establecerse en armonía con la regla general de la obligatoriedad de los contratos (Art.1622, inciso 3º. y 1602 del C.Civil). Por lo tanto, mientras **es obligatoria la interpretación bilateral**, la declaración unilateral interpretativa de uno de los contratantes en el derecho privado no tiene el efecto vinculatorio para ambos contratantes y, por consiguiente, ella sería inoponible al otro contratante mientras este último no la apruebe; **en tanto que la misma interpretación unilateral solo vincularía a la parte que la hace**. En este caso, la obligatoriedad unilateral de la interpretación privada descansa en la declaración voluntaria (Art. 1494 del C.Civil); en tanto que en los contratos estatales descansaría en el mandato legal (Art.15 de la ley 80 de 1993, en armonía con los principios contractuales de buena fe, conservación y autonomía privada y, en especial, el de non venire contra factum proprium).

Por lo que en estos eventos **si bien la interpretación unilateral no vincula** al otro contratante en los contratos de derecho privado o lo vincula de manera limitada en la contratación estatal, por las razones antes mencionadas, también lo es que no puede irse en contra de la interpretación declarativa bilateral que previamente se haya asumido de buena fe, creando la confianza legítima del otro contratante.

iv.- Interpretación bilateral práctica, previa a la unilateral posterior.-En el evento de **conurrencia de ambas interpretaciones**, la bilateral y la unilateral, será indispensable, entonces, establecer el carácter de la **fuerza vinculante** de una y otra, para derivar las consecuencias jurídicas pertinentes.

Y ello precisamente ocurre cuando existe una **alteración de la vigencia interpretativa**, tal como cuando habiendo inicialmente convenido la aplicación de una interpretación contractual basada en determinada cláusula que se consideraba ambigua o incierta en su contenido o aplicabilidad, posteriormente deja de existir este acuerdo, para las posteriores interpretaciones prácticas en casos semejantes. Ello se presenta cuando surge un desacuerdo o discrepancia posterior en la interpretación o en la continuidad de la interpretación común anterior debido al cambio del sentido o alcance unilateral de uno de los contratantes. Tal como habiendo interpretado las circunstancias ambiguas del contrato sobre el precio de un determinado producto, basado en el **precio del mercado común, uno de los contratantes posteriormente cambia su interpretación, por el precio del mercado especial o el precio fijado en bolsa.**

En este evento, en el cual **se presentan sucesivamente dos interpretaciones prácticas, la primera bilateral y la segunda unilateral posterior**, esta última si bien disuelve la anterior por destrucción del mutuo acuerdo y consecuentemente no la hace vinculante para el futuro, no es menos cierto que **la deja vinculante para los casos en que se aplicó en el pasado**. Por lo tanto, al desaparecer la práctica interpretativa adoptada por mutuo acuerdo, deja de ser vinculante y habrá que acudir a aquella interpretación que pueda tener **fuerza vinculatoria para ambas partes**, que puede ser la administrativa o la judicial, sin afectar el carácter vinculante de los actos y los derechos ejecutados con la interpretación bilateral anterior. Sin embargo, **la interpretación administrativa o judicial posterior** que sea vinculante para ambas partes, solo pueda tener eficacia inmediata hacia el futuro, ya que, en virtud del carácter vinculante de la interpretación bilateral o por mutuo acuerdo anterior (Art. 15 y 28 de la Ley 80 de 1993), la nueva interpretación práctica de la Entidad Pública no puede afectar los actos y derechos comúnmente aceptados en la ejecución y cumplimiento anterior del contrato.

Sin embargo, para que la nueva interpretación práctica pueda producir efectos será indispensable que no solo se comunique oportunamente al otro contratante, sino que igualmente este, según el caso, acepte la nueva interpretación unilateral administrativa o convenga en la nueva interpretación.

3º.- Interpretación judicial.- Esta interpretación viene a ser aquella actividad del juez para establecer el alcance y sentido funcional del contrato que procure, de un lado, mantener en lo posible la eficacia del contrato de acuerdo con la libertad y autonomía privada o estatal de los contratantes en los intereses por ellos regulados dentro de los límites de la ley; y, del otro, la de sujetarse aquella interpretación que sea necesaria en aplicación de la ley (Art.42 num.6º. del C.G.P. y Art. 16 y 18 del C.Civil y Arts. 15, 13 y concord. de la Ley 80 de 1993). Para tal efecto, corresponde al Juez:

En primer lugar, **determinar, como se verá más adelante, no la simple existencia de disposición de términos, instituciones o regulaciones ambiguas o plurívocas que requieran la precisión de su exacto sentido, sino, como ocurre en el caso sub examine, será necesario determinar las estipulaciones contradictorias**. Para lo cual es preciso establecer su respectivo alcance, tal como cuando, en lo que interesa al caso sub examine, una cláusula toma un aspecto (o base) cuantitativo menor para

hacerle producir efectos jurídicos, en tanto que en otra toma posteriormente otro aspecto (o base) cuantitativo mayor para hacerle producir las mismas consecuencias jurídicas, caso en el cual **la contradicción radica en el supuesto de hecho de carácter cuantitativo, el uno menor y el otro mayor.**

En segundo término, habrá que acudir a **los criterios de solución de contradicciones**, dentro de los cuales se destacan:

El primero, **el cronológico**, consistente en la prevalencia del convenio posterior sobre el anterior, cuando existen marcadas diferencias de carácter temporal, **el cual resulta inútil** cuando se trata del mismo acto o contrato, pues temporalmente, a pesar de que hagan parte de un proceso de celebración, terminan con la misma fecha. En este caso, resulta necesario apreciar la voluntad como una sola integrada temporalmente.

El segundo, es **el criterio material o de contenido** de su extensión, consistente en establecer el alcance general o especial que pueda tener una y otra cláusula, evento en el cual, en forma similar a lo que ocurre con las normas jurídicas del mismo cuerpo, se hace indispensable tener en cuenta aquella como regla general, y ésta última como excepción; y, en caso de similitud, proceder a integrarla o separarla, de acuerdo a su naturaleza (v.gr. imperativa o dispositiva), funcionalidad (v.gr. económica, personal, etc.), etc. Sin embargo, en algunos aspectos también puede resultar inútil este criterio.

El tercero **el criterio racional**, esto es, de la razón de forma y de fondo de las estipulaciones contradictorias. **Pues, si ambas estipulaciones tienen una base cuantitativa diferente, una menor anterior (por ejemplo que supere un tope de diez) y otra mayor posterior (que supere un tope de quince), ambas se armonizan en que queda excluida de dichas consecuencias jurídicas la inferior a aquella cantidad (inferior al tope de diez) y queda incluida la superior a la última (la superior al tope de quince), quedando la contradicción reducida entre la cuantía menor inicial y la cuantía mayor inicial (entre los topes de diez y quince).** Seguidamente, esta contradicción, así reducida, puede resolverse acudiendo al **fundamento racional** para regular la consecuencia jurídica, esto es, la razón común que se tuviera para hacer ambas regulaciones, tal como lo veremos en su oportunidad, con la razón común para establecer el derecho al reembolso en caso de prestaciones de servicios de alto costo.

4º.- Interpretación judicial y solución sobre cláusulas contradictorias.- Cuando quiera que corresponda al Juez la interpretación judicial de un contrato y ésta no logre evitar o disipar la contradicción existente entre dos o más cláusulas contradictorias, se hace indispensable, entonces, realizar aquella actividad consistente en la determinación de las soluciones necesarias para su correspondiente resolución, teniendo en cuenta para su coherencia⁽⁶²⁾, su procedencia, alcance, función, eficacia y criterios pertinentes.

4º.1.- Procedencia.- Previamente precisa el Tribunal la posibilidad de la existencia de ambigüedades y contradicciones en el contrato privado o estatal, aunque ella se manifieste de manera diferente.

Porque si bien en el **derecho privado** el principio de la unidad o indivisibilidad de la aceptación de la oferta ordinariamente coherente (Arts.851, 854 y 873 del C. de Co.) impide el surgimiento de contradicciones en su contenido, ello no evita que las referidas contrariedades puedan presentarse en las negociaciones directas (Art.863 del C. de Co.) que concluyan en el contrato.

En tanto que, por el contrario, **en los contratos estatales**, por lo menos en los que requieren licitación o concurso, como quiera que su formación se integra no solo por el acto administrativo de apertura, el pliego de condiciones, los anexos, las solicitudes y respuestas de aclaraciones o rectificaciones, las propuestas, los estudios, la adjudicación y la celebración del contrato, sino también **por la redacción de su contenido** (Arts.30, 20 num.5, 41 y concord.de la Ley 80 de 1993); no puede menos que concluirse que en estos contratos existe la mayor probabilidad de que en cada una de sus fases o en alguna de las partes que componen su contenido, puedan presentarse **tanto ambigüedades como contradicciones**, que no hayan sido superadas.

Sin embargo, en caso de haberse celebrado el contrato estatal con **dichas contrariedades** en su contenido o en los demás documentos que lo integran, se hace necesario, en virtud del principio de la eficacia contractual, partir de la base de los efectos jurídicos de dichas cláusulas contradictorias, por lo que **quien alegue su ineficacia**

⁶² Al respecto la doctrina sostiene que la coherencia del sistema del derecho no está en la no existencia de contradicciones, sino, al contrario, en la de poder "contribuir al cumplimiento de esta tarea examinando los diversos casos de contradicciones en derecho". (Malinowski, George. Introducción a la lógica jurídica. Edit. Eudeba Buenos Aires. 1973. Pag. 145 y ss.).

total o parcial de las cláusulas en conflicto, no solo deberá demostrar lo convenido contradictoriamente, sino que, en caso de que fuere necesario, también deberá **probarse la intención o fundamento común que la sustenten (v.gr. los riesgos compartidos y la regulación del desequilibrio prestacional) o el derecho que se aduce para que produzca parcial efecto (Art. 41, inciso 5º., Ley 80 de 1993), tal como más adelante se indica.**

4º.2.- Determinación de la contradicción y su conciliación.- Consiste en la necesidad de determinar previamente **el alcance** de la contradicción contractual de sus estipulaciones, la cual, a diferencia de la contradicción normativa o de las reglas legales, no es abstracta, ni tampoco general, sino, por el contrario, es una contradicción concreta en el mismo contrato. Por lo que ella debe buscarse en las disposiciones o cláusulas de un mismo contrato, teniendo en cuenta que ellas pueden recaer en aquellas **manifestaciones de voluntad reguladoras del contrato** en cualquiera de sus fases de formación (como invitación, licitación, pliego de condiciones, aclaración o celebración), **expresada de manera incompatible** en la estructura formal de la materia (bien sea en los supuestos de hecho, o bien en sus consecuencias jurídicas), vigencia (en lo temporal, espacial, personal o jerárquico contractual o legal) o ejecución (en cuanto a la posibilidad de su cumplimiento o responsabilidad), que regula, y que, por tanto, **dificulta o hace imposible** absoluta o relativamente su recto entendimiento y su consiguiente aplicación.

Ahora bien, dicha contradicción puede **tener causas** en defectos que afectan la coherencia del sentido de las estipulaciones o cláusulas, tales como el olvido, negligencia, falta de revisión en la redacción, prolongación de las negociaciones y actividades, etc.; y que hace necesaria su armonización o eliminación, para su recto entendimiento y aplicación.

De allí que tales afectaciones de la **coherencia** del sentido de las expresiones, se diferencien de aquellas que afectan directamente la **libertad de expresión en caso de error o dolo**, ya que éstas constituyen vicios que trascienden a la validez del contrato y deben ser eliminadas o saneadas para restablecer o confirmar la libertad contractual.

Así mismo, **a diferencia de las antinomias normativas** que suelen evitarse o producirse después de la interpretación correspondiente⁽⁶³⁾, **la contrariedad en las estipulaciones contractuales**, por lo general suelen estar preestablecidas en el contrato a interpretar^(63a) o en la ley^(63b), por lo que ellas deben ser resueltas de manera especial. No en forma abstracta, ni de manera igual o idéntica a la solución de la contradicción normativa; sino, por el contrario, su solución debe ser en forma concreta y específica, de acuerdo con las reglas técnicas consagradas específicamente para la interpretación de los contratos⁽⁶⁴⁾, tal como más adelante se indica. Pues las reglas de interpretación contractual no solo comprenden la actividad tendiente a determinar la intención y el sentido de las cláusulas contractuales, construyéndolo^(64a) si fuere el caso, sino que también incluye, como interpretación sistémica^(64b) del contrato, la actividad de lograr la armonía y eficacia, en lo posible, de la contradicción en dichas cláusulas (contradictorias), lo que hoy suele llamarse, con mayor acierto, conciliación de las cláusulas contradictorias.

⁶³ Así también lo reconoce la doctrina italiana (Guastini, Riccardo. Ob. Cit. Pag. 123).

^{63a} Así lo reconoce la doctrina respecto de aquellas cláusulas del contrato que, por su expresión, suelen ser “independientes o correctivas en sentido restrictivo de las declaraciones contractuales” (Betti, Emilio. Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos....ob. cit. pag. 375).

^{63b} La ley en ciertos casos establece la ineficacia de ciertas cláusulas, como acontece con las cláusulas abusivas (Art.43 de la Ley 1480 de 2011), y, en otros eventos, la doctrina considera igualmente prevalente una cláusula contradictoria que se ha convenido adicionalmente a los formularios contractuales (Betti, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos.....ob. cit. pag. 375).

⁶⁴ “En cierto sentido, las técnicas de solución de antinomias no son objeto de la teoría de la interpretación, dado que (aunque con algunas no excepción marginal) son regulados por normas jurídicas positivas y son distintas según el tipo de fuentes involucradas” (Guastini, Riccardo. Ob. Cit. Pag. 124 y ss.).

Además, “para resolver una antinomia (normativa)hay que eliminar -en algún sentido habrá que precisar (la derogación, la vigencia o la inaplicación)- o al menos derrotar alguna de las dos normas en conflicto (o quizás, eliminar ambas); y eliminar, así como derrotar, una norma son casos que atañen a la producción del derecho antes que a la interpretación” (Ibídem, pag.124).

^{64a} En el Derecho Anglosajón la constructio “trata de explicar el significado textual que una palabra, cláusula u oración posee dentro de un enunciado dando una explicación, tras un análisis lingüístico en el que se tiene muy en cuenta, por supuesto, el significado dado por el diccionario, los signos de puntuación y todo el contexto” (Alcaraz, Varó, Enrique. El Inglés Jurídico. Ob. Cit. pag. 30 y ss.).

^{64b} Pues, la doctrina “muestra al Juez la vía para interpretar no solo las cláusulas ambiguas, sino el conjunto del contrato que pueda dar lugar a dudas en el sentido que pueda tener algún efecto, cuando no de no seguir este camino no tendría ninguno” (Betti, Emilio. Interpretación.... Ob. Cit. pag.377).

4º.3.- Intervención judicial.- Acontece cuando habiendo disposiciones o cláusulas contradictorias en un contrato, las partes contratantes, desde un comienzo o posteriormente, no solo reconocen la existencia de dicha discrepancia, sino que acuden a la jurisdicción para su solución judicial.

4º.4.- Solución judicial eficaz.- En este caso, corresponde al Juez, de una parte, ponderar el mayor valor de la voluntad contractual, basado en el principio de la autonomía⁽⁶⁵⁾ de la voluntad, frente a otros principios, como el de dinámica administrativa, y, de la otra, en virtud de los principios de conservación y efectividad contractual, que le son obligatorios (Arts. 1602, 1608, 1620 y 1622, inciso final del C.Civil), también le corresponde procurar que la solución de la contrariedad sea resuelta con eficacia plena o parcial, según que abarque todos o algunos de los aspectos de la contrariedad, incluyendo la posibilidad de corrección, dejando como excepcional la ineficacia relativa o absoluta de dichas disposiciones.

4º.5.- Criterios de eficacia posible.- De allí que la actividad judicial consista en **armonizar o, en su caso, conciliar las disposiciones o cláusulas contradictorias**, acudiendo a los elementos intrínsecos o extrínsecos comunes que lo permitan⁽⁶⁶⁾. Por lo que se hace indispensable no solo tener en cuenta **los criterios tradicionales** de solución de contrariedad normativa y analógica, como los cronológico, jerárquico y de especialidad, sino también los racionales de eficacia que fueren pertinentes (a mayori, a minori, asimili, a contrario, etc.). Porque si las disposiciones o cláusulas contractuales son expresiones formales de un lenguaje conceptual de proposiciones de enunciados y consecuencias jurídicas, sujetas a **reglas o normas racionales**, no puede menos que concluirse en la posibilidad de que su contrariedad pueda superarse con la aplicación de **uno o varios criterios normativos y racionales**, que sean necesarios, tales como a continuación se exponen:

⁶⁵ Ello obedece a que “los contratos permiten a una persona atarse a sí misma para ejecutar una acción, estimulando así a otra a contar con ella y a ejecutar una acción...” (nozick, Robert. La Naturaleza de la Racionalidad. Edit. Paidós. Barcelona 1995. Pg.29).

⁶⁶ Para la doctrina contemporánea ponderar es balancear o sopesar dos principios para decidir cual es el de mayor valor que debe ser aplicado de manera preferencial; en tanto que conciliar, por su parte, es mezclarlos, de tal manera que la solución contenga ambos que se apliquen parcialmente (Cons. Guastini, Riccardo. Ob. Cit. Pag. 219).

En primer término, porque si dicha contrariedad surge en diferentes épocas en el **proceso de formación del contrato incluyendo la redacción final**, a pesar de que éste tenga una misma fecha, no lo es menos que su expresión en diferentes momentos puede servir de referencia para establecer no solo el proceso de formación unilateral o bilateral del mismo, en sus diferentes posturas y posiciones, provisionales o definitivas, sino también para **lograr esclarecer el alcance de dichas cláusulas o disposiciones, en cuanto fuere posible**.

En segundo término, porque si las discrepancias de las disposiciones o cláusulas contractuales **se refieren a diversos niveles**, como subordinantes y subordinadas en una misma relación contractual (v.gr. como las de cláusula de un contrato de sociedad, y la del convenio contradictorio que pretende desarrollarlo, etc.) el **criterio jerárquico** también tiene importancia para su solución.

En tercer término, porque si una de las referidas cláusulas tiene un **contenido general** (como la determinación del precio unitario por cada prestación de servicio, etc.) y otra **contenido especial** o excepcional (como la del precio de la prestación del servicio a domicilio), también resulta útil el criterio de la prevalencia de la especialidad, a semejanza de lo que ocurre en materia normativa (**lex specialis per generalem non derogatur**), a menos que la posterior tenga términos absolutos.

En cuarto término, porque si dentro de las disposiciones o cláusulas contradictorias una de ellas contempla **una regulación mayor** (como la de autorizar la venta por determinada cantidad) y otra aparenta exigir autorización (como la de requerir autorización para la permuta, etc.) también resulta lógica la solución que la primera por ser regulatoria general prevalezca sobre la segunda (**argumentum a maiori ad minus**).

En quinto lugar, porque si dentro de las disposiciones o cláusulas contradictorias una de ellas reconoce un **derecho con un mínimo** de requisitos, y la otra lo reconoce sin señalarlos, también resulta lógica la **prevalencia suficiente** de aquella para el reconocimiento correspondiente.

En sexto término, porque en caso de que una de las cláusulas regule un aspecto (v.gr. recargo por venta de cosa a domicilio) y otra omita esa regulación (v.gr. omisión de

recargo en prestación de un servicio a domicilio), también resulta lógico, fundar el **tratamiento análogo** de la primera a la segunda (**argumentum a simili ad similitudinem**). En séptimo término, porque si dentro de las cláusulas o disposiciones contradictorias, una de ellas **establece el requisito mínimo** para el reconocimiento de un derecho, es lógico entender que quien no alcance ese mínimo, no obtiene ese derecho (**argumentum a contrarium**). Lo mismo cuando una de ellas reconoce el derecho hasta cierto límite (v.gr.cantidad), resulta lógico negar dicho reconocimiento a partir de ese límite (**argumentum a contrarium**).

En octavo término, porque si dentro de las cláusulas o disposiciones contradictorias, una de ellas tiene una **regulación general** (v.gr. como la del objeto de comercialización de bienes y servicios), y otra solo se relaciona con una específica (como la comercialización de oro, también resulta lógico que con base en aquella cláusula (como premisa mayor) y en el interés de comercializar inmuebles (premisas menores), resulte lógica la posibilidad de dicha comercialización (**silogismo jurídico**).

En noveno término, porque si dentro de las disposiciones y cláusulas contradictorias, existe un **propósito común** que le sirve de fundamento^(66a) (como el de regulación de riesgos excepcionales del contrato, como el de pérdidas o deterioros de la cosa, **riesgos por enfermedades de alto costo**, etc.), también resulta lógico entender que deba ser éste y no las expresiones lingüísticas inexactas que fueron adoptadas, **el propósito que sustente y demuestre de manera común dichas cláusulas**.

En décimo término, porque si dentro de las disposiciones o cláusulas contradictorias una o ambas aparecen **como incoherentes en el contrato** (como cuando sobre el mismo punto una de ellas satisface el interés exclusivo de una parte, y la otra el interés exclusivo

66a Porque, al decir de la doctrina Italiana, en algunos casos es necesario para la interpretación replantearse el problema que pretendió regularse por el contrato. Porque "encontrando en el resultado obtenido el necesario punto de contacto de apoyo, sin volverlo a negar, inducen al interprete a replantearse el problema práctico resuelto por las partes con el precepto contractual, aclarando la solución con una medida objetiva en la interpretación de una interpretación técnica", especialmente cuando existen "conflictos de intereses (actual o virtual) que, en los contratantes, y en general, en los negocios intervivos del tráfico, inducen naturalmente a las partes a sostener interpretaciones deformes y opuestas. Puesto que es de prever que las partes, si se les preguntase sobre los puntos no regulados, darían respuestas discrepantes, no siendo sentido tratar de buscar su presumible intento común en la relación con tales extremos, por lo que es lógico, entonces, sustituir éste por otros criterios de carácter objetivo, abandonando el milagro ilusorio de reconstruir una presumible voluntad o de encontrar en ésta una hipotética justificación (perfectamente plausible en los negocios mortis causa)" (Betti, Emilio. Interpretación.... Ob. Cit. pag. 376).

del otro contratante) resulta indispensable su interpretación^(66b) y lógico, en procura de dicha coherencia^(66c), armonizarlas con los principios contractuales de su regulación (como los de relatividad contractual, buena fe, lealtad, no irse contra sus propios actos, etc.) y de su ejecución (como los de justicia o equidad en la distribución de los riesgos, etc.) y con los principios generales pertinentes (como los de justicia y de equidad en general), con los consiguientes reajustes necesarios.

4º.-6.- Criterios de ineficacia contractual (destrabamiento contractual).- Son aquellas directrices que procuran destrabar o deshacer la contrariedad de las disposiciones o cláusulas de un contrato y, en consecuencia, establecer la carencia relativa o absoluta de efectos jurídicos de una o ambas disposiciones o cláusulas contradictorias, debido a la afectación racional o esencial que ha tenido el proceso de formación del contrato. Ello ocurre:

En primer término, cuando se establece que la contradicción en las distintas disposiciones o cláusulas contractuales, **resultan insuperables racionalmente**, porque, a pesar de haberse reconocido su expresión, también se demuestra su carácter ininteligible (como cuando en una cláusula se incluye la venta de un objeto y en la otra se excluye de la venta del mismo objeto; o cuando en una se refiere a la venta de un objeto X y la otra se refiere a la venta de un objeto Y), resulta lógico, como análogamente (Art.8º. Ley 153 de 1887) se dispone para las condiciones ininteligibles (Art.1532 in fine y 1537 del C.Civil)^(66d), que **no se reconozcan, según el caso, efectos jurídicos a una o ambas cláusulas.**

^{66b} Teniendo en cuenta, de una parte, el criterio de "autoresponsabilidad correlativa" del deber de las partes de "hablar claro" y "con la confianza fundada sobre el sentido común significado de las declaraciones contractuales"; y, de la otra, basado en los criterios de la revisión de las mismas entorno a la "adecuación de los intereses que viene autorizada para los contratos a título oneroso" (Betti, Emilio. Interpretación de la ley...ob. Cit. pag. 379 y ss.).

^{66c} Los principios, como directrices en la construcción de un sistema, también contribuyen a su coherencia y racionalidad (Prieto Sanchis, Luis. Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico. Edit. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.pg.183 y ss.).

^{66d} Si bien es cierto que el criterio de la comprensión se manifiesta con "la sola enunciación de las reglas o también a pruebas de uso en sí mismas"; también lo es que "el sistema del lenguaje (es) el que convierte la oración en un pensamiento" (Wittgenstein, Willis. Gramática Filosófica. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México.- México. 1992.Nos. 42 y 104).

En segundo término, porque cuando se demuestra que es aparente la contrariedad de las disposiciones o cláusulas contractuales mencionadas, no puede menos que **encontrarse justificada la ineficacia unilateral o bilateral de las referidas cláusulas**. Ello acontece, por ejemplo, cuando aparece acreditada que las diferencias de una o ambas partes contratantes presentaron en el de curso de formación del contrato, tan solo fueron **manifestaciones provisionales** dentro del mismo, que, si bien aparentan una contradicción unilateral o bilateral final, ella realmente no ocurrió. Porque, en el fondo, la redacción final del contrato no recogió exactamente lo finalmente querido, sino lo inicialmente querido. Pues, por ejemplo, el redactor no tuvo en cuenta que hubo cambio de posiciones, desistimiento, arrepentimiento, falta de decisión o conclusión del contrato, etc.; por lo que al no recoger lo definitivamente querido, **no puede, por tanto, producir efectos jurídicos**, por ser contrario a lo querido por los contratantes, a menos que se haya acudido a su invalidez o ineficacia judicial (Supra No.2.2.1.A.g.).

i. Interpretación y aplicación contractual.-

Así mismo, resalta el Tribunal que si bien la interpretación tiene por objeto central el establecimiento del alcance, sentido, armonía, ajuste y corrección del contenido de las cláusulas y del contrato, y la aplicación procura subsumir los hechos en la regulación convencional y legal del contrato, para derivarle sus consecuencias jurídicas; también lo es que, por lo general, aquella suele conllevar la aplicación de ésta última, esto es, que ordinariamente en virtud de una interpretación contractual se procede a la ejecución correspondiente. Sin embargo, también resulta posible que exista una aplicación del contrato, sin que previamente haya existido una actividad interpretativa, como cuando aquella se considera innecesaria o se omiten sus cláusulas, cuando se ejecuta directamente el contrato.

Por lo que, entonces, si bien a la interpretación correcta o incorrecta del contrato suele seguir una aplicación debida o indebida del mismo, también puede dársele uno o lo otro de manera separada.

B.- Efectos contractuales.-

El contrato de prestación de servicios médico asistenciales produce los efectos contractuales comunes y particulares que resulten indispensables recordar.

a. Deberes comunes.-

Resultan de singular importancia en el caso sub examine.

1º.- Determinación general.- Dentro de estos se destacan, entre otros, los deberes de obrar con buena fe, con confianza legítima, lealtad, diligencia, cooperación, etc.

2º.- Deber de cooperación.- Se trata de un deber legal apropiado en estos contratos, debido a su regulación y alcance.

En primer lugar, por cuanto la ley impone al contratista “el deber de **colaboración** para con las Entidades Estatales para que el objeto contratado se cumpla y éste sea de mejor calidad” y cuando señala a dichas entidades el deber de “adoptar las **medidas necesarias** para mantener durante el desarrollo y la ejecución del contrato...las condiciones económicas y financieras pertinentes” (Art.5º. num.2 y Art. 4º. Num.8 de la Ley 80 de 1993), sin lugar a dudas se está reconociendo legalmente, acorde con los principios (como se recogen en el Art. 1-201 de los principios europeos de los contratos) y de la doctrina de los contratos contemporáneos, no solo el interés contra prestacional recíproco de los contratantes, sino también el **deber de cooperación** entre ellos, entendido como aquel que impone a los contratantes el deber de ayudar y procurar a que con el contrato y el cumplimiento de las prestaciones, las partes contratantes obtengan la satisfacción y las expectativas esperadas.

En segundo lugar, por lo que, como consecuencia de lo anterior, dicho deber impone a los contratantes un **comportamiento especial** que encierra: De un lado, la de adoptar, a diferencia de la tradicional independencia adversarial y reservada de la relación contractual, una conducta, por el contrario, de relación contractual de **cooperación**, a fin de lograr los fines del contrato que, además de satisfacer los intereses de cada parte, tiene otros fines para con sus beneficiarios. Y, del otro, que dicho comportamiento implica el deber de **ayudar a la otra parte** a facilitar el cumplimiento de sus prestaciones, mediante el suministro de la información, conocimiento, indicación, prevención, facilitación y demás condiciones requeridas para la satisfacción, logro de expectativas y prevención de traumatismos, daños, etc. (deber de lealtad).

De allí que dicha cooperación sea **importante**, en todo o en parte, en el cumplimiento de las obligaciones básicas de la prestación de los servicios médico-asistenciales y su correspondiente remuneración, así como en los deberes accesorios o secundarios pertinentes que garantice los fines del contrato.

En efecto, tiene gran importancia en el caso sub examine, particularmente en lo que atañe a la **determinación de la base de datos y a la presentación y trámite de las facturas** correspondientes, tal como se verá más adelante.

b. Obligaciones especiales de los contratantes.-

Si bien es cierto que del objeto general del contrato pueden inferirse las obligaciones de las partes contratantes sobre la prestación del servicio médico asistencial y la correspondiente remuneración, con las consiguientes garantías convencionales y legales correspondientes, no lo es menos que en el contrato suelen especificarse dichas obligaciones.

1º.- Obligaciones del prestador de servicios de salud.- Si bien estas obligaciones se encuentran enmarcadas dentro de la prestación genérica de los servicios asistenciales de salud, también lo es que ellas suelen especificarse señalando el alcance, condiciones, procedencia, oportunidad así como lo referente a la remuneración de dichos servicios.

Por esta razón suele precisarse que dentro de esas obligaciones se encuentran, además de la prestación de los servicios de salud señalados en el objeto del contrato, también la prestación de los servicios de salud de alto costo, los de salud ocupacional, los de promoción y prevención de salud, así como el de obligación de cooperación en la actualización de la base de datos.

2º.- Obligaciones del contratante de servicios de salud médico asistenciales.-

A su turno, el contratante de dichos servicios también suele asumir, entre otras, tres especies de obligaciones, a saber:

La primera es la **obligación de cooperar con la actualización de la base de datos**. Ello obedece: En primer término, a que la población de usuarios de los servicios médico asistenciales se pacta **de manera determinable**, porque no solo hay que establecer en

los posibles usuarios, las condiciones y requisitos para obtener los servicios, que va a hacer la base inicial, sino que también resulta variable por diversas causas (v.gr. muerte, desafiliación, traslado, etc.), lo que exige un ajuste permanente y periódico de la misma. En segundo término, a que dicha población determinable representa **un interés para ambas partes contratantes**, pues su determinación permite precisar, de un lado, a quienes el prestador debe prestarle el servicio, y, del otro, precisar al contratante que tipo de servicio debe remunerarse. En tercer término, porque la variabilidad de dicha base si bien se funda, en el caso de pago por capitación, en un número inicial determinado **anticipadamente en forma abstracta**, lo cierto es que posteriormente suele afectarse y variar por las circunstancias concretas antes mencionadas, las cuales a su turno también pueden afectar o beneficiar a una de las partes contratantes. En cuarto término, porque ambas partes contratantes pueden y deben, según el contrato, **participar en su elaboración**. Por lo que resulta explicable que suela preverse en dicho contrato, de una parte, que **corresponde al contratante** presentar la base de datos inicial que en forma abstracta y anticipada constituye la población usuaria afiliada con las condiciones para recibir los servicios, pues, en principio, solo ella puede tener la información y registros indispensables que verifique su afiliación y condiciones, en lo cual al contratista también le corresponde contribuir en su verificación. Y ello también explica por qué también se atribuye **posteriormente al contratista** la obligación principal de **actualizar en forma diaria** dicha base de datos de acuerdo con las instrucciones del contratante con las alteraciones pertinentes (v.gr. muertes, traslados, desafiliaciones, etc.), en lo cual también le asiste al contratante el deber de colaboración para la verificación de su ajuste a la realidad. En quinto lugar, por todo lo expuesto se desprende que respecto de la base de datos **existe una obligación de cooperación o colaboración entre las partes contratantes**, que comienzan con la obligación principal por parte del contratante con la colaboración del contratista para la elaboración y ajuste de la base de datos inicial; y luego la obligación posterior del contratista para la actualización de dicha base, con la colaboración del contratante en lo pertinente.

La segunda obligación a cargo del contratante es la de **pagar la remuneración** de acuerdo con lo convenido en la base de datos para pagos y lo legalmente establecido tal como arriba se indicó.

Y la tercera obligación del contratante es la de sujetarse a los **trámites convencionales y legales** pertinentes para la presentación, trámite, aceptación, glosa o devolución y

pago pertinente, sujeto a lo convenido en el contrato y a las disposiciones reglamentarias arriba señaladas. Sin embargo, en dicha tramitación también debe existir entre las partes el deber de cooperación o colaboración para lograr, de un lado, que el prestador obtenga oportunamente su remuneración, y, del otro, que el contratante haga la cancelación sobre lo exactamente debido.

3º.- Obligaciones especiales del contratante (Indexación de capital, variación del interés moratorio y mora en facturas glosadas).- Dentro de las obligaciones a cargo del contratante sobre prestaciones de servicios de salud, merecen especial mención, en lo que atañe, al caso sub examine, aquellas referentes a la indexación del capital adeudado, la variación del interés moratorio y la mora en las facturas glosadas.

3º.-1.- Indexación del capital adeudado.- Precisa el Tribunal que en desarrollo del principio de la reparación integral de los daños, no solo éstos deben resarcirse de manera plena al momento de proferirse la sentencia, sino que también debe evitarse que la condena pueda ser un medio de enriquecimiento.

Por esta razón, tiene reiterado la jurisprudencia civil y la contenciosa administrativa que la indexación de la suma adeudada a través de la corrección monetaria pedida, resulta procedente como parte del daño emergente (Art. 1614 del C.Civil), así como también las sumas debidas que hacen parte de la condena en una sentencia contencioso administrativa igualmente deben ser indexadas o ajustadas con "el índice de precios al consumidor" (inciso final del Art.187 del CPACA).

3º.2.- Variación del interés moratorio.- En tanto que los intereses moratorios, como parte del lucro cesante de las deudas dinerarias que se dejan de percibir (Art.1614 y ss. del C.Civil), no solo deben predicarse de las sumas iniciales adeudadas, sin que puedan ser motivo de aprovechamiento injustificado.

Por esta razón, se tiene por sentado que las obligaciones ciertas y no controvertidas causadas antes de proferirse el fallo, bien por vencimiento del plazo establecido conforme a la ley (Art. 1608 del C.Civil), esto es "*dentro de los sesenta (60) días posteriores a la presentación de la factura en caso de aceptación o no glosa oportuna*"; y, en este último caso, dentro de los cinco (5) días siguientes al levantamiento de las glosas, una vez vencido el trámite legal y reglamentario de las glosas (Art.13. lit.d. Ley 1122 del 2007 y

Art.56 y 57 de la Ley 1438 de 2011). En tanto que, tratándose de obligaciones fundadamente controvertidas, especialmente en materia de glosas que originen fundadamente una incertidumbre obligacional, la mora solo se constituirá por el requerimiento judicial especial o mediante la notificación del auto admisorio de la demanda (Art.94, inciso 3º., C.G.P.). También habrá lugar a intereses moratorios para aquellas deudas dinerarias causadas después de la sentencia de condena, por incumplimiento de las obligaciones dentro del plazo y los requerimientos legales pertinentes (Art.192, inciso 2º. del CPACA). Además, si bien es cierto que los **intereses moratorios legales** son los especiales fijados por la DIAN y, en su defecto, los establecidos por la Superintendencia Financiera (Art.56 de la Ley 1438 de 2011 y Art.884 del C. de Co.), y se consagran como lucro cesante de las sumas dejadas de percibir, no es menos cierto que dichas sumas no pueden ser materia de **indexación**.

Ello se debe a que dichos intereses moratorios no solo tienen **un componente** del provecho dejado de percibir por el no pago de dichas deudas dinerarias, sino que tienen un componente resarcitorio de la desvalorización de la moneda durante el tiempo de la mora, razón por la cual se imposibilita que haya una nueva indexación o corrección monetaria sobre dichos intereses^(66e). Y ello también lo demuestra el hecho de que los intereses moratorios calculados por la DIAN, aplicable a las obligaciones a cargo de las Entidades Públicas, señaladas mediante sentencia en estos tipos de contrato, se calculen sobre certificación de la Superintendencia Financiera de los intereses diarios de usura, la cual, a su vez, también tiene en cuenta ambos componentes arriba señalados: El provecho de lo dejado de percibir y el de corrección por desvalorización de la moneda.

De allí que cuando en las pretensiones de un proceso se pida "**la actualización de los intereses moratorios liquidados**" a la tasa fiscal señalada por la DIAN, se hace indispensable entender dicha petición de "**actualización**" en el sentido legal y lógico. Lo primero, para entenderla que ella no persigue la **indexación** de los intereses moratorios, porque éstos comprenden, en sí mismos, dicha indexación, tal como arriba se dijo; y, del otro, por cuanto resulta más lógico entender dicha actualización, como sinónimo equivalente a la **variación de los intereses moratorios** señalados por dicha Entidad

^{66e} Casac.Civil del 24 de enero de 1990; Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2017 de Soluciones Integrales vs. Maderas y Molduras Puerto Leticia y Seguros del Estado; etc.

pública, a fin de que sea tenida en cuenta conforme a las variaciones que, en su caso, presenten las moras de las prestaciones periódicas correspondientes.

3º.-3.- Mora en las facturas glosadas (Oportunidad y abuso en las glosas).- Sin embargo, como la procedencia de dichos intereses moratorios de una obligación dineraria se encuentra sujeta tanto a la **certeza jurídica** de la misma en sus respectivos elementos y a la **oportunidad** en que resulta exigible para su cumplimiento, esto es, a la existencia cierta de la obligación y de la mora correspondiente (Art.1608 del C.Civil), considera necesario el Tribunal señalar que para la constitución de la mora en el cobro de las deudas causadas por la prestación periódica de servicios médico-asistenciales, se requiere, de una parte, que de acuerdo con el contrato se hayan facturado dichas obligaciones dentro del trámite pertinente, y que, de la otra, ocurran sobre ella el no cumplimiento dentro de la oportunidad exigible.

i.- Facturación y trámite.- Por lo anterior, es necesario señalar que como quiera que el reconocimiento del derecho a la contraprestación que tiene el prestador por haber prestado el servicio correspondiente, suele estar condicionado a la demostración de la ejecución de dicha prestación, es por lo que no solo se requiere que aquel haga la presentación de la factura correspondiente acompañada con los documentos o soportes de los requisitos del caso, y que por parte de la Entidad contratante de acuerdo con la regulación especial pertinente aplicable al caso sub examine (supra No.5.2.1.A.c), no solo se tramite dicha factura, la cual puede terminar sin o con glosa u objeción, la que, a su vez, también puede resultar justificada y levantada, o injustificada y no vinculante.

Sin embargo, dentro de su trámite, la Entidad comitente que encarga el servicio, también conserva el derecho a **verificar el cumplimiento de dicha prestación** y la procedencia de la contraprestación correspondiente.

ii.- Derecho a la verificación del servicio.- Por esa razón, en principio si bien la Entidad contratante **tiene un derecho a esa verificación**, no lo es menos que se trata de un derecho regulado. Lo primero, porque se trata de una facultad no solo propia de la ejecución bilateral del contrato, sino también de su ajuste legal o lícito. Y lo segundo, porque se trata de una facultad derivada de la naturaleza conmutativa de dicha prestación y contraprestación, que debe cumplirse con buena fe y lealtad contractual (Art.871 del C. de Co.).

En desarrollo de este derecho, puede la Entidad contratante verificar la naturaleza prestacional y contra prestacional de la asistencia médica convenida, esto es, si es permanente u ocasional pues, tal distinción conduce, a que en el segundo caso exista una mayor exigencia en cuanto a la carga probatoria del servicio prestado y la oportunidad en que debe hacerse.

iii.- Oportunidad de glosar y trámite.- Consiste en la facultad que le asiste a la Entidad contratante para formular oportunamente las glosas, esto es, las objeciones pertinentes a cada factura de cobro, dentro de los plazos convencionales y reglamentarios (veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de cada factura con todos sus soportes), a fin de establecer según la naturaleza del servicio prestado y su veracidad conforme a lo convenido, evitando su extemporaneidad y su carácter abusivo, doloso o fraudulento, tal como se verá más adelante.

Para ello es preciso acudir al trámite legal y complementario correspondiente, con la contradicción del prestador a la glosa (dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la comunicación de la glosa formulada), la obtención de la respuesta (si no levanta o levanta la glosa) oportuna del comitente (diez (10) días siguientes), la subsanación oportuna del prestador (siete (7) días siguientes), y el pago oportuno (cinco (5) días siguientes) al reconocimiento y glosas subsanadas, o en su caso a la formulación de la reclamación judicial ante la Superintendencia de Salud (Art.57, Ley 1438 de 2011), sin perjuicio, desde luego, del ejercicio de las acciones judiciales ordinarias.

Sin embargo, dicha oportunidad depende de la naturaleza permanente u ocasional del servicio médico-asistencial convenido en el contrato.

De allí que en vista del carácter permanente y periódico de los diversos servicios que se prestan, resulta indispensable, para darle firmeza y estabilidad a la información pertinente, que exista la actualización de la base de datos que pueda sustentar la realización de pagos mensuales, conforme a la realidad del servicio prestado. Y por esa misma razón tampoco resultan admisibles las glosas recogidas en las depuraciones de las bases de datos para pagos y liquidaciones que se efectúan extemporáneamente (infra No.7.1.B.c.5º.,4).

En tanto que resultan menos estrictas y más flexibles las exigencias de plazos reglamentarios para la formulación de las glosas relativas a las demás facturas por eventos o por casos, ya que, siendo esta de ocurrencia excepcional o eventual, la formulación de sus glosas tiene igual carácter, ya que con ellas no se afecta la periodicidad prestacional y remunerativa de la prestación de servicios médico-asistenciales.

iv.- Abuso de las glosas.- Además concordante con los citados principios de buena fe y lealtad contractual, el derecho del contratante a hacer las glosas **cesa o desaparece cuando se abusa de él**, esto es, se emplea para una finalidad distinta a la mencionada, tal como ocurre con aquellas glosas que expresa o tácitamente se hacen vulnerando los trámites, las oportunidades, los requisitos o las exigencias previstas en la ley. Por este motivo, si bien el contratante tiene el derecho limitado y regulado **a hacer las glosas de la factura**, no es menos cierto que dichas glosas no pueden ser abusivas porque precisamente su regulación y reglamentación se han establecido con la finalidad de **“desestimular y sancionar el abuso** en la tramitación de las glosas por parte de las entidades responsables del pago” (inciso final del Art.57 de la Ley 1458 de 2011).

Despréndese de lo anterior que, si bien en principio son lícitas y aceptables las glosas de las facturas, como observaciones, manifestaciones, requerimientos y oposiciones a ellas, etc. y si bien también ellas se consideran lícitas dentro del contrato y la ley, que impiden generar mora e intereses moratorios de ella; no es menos que en caso de **vulneración dolosa o abusiva, si pueden causarse.**

De allí que, por regla general, se establezca que, presentada una factura en debida forma, esto es, con el cumplimiento de los requisitos y soportes correspondientes, la entidad contratante receptora tenga treinta (30) días para proceder a la **cancelación** en caso de que haya solicitado los recursos o quince (15) días después de haberlos recibido. En cambio, en caso contrario, esto es, que no esté de acuerdo, goza de veinte (20) días para **formular y comunicar la glosa**, aguardar quince (15) días posteriores para la respuesta, diez (10) días más para tomar una decisión sobre el levantamiento o mantenimiento de dicha glosa, siete (7) días adicionales en favor del contratista para la subsanación, y, en caso contrario, queda el contratista con la facultad de acudir a la reclamación judicial pertinente. Con dicho trámite se permite establecer la demostración inicial o posterior, con la corrección y los ajustes pertinentes, de la **certeza y exigibilidad de la obligación** o, por el contrario, la incertidumbre o no exigibilidad de

la misma, con la consiguiente ocurrencia o no de la mora pertinente, de acuerdo con la realidad y el comportamiento de buena fe o abusivo de la parte contratante.

De allí que corresponda al juez establecer **si hubo glosa oportuna y fundada** que comprometa la certeza jurídica de la deuda cobrada en la factura, o, por el contrario, no exista compromiso de dicha certeza sino, por el contrario, abuso en dicha glosa. Porque en el primer caso, **la glosa que afecta la certeza jurídica de la obligación y su cumplimiento oportuno**, afecta igualmente su exigibilidad, porque en tal evento dicha obligación no sería morosa; por lo que correspondería al juez, en este caso dentro del proceso arbitral, determinar su certeza jurídica y, en caso de hallarse positivamente **su certeza y exigibilidad jurídica**, se entendería requerida judicialmente para efecto de la mora (Art.1608 num.3 C.Civil), a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (Art.306 del CPACA y Art.94, inciso 3º. del C.G.P.). En tanto que **si la glosa se considera abusiva**, esto es, formulada de manera intencionalmente dañosa, esto es, para evitar el pago facturado violando los trámites y la finalidad de la misma, vulnerando los plazos y exigencias legales, o con el propósito de controvertir infundadamente la obligación cobrada o su exigibilidad, la mora queda constituida desde ese momento con los intereses moratorios correspondientes (Art.1616 inciso 1º. del C.Civil).

2.2.2.-Terminación del contrato.- El contrato de prestación de servicios puede terminar por las causas y consecuencias convencionales y legales pertinentes.

A. Causas.-

Ellas pueden ser las generales, como las de terminación del plazo, mutuo acuerdo, nulidad, etc.; y las específicas que sean procedentes, como la de terminación unilateral por parte del contratante, etc.

B. Consecuencias.-

Al respecto, en caso de terminación del contrato, es preciso distinguir las consecuencias previas, las consecuenciales, y las posteriores a la misma.

Porque las consecuencias jurídicas que se han producido o que debieron producirse **antes de la terminación** del contrato se encuentran reguladas por el mismo y por la ley, aun cuando puedan reclamarse posteriormente a la terminación. Ello acontece, por ejemplo,

con los saldos debidos por prestaciones de servicios causadas durante la ejecución del contrato y que no fueron cancelados, los cuales debieron cancelarse y no retenerse, salvo existencia de convenio o disposición legal.

En primer término, la terminación en sí misma del contrato, sea ipso iure o mediante declaración (v.gr. caducidad), produce el efecto inmediato, de acuerdo con la naturaleza sucesiva del contrato, la necesidad de la **liquidación**, esto es, la de establecer el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del contrato y las correspondientes contraprestaciones o compensaciones debidas, a fin de establecer voluntaria o judicialmente el monto de las contraprestaciones pendientes a satisfacer.

Y en segundo término, la necesidad de establecer el mantenimiento o el surgimiento de las **obligaciones postcontractuales** derivadas de la ley o del mismo contrato (v.gr. garantías, saneamiento, etc.).

2.3 ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Con ocasión de la ejecución del referido contrato, también suelen presentarse acciones y defensas en favor del contratista y del contratante.

A.- Acciones de responsabilidad contractual en favor del contratista.-

En ellas se destacan no solamente sus pretensiones, sino también los medios de defensa del contratante.

a. Pretensiones del contratista.-

Con relación a ellas es preciso señalar algunos aspectos que interesan al presente caso sub examine.

1º. Alcance.- Se trata de aquella afirmación que hace el demandante para pedir del demandado que *“se declare el incumplimiento de un contrato (...) y que se condene al responsable al pago de los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”* (Art. 141 del C.PACA).

2º. Naturaleza.- Esta pretensión si bien pertenece y tiene naturaleza jurídica de carácter contenciosa contractual y específica de responsabilidad, distinta de la nulidad del contrato, no es menos cierto que, por controvertir el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales que le dan origen a la emisión de determinadas facturas, se distinga de las acciones autónomas que surjan de éstas últimas (Arts.643 y 682 del C. de Co.).

3º.- Oportunidad (Plazo de caducidad contenciosa administrativa).- Y concordante con dicha naturaleza la referida acción contenciosa en dichos contratos y frente a la Entidad Pública contratante (Supra No.1.1.B), tiene *“un término para demandar (...) de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente del vencimiento de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”* y que, *“en los contratos que requieran liquidarse y ésta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente”* dicho plazo de dos (2) años comienza a contarse *“una vez cumplido el término de dos (2) meses a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente (...)”* (Art.164, num.2, lit. j, 2da.parte-b CPACA).

3º.-1.- Aplicación.- Sin embargo, dicho **plazo de caducidad**, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, opera no solamente para las pretensiones formuladas en la demanda inicial, sino también para aquellas **“nuevas pretensiones”** que se formulen en la reforma a la demanda^(66f). Por lo que, de una parte, quedan excluidas de dicha exigencia temporal las meras *“correcciones o aclaraciones”* de la demanda, como suelen ser las de carácter idiomático, numérico, de precisiones u otras accesorias que no implican alteración (Art.93, inciso 1º., parte inicial C.G.P.); y, de la otra, aquellas *“reformas a la demanda”* que son ajenas a las pretensiones (como las que solamente pidan o alleguen nuevas pruebas), y aquellas que, refiriéndose a las pretensiones, no se consideren alteraciones a las *“partes en el proceso”* y a las *“pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten”* (tal como lo exige el numeral 1 del Art.93 del C.G.P.), como acontece con las meras precisiones del nombre y apellido de las partes, del fraccionamiento o mejor redacción de las pretensiones y hechos iniciales, o la adición o modificación de los fundamentos de derecho, pues, a pesar de que éstos últimos son importantes en la controversia, ellos no solamente deben ser conocidos

^{66f} Sentencia del 25 de mayo de 2016. Sala Plena de la Secc.3ª. del Consejo de Estado.

por las partes sino que corresponde al juez, en virtud del principio iura novit curia, su determinación al momento del fallo (Arts.9º. del C.Civil y Art. 42, num.6 del C.G.P.).

3º.-2.- Pretensión novedosa.- De allí que solo pueda hablarse de **pretensión novedosa** cuando quiera que exista alteración esencial, esto es, modificatoria o adicional de alguno de los elementos de la pretensión, en cuanto a los sujetos, como cuando se cambia o adiciona algunas de las partes; en cuanto a las peticiones (o pretensiones) como cuando se cambia o adiciona el contenido de las mismas que incidan en la resolución de la controversia, y no indiferente para la decisión judicial, tal como ocurre con la atribución judicial congruente con el monto o cuantía de la pretensión (Art. 281, inciso 3º., C.G.P.), etc.

Ahora, si bien el cómputo del plazo suele ser objetivamente claro, no es menos cierto que la determinación de la novedad de la pretensión, si bien en algunos eventos también tiene un entendimiento diáfano, que puede ser apreciado en **la admisibilidad** de la demanda, para tomar una determinación de admisión o rechazo, no lo es menos que, en algunos casos, cuando esa novedad no aparezca con dicha característica y que por requerir una interpretación de la pretensión demandada con sus anexos, o la práctica de algunas pruebas, sea indispensable adoptar una decisión definitiva en el **momento de proferir la sentencia**, ya que es allí donde procede la decisión sobre la pretensión demandada (Art.278, inciso 2º. C.G.P.).

3º.-3.- Otras prescripciones.- En cambio, diferente de dicho plazo de caducidad son los **plazos de prescripción general o especial** que puedan tener las acciones que se deriven del cobro de las facturas emitidas en cumplimiento de obligaciones contractuales, así como su correspondiente naturaleza, generalmente privada, y sus respectivos procedimientos.

4º.- Elementos de la pretensión. Acumulación de pretensiones.- Aquellos se encuentran configurados **subjetivamente**, por el contratista y el contratante, quienes se encuentran legitimados activa y pasivamente para reclamar la responsabilidad con indemnización de perjuicios consiguiente; **causalmente**, por el señalamiento de la preexistencia e incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado; y **objetivamente** por la indicación de los daños resarcibles de carácter patrimonial, ciertos, actuales y directos causados por el incumplimiento, bien sea como daño emergente, esto

es, como pérdida ordinaria del derecho al precio convenido en el contrato, pérdida de valor, pérdida especial por incremento de costo o incremento de variaciones en la prestación del servicio o, en su caso, por pérdidas por excesiva onerosidad (Art.1614 del C.Civil; Art.868 del C. de Co. y Art.6.2.1. y ss. de Unidroit); así como también el "*lucro cesante*", como "*ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del incumplimiento*" (total, o imperfecto, o retraso) así como "*la ganancia de que se haya visto privada*", teniendo en cuenta gastos o daños (Art.7.4.3-1 Unidroit), y particularmente los intereses moratorios dentro de los límites legales (Arts.883 y 884 del C. de Co.) incluyendo "*la pérdida de oportunidad*" reconocida jurisprudencial y doctrinalmente.

Sin embargo, como quiera que en los contratos de prestación de servicios médico asistenciales suelen comprender diversas obligaciones a cargo del prestador de servicios, con distintos tipos de remuneración a cargo del comitente, para ser cumplidas de manera diversa, también resulta posible que en caso de incumplimiento de los distintos pagos por el comitente, el prestador del servicio suela acumular distintas pretensiones de responsabilidad con base en cada una de ellas lo que, por tanto, debido a la autonomía tanto causal (causa petendi) como objetiva (petitum), corresponda a este Tribunal analizarlas por separado, tal como se hará en su oportunidad.

b. Medios de defensa.-

Así mismo, el contratante también tiene a su favor no solo los medios generales de defensa de objeción, falta de cumplimiento de los requisitos exigidos para los derechos pretendidos, etc. sino también las excepciones de mérito que impiden, modifican o alteran o extinguen los referidos derechos, particularmente las de caducidad, prescripción, contrato no cumplido, pago, etc.

B.- Acción contractual del contratante.-

A su vez, el contratante también goza de dicha acción, sin perjuicio de las defensas del contratista.

a. Pretensión del contratante.-

Suele consistir en aquella afirmación que hace el contratante de la prestación de servicios médico asistenciales para reclamar del contratista su responsabilidad, con base en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso en la pretensión encomendada a fin de que se declare su responsabilidad y se le condene al pago de los perjuicios ocasionados, convenidos contractualmente (cláusula penal), y, en su defecto, en la cancelación del daño emergente ocasionado, como costos especiales asumidos, pagos de obligaciones no causadas, pago de recobros indebidos, etc. así como la reparación del lucro cesante correspondiente a "*ganancias o provechos dejados de percibir*", especialmente en la devolución de sumas indebidamente canceladas.

b. Medios de defensa.-

A su vez, el prestador también goza, además de las defensas generales, las excepciones de mérito impeditivas modificatorias o extintivas, particularmente la de excepción de contrato no cumplido, fuerza mayor o caso fortuito, exoneración o limitación de responsabilidad, excesiva onerosidad por alteración del equilibrio de las prestaciones contractuales, etc.

c. Formulación.-

Las anteriores pretensiones si bien pueden ser únicas, también pueden ser concurrentes, las cuales, a su turno, pueden presentarse en procesos separados, o, en su caso, en el mismo proceso, la una en demanda principal y la otra en demanda de reconvención, o viceversa.

C.- Acciones contractuales de ambos contratantes.-

Para efectos del caso sub examine, resulta pertinente distinguir su procedencia e improcedencia en el aspecto indemnizatorio.

a.- Acciones indemnizatorias.-

Si bien ordinariamente la acción indemnizatoria suele ser promovida por uno de los contratantes frente al otro (demanda única), también lo es que puede darse igualmente entre ambos contratantes, tal como cuando en la demanda inicial se promueve la responsabilidad del demandado por incumplimiento de este, y posteriormente, en demanda de reconvención, este último también promueve reclamación de indemnización de perjuicios frente al primero.

Lo primero obedece, a que ordinariamente siendo las obligaciones recíprocas de cumplimiento sucesivo, generalmente el contratante cumplido o allanado a cumplir, es el que promueve la acción contra el contratante incumplido, para obtener la resolución o terminación del contrato, con indemnización de perjuicios⁽⁶⁷⁾. En tanto que lo segundo suele acontecer cuando ambos contratantes que tienen obligaciones distintas pero recíprocas le atribuyen al otro el incumplimiento correspondiente, caso en el cual el uno reclama la terminación o resolución del contrato por incumplimiento del otro con indemnización de perjuicios, y viceversa^(67a).

b.- Improcedencia indemnizatoria.-

No obstante lo anterior, según la jurisprudencia y la doctrina las referidas acciones contractuales, a pesar de que se funden o hagan referencia al incumplimiento de uno o

⁶⁷ Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que “el comportamiento indebido de uno de los convencionistas, reclama del otro contratante para legitimarlo en su acción en la esfera del Artículo 1546 una conducta leal con la que negocialmente se comprometió; de tal manera que si quien demanda igualmente abandona el programa contractual, por esa sola razón carece de acción resolutoria, prevista en ese precepto. El postulado acompasa con la idea que comunica el artículo 1609 ejusdem, el cual, de modo lapidario prevé que en los acuerdos de aquella índole ninguno de los contratantes esta en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, no se allane a cumplirlo en la forma y tiempos debidos; por supuesto, no se pueda hablar de mora en la ejecución de los actos comprometidos, si de otro lado quien aspire a deducir los efectos de ello no lo hizo propio con sus deberes jurídicos que estaban en la esfera de su responsabilidad” (Casac.Civil del 24 de junio de 2014. Sentencia 2006-2035).

^{67a} “En la hipótesis de incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto (Art.1546 del C.Civil) y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a **reconocer indemnización de perjuicios**, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del C.Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem” (Sentencias SCSC 1662 de 2019 y 5 de julio de 2019).

ambos contratantes, dan lugar a ciertas declaraciones, sin indemnización de perjuicio, tal como ocurre en los siguientes casos:

a.- En caso de incumplimiento recíproco de ambos contratantes que no han incurrido en mora, en razón a que esta constituye un requisito fundamental para la reclamación de los perjuicios moratorios^(67b), aun cuando goce de la acción de cumplimiento.

b.- En caso de mutuo incumplimiento de los contratantes con voluntad de deshacer el contrato, esto es, en caso de mutuo disenso^(67c), en razón de la extinción de los efectos contractuales e indemnizatorios.

c.- En caso de incumplimiento recíproco de ambos contratantes que han permanecido y permanecen en el contrato^(67d), porque solo resulta procedente la resolución o el cumplimiento forzado, sin indemnización de perjuicios.

d.- En el caso de incumplimiento recíproco de una obligación de hacer, como la de otorgar una escritura pública en la que ninguno de los prometedores ha incurrido en mora^(67e),

^{67b} Así se desprende de los artículos 870 y 822 del C. de Co., en armonía con el Art.1546 y 1609 del C.Civil que exigen “la mora” como fundamento para la responsabilidad e indemnización de perjuicios correspondiente (Ver cita No.67).

^{67c} En cambio, “cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso, temática en relación con la cual basa aquí con refrendar toda elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años” (ibídem). En este evento “para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta, pues, el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, de manera tácita o expresa, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato” (Sentencia SC 3666 del 25 de agosto de 2021)

^{67d} “En los contratos bilaterales, cuando ambos contratantes han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese solo propósito a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso” (Casac.Civil del 7 de diciembre de 1982).

^{67e} Si bien la actual jurisprudencia de la Corte permite la reclamación de la indemnización compensatoria en caso de incumplimiento de obligaciones de hacer (Sentencia Casac.Civil del 3 de noviembre de 1977), no lo es menos que debe existir mora en alguno de ellos para reclamar, entonces, indemnización de perjuicios, por lo menos moratorios (Casac.Civil del 24 de junio de 2014 y del 1º. de diciembre de 1993).

porque allí resulta procedente la ejecución correspondiente (Art.434 del C.G.P.). Lo mismo puede decirse del incumplimiento de la obligación de hacer^(67f) que ambos contratantes tienen de la elaboración e integración de una base de datos, derivado del incumplimiento del deber de cooperación en atención al cumplimiento de lo convenido para cada uno en esa tarea, tal como se verá en su oportunidad.

e.- En los casos de exoneración de responsabilidad habiendo incumplimiento^(67g).

2.4 Regulación sustancial del contrato de seguro.

La regulación del contrato de seguro en el caso sub examine se encuentra contemplada en la regulación general aplicable y en las pretensiones que de él puedan surgir.

2.4.1. Regulación contractual del seguro en la prestación de servicios médicos asistenciales.- Se encuentra sujeta a las reglas generales con sus efectos.

A.- Contrato de seguro de cumplimiento.-

Dicha regulación general suele asumir determinadas particularidades.

a. Generalidades.-

^{67f} Siendo el objeto de una obligación "la prestación" correspondiente, es lógico entender que tienen este carácter aquellas obligaciones cuya prestación es el de "desempeño de un trabajo o de un servicio", que han de entenderse, de acuerdo a su interdependencia, conforme a la finalidad que dicha obligación y el contrato persigue (Diez-Picazo. Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Edit. Thomson-Civitas. 6ª. Edición. Tomo II. Pamplona. pgs.271, 279 y 430 y concord.).

^{67g} Por esta razón, la doctrina suele distinguir la inejecución como aquel fenómeno en que, valga la redundancia, no se ejecuta un contrato, la cual comprende, a su vez, "los incumplimientos propiamente dichos", que son producto de no darle cumplimiento a ciertas obligaciones, con consecuencias indemnizatorias o nó; e "incumplimientos con exoneración de responsabilidad" (v.gr. imposibilidad sobreviniente, fuerza mayor, etc.). Por lo que, dentro de los incumplimientos resolutorios, esto es, los que dan lugar a la resolución o a la terminación del contrato, igualmente distingue entre aquellos incumplimientos justificados, como los que surgen de imposibilidad sobreviniente y sin lugar a indemnización, los incumplimientos leves que pueden dar lugar a indemnización y los demás incumplimientos justificados, que exoneran de indemnización; frente a otros incumplimientos que reuniendo los requisitos pertinentes se consideran injustificados y que dan lugar a la indemnización de perjuicios correspondiente. (Diez Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Ob. Cit. tomo II. Pag.781 y ss.).

Es bien sabido la procedencia del contrato de seguro para garantizar el cumplimiento de la prestación de los servicios médico asistenciales, así como sus prórrogas (Supra No.1.1.A.b).

b. Características.-

Sin embargo, dicho contrato de seguro suele asumir algunas características y particularidades.

1º.- Seguro de daño y de responsabilidad.- Lo anterior significa que el contrato de seguro si tiene por objeto conceder al contratante la garantía del daño patrimonial que pueda sufrir por el incumplimiento del contratista en sus obligaciones, no puede menos que deducirse que, de una parte, se trata de una especie de seguro de daños, por cuanto garantiza al asegurado los eventuales daños que pueda sufrir en su patrimonio (Art.1083 y ss. del C. de Co.); y, de la otra, que igualmente se trata de una subespecie de seguro de responsabilidad contractual que asegura el interés del asegurado (Arts.1127, 1183 y concord. del C. de Co.) que *“impone al asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause al asegurador con motivo de la responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley”*.

2º.- Partes y elementos del contrato.- Además de lo anterior, dicho contrato de seguro se caracteriza: En primer término, porque sus partes contratantes son, de un lado, el contratista que toma el seguro obrando por cuenta propia para trasladarlo al asegurador (Art.1037, num.2 del C. de Co.); y el contratante, quien obra a la vez como asegurado y beneficiario, en cuanto su *“patrimonio puede resultar afectado, directamente o indirectamente por la realización del riesgo”* (Art.1083 del C. de Co.), y como beneficiario, esto es, bien sea *“como víctima de dicha responsabilidad”* (Art.1127, inciso 1º. del C. de Co.) o como titular de la indemnización de los perjuicios económicos sufridos (Arts.1077, 1080, 1083 y 1088 del C. de Co.).

Así mismo, precisa el Tribunal que siendo su objeto el de asegurar los daños patrimoniales que sufra el asegurado, dicho amparo no existe total o parcialmente por no haberse causado el daño o haberse excluido o disminuido su responsabilidad (Art.1127 del C. de Co.); así como cuando se reduzca, afecte o desaparezca el interés jurídico económico del asegurado al momento de ocurrencia del riesgo (Arts.1083, 1086 y 1089 del C. de Co.).

B.- Efectos del contrato de seguro.-

Además del efecto distributivo del valor del seguro en caso de pluralidad o coexistencia de varios (Arts.1095 y 1094 del C. de Co.) deben tenerse en cuenta para efectos de este proceso los referentes al valor del seguro y a la subrogación legal.

a. Obligación de pagar el valor del seguro.-

Ella se encuentra sujeta no solo al riesgo convenido y la realización del siniestro dentro de la vigencia de la póliza (Art.1041 num.4 y 1054 y 1072 del C. de Co.), con la noticia, reclamación y demostración de la cuantía de la pérdida (Art.1075 y ss. del C. de Co.), ya que tiene "*como propósito el resarcimiento a la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado*" (Art.1127 del C. de Co.).

Además, la oportunidad del pago debe acontecer "*dentro del mes siguiente a la fecha en que se acredite el derecho*"; pero si el asegurador se abstiene de hacerlo en esa oportunidad incurre en mora con las consecuencias del interés moratorio correspondiente (Art.1077 y 1090 del C. de Co.) según lo haga de manera razonable o irrazonable.

b. Derecho a la subrogación legal del asegurador.-

Si bien "*el asegurador que pague una indemnización se subroga(rá), por ministerio de la ley y hasta la concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro*" (inciso 1º. Parte inicial Art.1096 del C. de Co.), también lo es que dicha subrogación se encuentra sujeta a que el "*asegurado*" tenga derecho a reclamar perjuicio contra las personas responsables del siniestro (tercero). Por lo que si el asegurado no tiene derecho a exigir responsabilidad por el siniestro, porque es el causante del daño, mal puede hablarse de subrogación en un derecho que no existe. De allí, que si el asegurado es el causante de la responsabilidad amparada, carece de legitimación para reclamar el seguro, y de contera, el asegurador no está obligado al pago del mismo, ni adquiere derecho a la subrogación arriba mencionada.

2.4.2.- Responsabilidad con ocasión del seguro.- Su formulación es tanto sustancial como procesal.

A.- Pretensiones contra el asegurador.-

En caso de ocurrencia del siniestro, esto es, de la responsabilidad civil que se encuentra asegurada, surge contra el asegurador la posibilidad de reclamación directa del valor del seguro por parte del contratante asegurado, tanto como víctima del daño por parte del responsable (Art.1133 y 1127 del C. de Co.), como damnificado en el referido contrato (Art.1080 del C. de Co.).

Sin embargo, contra dicha acción, el asegurador goza de las excepciones de mérito pertinentes e igualmente podrá, si fuere el caso, alegar la prescripción ordinaria de dos (2) años a partir "*del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción*", esto es, a partir del momento en que el asegurado, en caso de póliza de cumplimiento, haya tenido o debido tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro, con el incumplimiento del contratista en sus obligaciones (Arts.1054 y 1081 del C. de Co.). Para ello, es indispensable, desde luego, que el asegurador (Art.1077 del C. de Co.), haya negado el derecho al seguro y que previamente "*el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización*" (Art.1131 del C. de Co.). También podrá formular la excepción de prescripción extraordinaria de cinco (5) años, contados a partir del momento en que nace el respectivo derecho (Art.1081 del C. de Co.).

Igualmente el asegurador subrogado goza del derecho a solicitar el reembolso del seguro cancelado "*hasta concurrencia de su importe*" de parte de los responsables del siniestro (Inciso 1º. Parte inicial, Art. 1096 del C. de Co.).

B.- Reclamación procesal.-

El valor del seguro puede reclamarse separada o conjuntamente.

a. Separada.-

Ocurre cuando en un proceso se reclama entre los contratantes del contrato de prestación de servicios médico asistenciales, únicamente la responsabilidad que se ocasiona en el mismo por parte de uno o de ambos contratantes; en tanto que en otro proceso distinto se controvierte posteriormente la reclamación del seguro contra el asegurador.

b. Conjunta.-

En tanto que la reclamación conjunta acontece cuando en un mismo proceso no solo se reclama la responsabilidad derivada del contrato de prestación de servicios, sino también el valor del seguro correspondiente, ello puede acontecer cuando el contratista en demanda única, en su calidad de parte del contrato, demanda al contratante para que se declare su responsabilidad y como consecuencia de la anterior reclamación, solicita, en su calidad de víctima, que se condene a la compañía de seguros por el valor del seguro; sino también cuando el contratista, en su calidad de víctima del daño ocasionado en el contrato, en demanda única solicita que se condene a la aseguradora al pago del seguro con fundamento en la responsabilidad del contratante, quien ha de intervenir en el mismo.

También puede presentarse la reclamación conjunta cuando el contratista, en demanda con pretensión de responsabilidad contra el contratante solicita que se le declare responsable y se le condene al pago de perjuicios; y el demandado en el mismo proceso, en su calidad de asegurado y beneficiario del seguro, formula llamamiento en garantía (Arts. 64 y 65 del C.G. del P.) o demanda declarativa separada (Art.148, num.2 del C.G.P.), en la cual solicita que se condene a la compañía de seguros al pago del valor del seguro correspondiente.

Con todo, tratándose del proceso arbitral será indispensable que ambas controversias, la del contrato de prestación de servicios y la del contrato de seguro se encuentren amparadas convencional o legalmente por el pacto arbitral (Arts.3º. y 37 parag.1º. Ley 1563 de 2012 y Arts. 64 y 65 del C.G.P.).

3. ANÁLISIS Y CRÍTICA PROBATORIA.

Previamente se hace indispensable precisar el alcance del presente litigio, para luego determinar y apreciar el acervo probatorio.

3.1 ALCANCE DEL PRESENTE LITIGIO.

Comprende las controversias sobre el contrato de prestación de servicios médico asistenciales y el contrato de seguro, en los siguientes términos.

3.1.1. Pretensiones relativas al contrato de prestación de servicios médico asistenciales. A su vez, ellas se encuentran reflejadas en las demandas principal y de reconvencción.

A. Pretensiones de la demanda principal inicial y reformada sobre el contrato de prestación de servicios.

Las pretensiones formuladas en la demanda principal fueron reformadas, admitidas e inadmitidas tal como se expone a continuación.

a. Pretensiones reformadas.-

Las pretensiones reformadas fueron aquellas en donde la parte convocante solicita frente a la parte convocada, con fundamento en hechos particulares, que a continuación se resumen:

1º. Que incumplió el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales en la modificación unilateral y arbitraria de los recobros de servicios médicos de alto costo (primera), vulnerando los principios contractuales de buena fe y confianza legítima (tercera), y que se "*le condene*" al pago de las facturas de recobro por servicios de alto costo con intereses moratorios y sin perjuicio de la actualización (cuarta).-

Para tal efecto la convocante, previa referencia (en los hechos de la demanda) al proceso de selección pública (hecho primero), pliego de condiciones (hecho segundo), acuerdo del Consejo Directivo de FOMAG sobre el pliego de condiciones (hecho tercero), objeto del proceso de selección (hecho cuarto), modalidad de remuneración (hecho quinto), condiciones mínimas del pliego (hecho sexto), propuesta (hecho séptimo), adjudicación y prórroga del contrato (hecho octavo), celebración del contrato (hecho noveno), objeto de éste último (hecho décimo), procede a determinar los hechos que integran la controversia sobre pagos de servicios de enfermedades de alto costo, incluyendo la pretensión de su cuantía (hechos veintiuno a veintitrés).

2º. Que incumplió el precitado contrato al desconocer unilateral y arbitrariamente "*las aclaraciones número dos de enero 19 de 2012 que precisó el alcance de la matriz 7 A-1 del pliego de condiciones*" (quinta), con vulneración de los "*principios de buena fe y*

confianza legítima en dicha aclaración sobre el pago de servicios de salud ocupacional (sexta), y que se le condene al pago de *“las facturas de servicio ocupacional mencionada en el anexo dos (2) en capital e intereses con la actualización pertinente”* (séptima).

Para tal efecto, la parte convocante precisa los hechos de dicha controversia, especialmente en cuanto a la presentación de facturas, glosas, no pago y cuantía de lo pretendido (hechos veinticuatro a veintinueve).

3º. Que incumplió el citado contrato al no actualizar oportunamente las bases de datos de pago (octava), y que se le condene al pago de la no inclusión de las novedades de usuarios, en la cantidad e intereses, con la actualización pertinente (novena).

Para tal efecto, la convocante precisa la controversia y aspectos relativos al manejo y actualización de la base de datos, a la responsabilidad de la convocada y de los usuarios durante la ejecución del contrato, su análisis, incidencia económica y determinación de la cuantía pretendida (hecho trigésimo a trigésimo noveno).

4º. Que incumplió el citado contrato al no pagar oportunamente los servicios ordenados en sentencias de tutela (décima), y que se le condene *“al pago”* de dichos servicios relacionados en el anexo tres (3), en la cantidad e intereses pertinentes, con la actualización de los moratorios del caso (décima primera).

Para tal efecto la convocante, previa precisión de la controversia, indica la cuantía pendiente de pago (hechos cuadragésimo y cuadragésimo primero).

5º. Que incumplió el mencionado contrato con el no pago oportuno de *“las facturas correspondientes a servicios de promoción y prevención”* (décima segunda), y que se le condene al pago de dichas facturas señaladas en el anexo número cuatro (4), en el capital e intereses moratorios, con la actualización de estos últimos (décima tercera).

Para tal efecto se funda en el no pago de las mencionadas facturas (hecho cuadragésimo segundo).

6º.-Que incumplió dicho contrato al no pagar oportunamente el saldo de las facturas de alto costo de mayo de 2012 a septiembre de 2013 (décima cuarta), y que se le condene

al pago de dicho saldo a su favor, en la oportunidad, capital e intereses, así como actualización de los moratorios correspondientes (décima quinta).

Para tal efecto se funda en el no pago de dichas facturas de recobro y en la realización de auditoria extemporánea para tal efecto (hecho cuadragésimo tercero).

7º.-Que incumplió dicho contrato "*al no liquidarlos*" en el término estipulado (décima sexta), y que se le condene a la "*devolución (...) de la retención de la última cápita del contrato*", en la oportunidad, capital e intereses, con la actualización de los moratorios pertinentes (décima séptima).

Para tal efecto la convocante señala que, de acuerdo con lo convenido, la última cápita no fue pagada (hecho cuadragésimo cuarto).

8º.-Que se ordene la liquidación judicial del contrato (décima octava).

Porque, a juicio de la convocante, habiendo gestionado el contratista la liquidación, con constancia de su cumplimiento, no se hizo, habiéndose dejado constancia de ello (hechos cuadragésimo sexto a cuadragésimo noveno).

9º.-Que se condene a la convocada a cumplir el Laudo Arbitral en el término de cinco (5) días (décima novena).

10º.-Que se condene a la parte convocada al pago de "*los intereses comerciales sobre el monto total de las condenas impuestas en el Laudo Arbitral, desde la fecha en que se notifique.....hasta aquella en que efectivamente se produzca el pago*" (vigésima).

11º.-Que se condene a la demandada al pago de las costas de acuerdo a lo acordado (vigésima primera).

b) Admisión e inadmisión de la reforma.-

Sin embargo, las pretensiones reformadas de la demanda principal antes mencionada, se ajustaron a la facultad de reforma ejercida en su oportunidad y que también fueron debidamente admitidas, excepto la pretensión segunda que fuera rechazada.

Lo anterior obedece a que las pretensiones reformadas que, en su oportunidad fueron cuestionadas y resuelto negativamente su reproche, **carecen para el Tribunal arbitral su carácter de “novedosa”**, en los términos expuestos en su oportunidad (Infra auto No.14 del 6 de mayo de 2021 e infra No.4.1.C.a.2º.), por lo siguiente: Porque la pretensión décima segunda reformada sobre el pago de facturas de promoción y prevención, también había sido presentada en la pretensión novena de la demanda inicial, tal como se corrobora más adelante (Infra No.4.1.B.e). La pretensión décima tercera reformada sobre el capital e intereses en el pago de dichas facturas, también había sido incluida en las pretensiones novena y décima primera inicial, tal como se reafirma más adelante (Infra No.4.1.B, j). La pretensión décima catorce reformada, sobre no pago de saldo de alto costo, la quince, sobre su pago, la dieciséis sobre la no liquidación y la diecisiete sobre la devolución de lo retenido, también se encuentran recogidas en la antigua pretensión novena que se refiere a dichos temas, tal como se establece más adelante (Infra No.4.1.B, f, g y h). De allí que, como se dijera en su oportunidad, la separación, presentación, redacción y señalamientos de montos y cuantías mantienen su carácter accidental en la reforma.

B. Pretensiones en la demanda de reconversión.

A su turno la parte convocada formula frente a la convocante demanda de reconversión.-

a. Pretensiones.-

En ella se formulan las pretensiones relativas a obtener de esta última la declaración y condena a lo siguiente:

1º.- Al reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada y, en subsidio, al reconocimiento de su valor o en su defecto, al de enriquecimiento sin causa justa; para que se le condene al pago del valor de las glosas con los intereses moratorios pertinentes (pretensión número 1).

Para tal efecto la convocada hace descansar su pretensión en hechos relacionados con la licitación pública (hechos números uno a siete).

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

2º.- A la declaración de la base del quince (15%) por ciento de la UPCM para determinar el reembolso de alto costo, y que se le condene a la restitución de lo pagado por exceso con los intereses moratorios pertinentes (pretensión número 2).

Para tal efecto la convocada se funda en los pagos efectuados por facturas de alto costo de manera anticipada (hechos ocho a dieciocho).

3º.- A la devolución de los valores pagados en exceso por capitación, debido a su pago y ajuste indebido, y a la recuperación de dichos valores.

Para tal efecto la convocada hace descansar la petición en su referencia al contenido de los distintos documentos contractuales pertinentes (hechos diecinueve a treinta y seis) (pretensión número 3).

4º.-A la inexistencia de devolución de capitas de multifiliados (pretensión número 4).

Para tal efecto la convocada se funda en aquellos hechos relacionados con reclamos de terceros por multifiliación (hechos setenta y cinco a noventa y dos).

5º.A la declaración de servicios de salud ocupacional en el tope de las actividades máximas convenidas y sin derecho al reconocimiento y pago.

Para tal efecto la convocada se basa en los hechos de pagos en exceso por capitación (hechos treinta y siete a setenta y cuatro) (pretensión número 5).

6º.- El de repetir los pagos hechos por fallos judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud, con los intereses pertinentes. Para tal efecto la convocada hace descansar dicha pretensión en los hechos, a su juicio, de pagos indebidos (hechos noventa y tres a noventa y nueve) (pretensión número 6).

7º.- El de incumplimiento de la convocante en el paz y salvo con la red contratada, con las condenas consecuenciales pertinentes (pretensión número siete y hechos cien a ciento tres) (pretensión número 7).

8º. A la liquidación parcial del contrato y, subsidiariamente la no inclusión de determinadas materias que por su naturaleza no pueden ser incluidas por el FOMAG, con la condena de los saldos resultantes (pretensión número ocho. Hechos número ciento cuatro a ciento diez) (pretensión número 8).

9º.- A la condena y costas y agencias del derecho (pretensión número 9).

b.- Trámite.-

Dicha demanda fue admitida y tramitada para su estudio por el Tribunal.

3.1.2. Pretensiones relativas al contrato de seguro.- Pretensiones del llamamiento en garantía. - A su turno, la fiduciaria La Previsora S.A., convocada en este proceso, llama en garantía, bajo la modalidad de coaseguro, a las sociedades Compañía Aseguradora de Fianza S.A.-Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A., y solicita "*condenar*" a dichas compañías "*en proporción al porcentaje de coaseguro, al pago de las condenas que se impusieren a la Unión Temporal UT Oriente Unión 5, conforme a lo pactado en el contrato de seguro instrumentado en la póliza única de cumplimiento No.18GU047858, dentro de los límites asegurados*", y que, además, en la misma proporción al porcentaje, se le condene al "*pago de las costas y agencias en derecho*".

Para tal efecto la Fiduciaria mencionada (FOMAG) señala que en el contrato de prestación de servicios médico asistenciales No.12076-006-2012, en su cláusula treinta y cinco, la Unión Temporal se obligó a "*garantizar el cumplimiento del contrato*" lo que hizo mediante la póliza de seguro mencionada en un porcentaje de "*coaseguro del 75% para la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.-Seguros Confianza S.A. y 25% para Seguros Generales Suramericana S.A.*", lo que de acuerdo con el parágrafo 1º. del Art.37 de la Ley 1563 de 2012 y el Art. 64 del C.G.P. resulta procedente dicho llamamiento en garantía.

3.1.3. Relación entre las pretensiones formuladas en este proceso. -Previamente precisa el Tribunal las relaciones de las pretensiones anteriormente mencionadas.

A. Relación entre las pretensiones relativas al contrato de prestación de servicios médico-asistenciales.-

Tal como quedara reseñado existe una relación en estas pretensiones, por cuanto la demanda inicial de declaraciones y condenas formuladas por el prestador de servicios contra el contratante de los mismos se basa en el incumplimiento de este último; en tanto que la pretensión de reconvención arriba señalada, descansa en el incumplimiento de la convocante y el exceso de lo pagado o recibido por parte de la convocante, que debe restituir. Por lo que su posterior análisis tendrá en cuenta dicha relación.

B. Relación entre las pretensiones principales y las relativas al contrato de seguro.

Ella descansa no solo en la autonomía de estas últimas, sino también en su dependencia con las pretensiones principales sobre el contrato de prestación de servicio médico-asistencial.

3.2 ACERVO PROBATORIO GENERAL

Se encuentra constituido de manera amplia que procede a valorarse genéricamente, sin perjuicio de la valoración específica correspondiente.

3.2.1. Determinación. Dicho acervo probatorio se encuentra determinado por la totalidad de las pruebas decretadas en el presente proceso solicitadas por la parte convocante, la convocada, las llamadas en garantía, y las decretadas por el Tribunal, relativas a los documentos aportados, interrogatorios y declaraciones de parte de la convocante, documentos, testimonios, dictámenes periciales, el decretado por el Tribunal con sus aclaraciones y complementaciones, informes juramentados del representante del FOMAG, etc., que se consideraron conducentes y pertinentes.

3.2.2. Consideraciones generales para su valoración. -Previamente estima el Tribunal hacer las siguientes consideraciones generales sobre ciertos medios de prueba.

A. Valoración de documentos.

Tiene especial aplicación en los documentos electrónicos y los de terceros.

a. Documentos electrónicos.-

Los documentos electrónicos allegados al presente proceso son valorados teniendo en cuenta según el caso, el contenido enunciativo y dispositivo del acto o contrato correspondiente al cual se refieren dichos mensajes (Arts.247, 250 y 196 del C.G.P.).

b. Documentos de terceros (auditaje externo).-

Es bien sabido que los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, *"salvo que la parte contraria solicite su ratificación"* (Art. 262 del C.G.del P.), teniendo en cuenta que, por su forma, *"hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de sus declaraciones"* (Art.260 y 257 del C.G.P.), y que, por su contenido de carácter *"declarativo emanado de terceros"* relativo a *"hechos"* del proceso, constituyen una prueba que debe *"ser apreciada en conjunto, de acuerdo con la sana crítica"* (Art.176 del C.G.P.).

De allí que siendo los documentos de auditaje externo uno de los documentos procedentes de terceros (como los de Sandra Avendaño y los elaborados por la sociedad KPMG y el Consorcio EAC), a diferencia de aquellos de auditaje interno por funcionarios o empleados de las partes en el presente proceso (como los efectuados por Luz Adriana Sánchez y Luis Alberto Rodríguez), resulta indispensable apreciarlos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: En primer término, que el documento de dicho auditaje es una modalidad especial de la prueba documental, que, a pesar de su semejanza con otros medios probatorios, difiere de ellos. Especialmente de *"la experticia"*, porque los conocimientos científicos y técnicos de dicha documentación de auditaje no se refieren a *"hechos de este proceso arbitral"* (Art.226, inciso 1º. y 227 del C.G.P.), ni se aporta como tal al mismo, sino que se refieren a hechos precedentes a dicho proceso. También difiere de la documentación de la revisoría fiscal, porque si bien implica un *"cercioramiento"* de operaciones no procede del órgano de control de la junta o de la asamblea (Art.207, num.1º. y 204 del C. de Co.). Y también se distingue del informe, porque no se trata de una constatación de hechos, actuaciones, cifras o datos con el archivo de la entidad que lo emite (Art. 275. C.G.P.), sino con base en la documentación suministrada al respecto. Igualmente se difiere del auditaje general, porque mientras este se refiere a toda la documentación de la empresa, el que aquí se aduce se refiere a parte de la ejecución de un contrato. Lo mismo acontece con la declaración de terceros, porque

el auditaje no expresa una percepción directa con los hechos del proceso, sino indirecta con la documentación que supuestamente lo recoge. Ni tampoco es propiamente un documento, porque las declaraciones contenidas no suelen proceder de las partes ni de una autoridad pública.

En segundo término, que por la procedencia de los mismos por parte de terceros, esto es, por entidades o personas no subordinadas, ni comprometidas con el interés de una de las partes, sino, por el contrario, con idoneidad técnica e imparcialidad para la realización de su labor, le otorga credibilidad. En segundo término, porque teniendo un "*contenido de carácter declarativo*", de una parte, aquel debe tenerse en cuenta con relación a los hechos que se declare percibir de los documentos respecto de los cuales se realiza "*la verificación de las operaciones*" o la labor de auditaje; y, de la otra, la declaración de su conformidad o disconformidad fáctica con la referida documentación. Sin embargo, las apreciaciones jurídicas de carácter probatorio o sustancial, respecto al valor demostrativo de los documentos tenidos en cuenta y al valor sustancial de los actos o contratos sobre los cuales se emite el auditaje, son "*conceptos propios*" sobre "*puntos de derecho*" que, al igual que otros medios probatorios (Art.221 num.3, 226 inciso 3º. y 12 del C.G.P.), no vinculan a las partes ni al Juez.

Por lo que, entonces, este Tribunal si bien le otorga credibilidad a dichos documentos en ciertos **aspectos fácticos** relativos a operaciones, cantidades e incidencias fácticas dentro de la ejecución del contrato (v.gr. prestación de servicios, presentación de facturas, realización de pagos, etc.), también lo es que esa atribución judicial de verificar **su conformidad jurídica** con el contrato, las leyes y los reglamentos especialmente para establecer el cumplimiento o incumplimiento de aquel (v.gr. en materia de prestación de servicios y de pagos, etc.), de la segunda (v.gr. el cumplimiento o no de las normas imperativas en contratos estatales) y de la tercera (v.gr. la necesidad y oportunidad de la formulación de las glosas, etc.).

De allí que, como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Arbitral apreciará **fácticamente** los documentos de actualización y depuración de las bases de datos del FOMAG, con fundamento en el auditaje externo, sin perjuicio de que este Tribunal proceda a hacer **autónomamente las apreciaciones probatorias y jurídicas** a que haya lugar, tal como se expondrá en su oportunidad.

B. Valoración y tacha de parcialidad de los testigos.

Así mismo, reitera el Tribunal que la valoración de los testigos se hará individual y conjuntamente con la explicación razonada y exigida por la ley (Art. 176 del C.G.P.), teniendo en cuenta las circunstancias de la sana crítica, especialmente en las tachas de testigos. Porque si bien la tacha de sospecha es una objeción a la credibilidad de la declaración que debe evaluarse al momento del fallo (Arts.210 y 211, inciso 2º. y 176 del C.G.P.), se hace indispensable tener en cuenta si el factor alegado como sospecha, tiene incidencia en el contenido de la declaración en cuanto pueda ser mentiroso o falso o pueda afectar la verdad y parcialidad del testigo en favor o una de las partes o de los hechos del proceso; se hace indispensable entonces proceder a su examen.

Como quiera que la parte convocante del proceso arbitral ha tachado de sospechosas las declaraciones de los testigos Jaime Abril Morales y José Fernando Arias, en razón al haber participado en el proceso de contratación y en la ejecución del contrato aquí controvertido, siendo dependientes de la entidad aquí convocada, estima el Tribunal que la relación de prestación de servicios y de carácter laboral que han tenido y tienen los citados declarantes con la parte convocada, no son, en sí misma, circunstancias que afecten la imparcialidad de los testigos: De un lado, porque lo ordinario es que sean las personas allegadas a las partes que intervienen en la celebración y ejecución de un contrato, las que puedan tener conocimiento sobre las circunstancias y hechos del mismo; y, de la otra, porque el objeto fáctico de su relación, en lo que el Tribunal toma atenta nota, debe excluir cualquier tipo de apreciación y cualquier interés en favorecer a una parte o perjudicar a la otra. Además, porque tampoco existe alegación puntual y precisa de la parte convocante sobre otras razones específicas, distintas a las mencionadas, que puedan afectar la parcialidad de dichos testigos. Por lo que resulta indispensable proceder a resolverla con las valoraciones pertinentes, como lo dispone el inciso 2º. del Art.211 del C.G.P.

C. Dictámenes y declaraciones de peritos.

Respecto de los dictámenes decretados y aportados al proceso, tanto por la parte convocante como por la convocada, también se decretaron y recibieron las declaraciones de los peritos que conformaron el dictamen de aquella elaborado por Integra Auditores Consultores S.A. (Julio César Chaparro Castro, Bibiana Tovar Alonso, Carlos Arturo

Sarmiento Limas, Leonardo Montaña Castañeda, Luis Alexander Urbina Ayure, Carlos Alberto Vargas Cárdenas) y la Doctora Marcela Gómez Clark en el dictamen pericial contable y económico de la segunda, así como las aclaraciones y complementaciones de ésta última.

Teniendo en cuenta "*la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obran en el proceso*" (Art. 232 del C.G.P.), el Tribunal, en apreciación conjunta de todos ellos, encuentra, que si bien todos ellos cumplen a cabalidad dichas condiciones para su correspondiente apreciación, solamente le dará mérito probatorio a la parte del contenido que represente solidez, claridad, exhaustividad y demás condiciones legales para darle el mérito probatorio pertinente (Art.232 del C.G.P.), tal como en su debida oportunidad se señalará.

4. PRETENSIONES EN EL LITIGIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES.-

Como quiera que ellas se presentan tanto en la demanda inicial reformada, como en la demanda de reconvenición, procede el Tribunal a su examen en dicho orden.

4.1. PRETENSIONES EN LA DEMANDA INICIAL REFORMADA Y SUS PRUEBAS.

Para su examen, procede el Tribunal a determinar y analizar su acervo probatorio, tanto de manera general como específica.

A. Acervo probatorio de los elementos generales.

Primeramente encuentra el Tribunal debidamente acreditados los elementos generales de la pretensión de responsabilidad contractual por incumplimiento, en cuanto, se encuentra demostrado de un lado la existencia del contrato de prestaciones de servicios médico asistenciales celebrado entre la convocante UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 (conformada por la Fundación Oftalmológica de Santander "FOSCAL", Fundación Médico-Preventiva para el Bienestar Social S.A., Colombiana de Salud S.A. y nueva Clínica Riohacha SAS- antes Salud Médica Clínica Riohacha SAS) y el PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO-FOMAG citado en la demanda,

y, del otro, la legitimación sustancial activa y pasiva de ambos contratantes en la formulación de la demanda inicial que entra al estudio.

Sin embargo, el aspecto probatorio de los elementos específicos de dichas pretensiones, se determinan y analizan en el aparte siguiente.

B. Pretensiones específicas de la demanda principal reformada.

Siguiendo el orden lógico presentado en la demanda e integrado para su mejor análisis, procede el Tribunal a dicho examen.

a. Pretensiones relativas a la prestación de servicio de alto costo.

Para el estudio de las pretensiones declarativas de incumplimiento del contrato, vulneración y condena al pago de \$55.774.743.209 por la prestación de servicio de alto costo y de \$39.112.676.672 por intereses de mora, arriba reseñadas (**pretensiones primera, tercera y cuarta**), procede el Tribunal a determinar, en su orden, el acervo probatorio de la fuente obligacional, el alcance de la remuneración especial y su correspondiente aplicación sub examine.

1º.- Pretensión reformada oportuna.- Primeramente reitera el Tribunal que habiéndose presentado esta pretensión en la demanda inicial, que fuera subsanada oportunamente el 28 de febrero de 2020 antes del vencimiento del período de caducidad el 19 de febrero de 2021 (período comprendido entre el 3 de noviembre del 2018 al 3 de noviembre del 2020, más el período de suspensión por la pandemia, hasta el 19 de febrero de 2021, tal como se verá en su oportunidad), ella resulta formulada oportunamente, aunque fuese reformada el 23 de febrero de 2021. Porque dicha reforma, como se verá más adelante (Infra No.4.1.C.a.2º.), al no ser esencial en los elementos en la forma en que lo indica la ley, por limitarse a "*calificaciones jurídicas*", no introdujo ni estructuró "*una nueva pretensión*".

2º.- Acervo probatorio de la fuente obligacional y su aplicación.- Sobre el particular encuentra el Tribunal acreditada de manera relativa la fuente de la obligación para la remuneración de los servicios de alto costo aducidos en la demanda.

2º.1.- Obligación de prestación de servicio.- Lo primero obedece a que siendo parte del objeto del contrato (cláusula segunda) la "***prestación de servicios de salud para los afiliados al Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio y sus beneficiarios.....***", en cuyo plan de atención en salud de cobertura integral (cláusula primera del contrato) se "*comprende todos los servicios médico-asistenciales para mantener y mejorar su estado de salud, sin limitaciones en el territorio nacional, salvo las exclusiones establecidas en dichos acuerdos y en los pliegos de condiciones*"; **no puede menos que entenderse que la convocante estaba obligada a la prestación de servicios de alto costo.**

2º.2.- Obligación de remuneración de los servicios.- Y lo segundo, que, a su vez, la convocada **estaba obligada a la remuneración**, como contraprestación de los servicios contratados, mediante, en este caso, el sistema "*por capitación*" que se "*aplicará*", consistente (conforme al punto 4 del Acuerdo No.06 del Consejo Directivo de FOMAG del 1º, de noviembre de 2011), en "*cancelar por capitación la atención y prestación de servicios en los niveles I, II y III y asistencial de salud ocupacional*". El pago correspondiente a la promoción y prevención de la prestación de los servicios en salud y promoción y prevención de la salud ocupacional se cancelarán por eventos. Constituir un fondo único con carácter de fuente especial administrada por la fiduciaria LA PREVISORA S.A., a efectos de cubrir los riesgos que se originen por la prestación de los **servicios correspondientes al alto costo**. "*Los recursos... serán aportados por los contratistas prestadores de salud... y mediante descuento... En caso de agotarse...el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá aportar los recursos necesarios para atender lo recobros que por patologías de alto costo realicen los prestadores de acuerdo a lo establecido en los pliegos de condiciones*". Luego, se trata de una obligación de **remuneración especial**.

2º.-3.- Falta de claridad o contradicción en la determinación de la contraprestación.- Sin embargo, **no aparece acreditada de manera clara y suficientemente determinada la referida contraprestación**, debido a que la hizo descansar en la voluntad contractual de la UPC (adenda No.1), que resulta contradictoria con la voluntad contractual expresada en la UPCM (cláusula octava), y que constituye la controversia central de esta pretensión.

Porque, de un lado, mientras **la parte convocante aduce** como prueba de la remuneración de los servicios de alto costo "*aquellos valores que **sobrepasen el 15% de la UPC** (Unidad por capitación contributivo)*", como "*porcentaje establecido dentro de la UPCM para cubrir los eventos denominados de alto costo*", recogido en **la adenda número 1** del 12 de enero del 2012 y la aplicación en "**557 facturas**" **que fueron pagadas, por valor de \$85.725.674.104; del otro, la parte convocada**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG- señala que la obligación remunerable es la que **supera el 15% de la UPCM** (Unidad de pago por capitación del Magisterio) (compuesta por la UPC o Unidad de pago por capitación del régimen contributivo por grupo etario y zona geográfica más el 48.32% UPC, indicado en la cláusula primera del contrato), ya que, de acuerdo con **la cláusula octava del contrato** "*la Entidad contratista podrá hacer recobros a ése Fondo (Fondo Único de Alto Costo) para cubrir aquellos rubros que sobrepasen el 15% de la UPCM regional resultado de la atención de las patologías determinadas como de alto costo y que son el soporte del encargo fiduciario*".

Agregase a lo anterior que **mientras la convocante** aduce que el Gerente Operativo de FOMAG en carta del 13 de agosto de 2012, **en respuesta a una solicitud de aclaración** de la UNION TEMPORAL manifestó que "*con base en el valor tope sobre el cual se harán los recobros al Fondo y una vez revisados por los Asesores Jurídicos este tema, se estableció que el mismo se hará una vez supere el 15% del valor de las sumatorias de las UPC's, esto se hace referencia a la primera parte de la fórmula establecida para el cálculo de la UPCM*". Posteriormente, manifiesta que el 26 de diciembre de 2019 la misma convocada señala que es "*pertinente aclarar que se debe tomar como base el 15% del valor correspondiente de UPCM de la cápita de los meses en mención*", la que reitera el 11 de febrero de 2020, en oficio de la Gerencia de servicios de salud de FOMAG cuando señala que "*la Entidad contratista podrá hacer recobros a éste Fondo para cubrir aquellos rubros que sobrepasen el 15% de la UPCM regional resultado de la atención de las patologías determinadas como de alto costo y que son el soporte del encargo fiduciario*".

2º.-4.- Controversia interpretativa sobre la determinación de la contraprestación (Posiciones de las partes de la llamada en garantía y del Ministerio Público).- Previamente el Tribunal Arbitral precisa el alcance de la

controversia bajo examen no solo entre las partes, sino también con relación a la llamada en garantía y al Ministerio Público.

En primer término, si bien la parte demandante señala a la parte demandada el incumplimiento en la aplicación de una de las cláusulas o convenios del contrato, relativa a la aplicación de la base de la UPC para la determinación del derecho al reembolso (hecho vigésimo segundo de la demanda), y, por su parte, la parte convocada, en su defensa y demanda de reconvencción, aduce que aplicó erróneamente dicha base, cuando, a su juicio lo correcto hubiese sido aplicar la base de la UPCM (respuesta al hecho vigésimo segundo de la demanda); lo cierto es que en el fondo la controversia planteada no solo está en la aplicación indebida de las cláusulas de dicho contrato, sino que dicha controversia también comprende implícitamente la interpretación de los efectos de dichas cláusulas, en el sentido de si producen efectos de acuerdo con el contexto del contrato y su respectiva aplicación.

Lo mismo suele decirse sobre la discrepancia entre las partes contratante sobre las obligaciones que cada una de ellas asumieron frente a la base de datos, puesto que, a pesar de fundarse cada una de ellas en cláusulas diferentes, implícitamente también controvierte la interpretación sistémica que debe dársele al contrato.

Además, si bien la cláusula trigésima tercera del contrato sub examine dispuso que "*se entenderán incorporados al presente contrato los principios unilaterales de interpretación (...) de los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 (C-02 pruebas-No.3, pag. 302 y 303), también lo es que la convocada no acudió formalmente mediante un acto administrativo a dicha interpretación*".

A ello, a dicha controversia agrega la convocante (UNIÓN TEMPORAL REGIÓN 5) que la convocada (el FOMAG), después de haber aplicado durante mucho tiempo los valores superiores al quince (15%) por ciento de la UPC, como base para el derecho al recobro por servicios de alto costo, cambió su criterio para tomar como base los valores superiores al quince (15%) por ciento de la UPCM. A su turno, señala la convocada (el FOMAG) que, luego de hacer pagos anticipados o equivocados con base en valores superiores al quince (15%) por ciento de la UPC, cuando era con base en valores superiores al quince (15%) por ciento de la UPCM, no solo aplicó esta regulación contractual, sino que, además, en reconvencción, solicita el reembolso de lo pagado excesivamente.

En segundo término, por su parte, la llamada en garantía coincide en su posición con la de la convocante y señala que el cambio de la convocada no obedeció a un cambio institucional sino de funcionarios, violando los principios de buena fe y de confianza legítima.

En tercer término, el Ministerio Público, por su parte, expresa su concepto favorable a la argumentación de la Entidad Pública convocada (FOMAG), señalando que, basado en el contrato y los documentos precontractuales, la unidad de remuneración es la UPCM (concepto al primer problema jurídico), por lo que los pagos de reembolso por valores superiores al quince (15%) por ciento de la UPC no se ajustaron al contrato (concepto al tercer problema jurídico), ya que, a su juicio no hubo modificación formal del contrato en lo referente a la forma de remuneración (concepto al tercer problema jurídico), tanto más cuanto no aparece prueba que la convocante hubiese alcanzado las metas de la matriz 7.A (concepto al cuarto problema jurídico).

En cuarto término, por esa razón, procede el Tribunal al estudio del aspecto interpretativo de las mencionadas cláusulas, a fin de establecer su alcance, en todos los aspectos, tal como se expone a continuación.

3º.- Alcance convencional y administrativo de la interpretación, base de datos y liquidación.- Por lo que previamente precisa el Tribunal la necesidad de establecer el **alcance de la interpretación**, la base de datos y la liquidación contractual, a la cual se aduce en la presente controversia, a fin de proceder a su posterior esclarecimiento.

En primer lugar, con relación a las **reglas de interpretación de los contratos estatales** es preciso recordar, como arriba quedo expuesto, de una parte, que es indispensable tener en consideración "**los fines y principios de que trata esta Ley (la ley 80 de 1993) los mandatos de buena fé y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos**" (Art.28); y, de la otra, "**las disposiciones comerciales y civiles pertinentes**" (Art.13, inciso 1º. Ley 80 de 1993 en materia de interpretación, especialmente las que atañen a **la intención de las partes, a la aplicación práctica** que ellas hayan tenido y a la interpretación de las cláusulas ambiguas en contra del estipulante (Arts.1618, 1622, inciso 3º. y 1624 inciso 2º. del C.Civil).

Así mismo, en virtud de la "**naturaleza del contrato**" (Art. 1621 del C.Civil), como fruto de un proceso de contratación y de su naturaleza de ejecución sucesiva periódica (como contrato de prestación de servicios médico-asistenciales) también resulta importante en la interpretación del contrato el comportamiento de las partes contratantes. Pues, de una parte, corresponde a la Entidad Pública no solo el deber de elaborar adecuadamente el pliego de condiciones, asumiendo la responsabilidad en caso de que sea "*incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetiva por parte de aquellos*" (Art.26, num.3 de la Ley 80 de 1993), sino también la de adoptar "*en el menor tiempo posible*" **las medidas indispensables** para corregir la mayor onerosidad correspondiente (Art.4º., num.9 Ley 80 de 1993); y en caso de discrepancias significativas y de contradicciones, **procurar "un acuerdo"** y, no lográndose, proceder a la interpretación unilateral "*en acto administrativo debidamente motivado*" sobre "las estipulaciones o cláusula objeto de la diferencia" (Art.15 de la ley 80 de 1993). Y, del otro, la exigencia **a cargo del contratista no solo de dar cumplimiento** a sus obligaciones, sino también la de hacerlo "*con buena calidad del objeto contratado*" (Art.26 num.8 de la Ley 80 de 1993). Más aún, corresponde a los contratantes, con posterioridad a la celebración del contrato, **continuar o adoptar las interpretaciones** que uniformemente garantice, de un lado, la buena fe y confianza legítima de los contratantes, como aspecto fundamental de la estabilidad contractual, y no procede contrariamente a los actos y decisiones adoptadas de común acuerdo en las etapas precedentes.

En segundo lugar, de acuerdo con lo anterior tiene gran importancia la **intervención de las partes tanto en la interpretación, como en la base de datos y la liquidación contractual**. Lo primero, por cuanto las partes contratantes **no solo pueden de manera expresa o en forma tácita**, en este caso, mediante su aplicación práctica, interpretar el contrato que han celebrado, sino que, con el mismo carácter vinculante de este último (Art.1602 del C.Civil), resulta obligatorio a partir del momento en que se perfecciona dicha práctica, como regla general, a menos que excepcionalmente en forma expresa le otorguen un carácter retroactivo o, en su caso, un carácter ultra activo o posterior a su respectiva terminación; por lo que, entonces, generalmente lo ejecutado de común acuerdo expreso o tácito, queda consumado, salvo que el mismo acuerdo interpretativo pierda sus efectos por las causas legales. Lo segundo, porque también las partes contratantes **de común acuerdo expreso o tácito**, igualmente puedan convenir para que ambas en forma conjunta o separada pueden elaborar o integrar la base de datos indispensable para el desarrollo de un contrato, con carácter vinculante hacia el

futuro, a menos que en forma expresa de la misma manera convenida se le dé un carácter retroactivo o ultraactivo después de la terminación del contrato, sin perjuicio de la ineficacia que pueda tener dicho acuerdo contractual. Y lo tercero, porque, con similar criterio, también las partes contratantes **pueden convenir directamente la liquidación de un contrato** teniendo en cuenta la naturaleza del mismo y de las prestaciones a liquidar, de manera que, por ejemplo, en el caso de pagos parciales por avances de obra, los pagos hacen parte del precio final que habrá de reliquidarse para su establecimiento definitivo, **en tanto que en los pagos periódicos de prestación de servicios de ejecución continuada o periódica**, con remuneración por cada prestación tienen un carácter independiente (Arts.968, 970 y ss. del C. de Co.), que deberá mantenerse, sin perjuicio de su revisión en caso de que, por causas legales, se presente su ineficacia.

En tercer lugar, **si bien la intervención voluntaria** de una de las partes, especialmente la de la Entidad Pública, puede tener incidencia en la interpretación unilateral, en la formación de la base de datos mencionada y en la terminación unilateral del respectivo contrato, es preciso entender, conforme a la normatividad arriba mencionada, que en principio dicha manifestación solo empieza a producir efectos a partir de la perfección y comunicación del respectivo acto administrativo, sin que pueda afectar situaciones particulares consolidadas o consumadas, a menos que, conforme a la ley, puedan destruirse inmediata o retroactivamente (Art.97 y concord. del CPACA) o se declare sin efecto.

4º.- Alcance de la remuneración por prestación de servicios de alto costo.- Lo primero que establece el Tribunal es que dicha disparidad en la remuneración contractual que debe dársele a la prestación de servicios de alto costo, si bien en las comunicaciones se habla de error o de modificaciones, lo cierto es que por **no haber sido alegado como vicio del consentimiento**, sino por error interpretativo, el Tribunal se abstiene de hacer aquella consideración.

Ahora bien, también establece el Tribunal que **integrándose el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales** por la orden de apertura de la licitación al pliego de condiciones, las adendas, las aclaraciones y el contrato mismo celebrado, no puede hablarse en estricto sentido de varios actos autónomos modificatorios entre sí, sino, más bien, de una integración contractual que comprende algunos aspectos

parcialmente contradictorios. Porque, de un lado, **ambas partes contratantes coinciden** y así lo han manifestado en este proceso arbitral, que la Unidad de pago por capitación del régimen contributivo remunera de manera integral todos los servicios que se presten en materia de salud, incluyendo “*parte*” de los servicios de alto costo hasta un “quince por ciento (15%)”; **en tanto que difieren en señalar cual es la base que se toma como tope para esa remuneración integral básica, si es la del quince por ciento (15%) de la UPC, como dice la parte convocante, o, si por el contrario, es la UPCM, como dice la parte convocada.** Lo anterior tiene la importancia **para determinar cuál es la segunda parte remunerativa a cargo del Fondo de alto costo** de la prestación de servicios de alto costo, si es lo que supera el quince por ciento (15%) de la UPC como dice la parte convocante, o si es la que supera el quince por ciento (15%) de la UPCM, como dice la parte convocada.

De allí que siendo procedente la interpretación de estas vinculaciones contractuales, sea necesario acudir a las reglas de interpretación pertinentes y al comportamiento de las partes contratantes para establecer el alcance de dicha remuneración especial (supra No.2.2.1.A.g.).

4º.-1.- Prevalencia interpretativa bilateral pasada y futura.- De lo anterior se desprende que no obstante haber existido y haber sido conocida **desde noviembre y diciembre de 2011** la diferencia en el mencionado tope, la de la convocante en el quince por ciento (15%) de la UPC y la de la convocada en el quince por ciento (15%) de la UPCM, ellas, como se verá más adelante, no solo **interpretaron declarativamente el contrato, esto es, mediante declaración expresa del FOMAG, aceptada tácitamente por el contratista, sobre el alcance de dicha diferencia y su correspondiente significado**, sino que también dicho acuerdo complejo ~~no es menos cierto que~~ **lo hicieron operativamente en el pasado** mediante los comportamientos objetivos e inequívocos de su sentido, por medio de la facturación y pago correspondiente, por lo menos durante gran parte de la ejecución del contrato, pero el FOMAG posterior y unilateralmente desconoció dicha interpretación bilateral e incumplió el pago de las facturas posteriores.

i.- Interpretación bilateral pasada.- En primer lugar, como lo reconocen las partes del proceso arbitral en sus demandas, principal y de reconvencción, y lo corroboran los testigos, especialmente la señora Martha Camelo, ambas partes contratantes mediante

acuerdo de reconocimiento y pago procedieron, sin hacer reserva o mención alguna a la referida diferencia (pues solo hicieron algunas **glosas futuras**) a las cancelaciones correspondientes entre el mes de mayo de 2012 y el mes de abril de 2014, con las cuales explícita e implícitamente estaban reconociendo la existencia de dichas obligaciones calculadas sobre la base superior al quince por ciento (15%) de la UPC, tal como se habían facturado. Por lo que con dicha conducta, las mismas partes contratantes estaban aceptando con ésta aplicación una interpretación bilateral en dicho sentido, sometida únicamente a la condición de futuras glosas, cuyo alcance éste último se precisa más adelante. Además, dichos acuerdos de reconocimientos y pagos tienen un alcance definitivo, porque, de acuerdo con su texto, solamente se reserva su posible afectación para el caso de “glosas” y “pagos de saldos pendientes”.

De allí que habiéndose hecho **aclaración y ejecución del contrato dándole prevalencia a la primera interpretación**, esto es, la de la cancelación especial del servicio de alto costo, cuando su valor fuese superior al **quince por ciento (15%) de la UPC**; resulta contraria al ordenamiento jurídico la prevalencia que posteriormente quiso darle la convocada al tope del **quince por ciento (15%) de la UPCM**. Lo primero, porque, como arriba se dijo, habiendo **un tácito acuerdo interpretativo** de ambas partes contratantes para fijar el tope, de acuerdo con el contrato, en el quince por ciento (15%) de la UPC, dicho acuerdo no solo tuvo vigencia sino que también tuvo aplicación por ambas partes durante el tiempo en que se tuvo en cuenta, lo cual, en principio, se considera inalterable, especialmente en los pagos que aparecen relacionados en la tabla 26 del dictamen pericial y sus aclaraciones por un valor total de \$89.422.312.250 (fols.80 a 107 del dictamen), a menos que por causa legal, dicho **acuerdo interpretativo pierda sus efectos**, lo que, como se verá en el estudio de la demanda de reconvención, no lo consigue.

ii.- Interpretación bilateral para el futuro (Facturas pendientes de pago).- En segundo lugar, para el Tribunal no se trató de un “**mero acuerdo operativo**”, sino de un “**verdadero acuerdo interpretativo declarativo**”, esto es, no se limitó a la aplicación práctica de la interpretación con los pagos de determinadas facturas, sino que, por el contrario, aparece demostrado, para resolver diferencias interpretativas sobre los topes señalados en el contrato y su adenda, una interpretación declarativa para todo el contrato. En efecto:

En primer término, porque es bien sabido, no controvertido por las partes, que en el proceso de celebración del contrato sub examine no solo hubo dudas, que posteriormente quisieron aclararse, sin lograrlo, sobre el tope a convenirse para la procedencia del recobro en caso de prestación de servicios de alto costo, sino que dentro de la documentación compleja del contrato se hizo referencia, de un lado, a un tope del quince por ciento (15%) de la UPC, y, del otro, también se hizo referencia a un segundo tope del quince por ciento (15%) de la UPCM, para dar origen al derecho al recobro por servicios médico asistenciales de enfermedades de alto costo.

Además, en el mismo contrato, sin controversia alguna, también se hizo referencia a esas mismas dos unidades, la UPC y la UPCM, comprendiendo aquella como primera parte de esta última. Pues esta se define como "la UPCM=UPCez+48.32% UPC". Luego, sin lugar a dudas la UPC fue concebida como la primera parte de la UPCM.

Así mismo, en la adenda número 1 del 12 de enero de 2012, se convino que "*el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se constituirá un encargo fiduciario en Fiduprevisora, que será una cuenta especial única para todas las regiones para cubrir aquellos valores que sobrepasen el quince por ciento (15%) de la UPC, porcentaje establecido dentro de la UPCM para cubrir los eventos de alto costo de acuerdo con las condiciones establecidas en los presentes pliegos*".

En segundo término, también aparece demostrado que, no obstante la falta de precisión única del tope para la procedencia del recobro por los servicios médico asistenciales de enfermedades de alto costo, ella no solo fue subsanada posteriormente en favor de la UPC con la interpretación práctica a que se hizo mención en el ítem anterior, sino también con la carta del 16 de octubre del 2012, a la cual se hace mención más adelante.

En tercer término, porque al referirse dicha carta a que ella se emite "una vez revisado por los asesores jurídicos se estableció" dicho tope (el de la UPC, como se verá más adelante), el Tribunal también encuentra demostrada, de un lado, la conciencia del FOMAG sobre la discusión en la interpretación del tope a tener en cuenta, esto es, si lo era el quince por ciento (15%) de la UPC o el quince por ciento (15%) de la UPCM, a tal punto que debieron consultarlo a asesores jurídicos, y, del otro, porque al decir en dicha comunicación que "*se hará*" el recobro, sin duda expresa su voluntad de definir dicho tope, tal como más adelante se indica.

En cuarto término, porque esta Corporación también encuentra que dicha definición la adoptó el órgano competente, esto es, el FOMAG, con el asentimiento del contratista. No de manera unilateral y formal mediante acto administrativo, dentro de las prerrogativas legales que le asistía, sino de manera común mediante documentación para expresar su interpretación voluntaria, comunicarla al contratista y obtener de este su consentimiento expreso o tácito. De allí que al decir que "el tope sobre el cual se harán los recobros" y al agregar que ellos se harán "una vez supere el quince por ciento (15%) de las sumatoria de la "UPC,ez", no está haciendo otra cosa que *"definir una decisión interpretativa sobre el particular, en el sentido de acoger una interpretación favorable al quince por ciento (15%) de la UPC,ez"*. Ahora, si bien es cierto que dicha mención a la "UPC,ez" no es idéntica en su expresión a la UPC, también lo es que a ella se refiere, no solo por ser la "unidad de pago por capitación del régimen contributivo" según el grupo etéreo ("e") y la zona geográfica ("z") sino también como primera parte o primer componente de la UPCM antes mencionada.

En quinto término, porque este Tribunal también encuentra que dicha decisión, habiéndose basado en la diferencia de las estipulaciones contractuales sobre el tope que debía tenerse en cuenta para el recobro en caso de prestación de servicios de alto costo, tiene un carácter eminentemente interpretativo, esto es, en cuanto esclarece el tope a tener en cuenta, el de la UPC, con exclusión de la UPCM. Por lo que, entonces, no le asiste razón a la convocada en la contestación de la demanda, cuando afirma que fue una modificación ilegal del contrato por no constar por escrito. Por cuanto tratándose de interpretación, esto es, del esclarecimiento de dicho tope consagrado en el contrato en estipulaciones contradictorias, además de no ser necesario escrito esencial de modificación contractual, dicho alcance interpretativo se ajusta a la facultad de los contratantes para interpretar de común acuerdo el contrato, en forma declarativa sin solemnidad alguna (Art. 1618 del C.Civil), o en forma práctica dichas estipulaciones (Art.1622, inciso final C.Civil). Luego, en virtud de dicha interpretación declarativa si bien no se modificó, ni se derogó el tope del quince por ciento (15%) de la UPCM, no es menos cierto que, para efecto del recobro por la prestación del servicio de alto costo, se interpretó en forma clara e inequívoca que la voluntad del contratante, luego aceptada por el contratista mediante la aceptación de los pagos correspondientes, era la de que el tope para el recobro por prestación de servicios de enfermedades de alto costo, era el quince por ciento (15%) de la UPC, con lo cual, mediante esta interpretación, no solo se

aclaró sino que se le dio prevalencia a la voluntad del tope del quince por ciento (15%) de la UPC para el recobro de los servicios de alto costo.

En sexto término, tal decisión se adopta en forma expresa en la carta del 16 de octubre del 2012, cuaderno 02 prueba-expediente de prueba No.4. al folio 10 del expediente virtual, suscrita por el entonces Gerente Operativo de FOMAG-FIDUPREVISORA, Doctor José A. García, dirigida al Representante Legal de Unión Temporal 5, Doctor Jorge Ricardo León Franco en la cual (en el literal d) expresa lo siguiente: "*con base en el **tope sobre el cual se harán los recobros** al fondo y una vez revisados por los asesores jurídicos, se estableció que el mismo, se hará una vez supere el quince por ciento (15%) de las sumatorias de la UPC, ez, **esta hace referencia a la primera parte de la fórmula para el cálculo de la UPCM***". Por lo que cuando dicha comunicación hace referencia a la "*primera parte de la fórmula para el cálculo de la UPCM*", no puede sino referirse a aquella primera parte que aparece en dicha fórmula arriba transcrita. Es decir, se refiere al tope del quince por ciento (15%) de la UPC, como primera parte de esta última fórmula.

En séptimo término, como quiera que dicha declaración carece de límite temporal y se refiere indefinidamente al "*tope sobre el cual se harán los recobros al Fondo*", es lógico entender que se trató de una interpretación indefinida en el tiempo para la procedencia de dicho recobro por prestaciones de servicio de alto costo, que, como se verá más adelante, sin duda, generó, con base en la buena fe del contratista, la confianza de este último en el mantenimiento de dicha interpretación del pacto de recobro, no solo durante la primera parte del contrato cancelada, sino también sobre la segunda parte de la prestación de servicios por enfermedades de alto costo que quedó pendiente.

Por todo lo expuesto, no solo aparece probada dicha interpretación hecha por el FOMAG y consentida con la recepción de los pagos durante su ejecución por el contratista por lo que, en consecuencia, aparece probado dicho acuerdo vinculante para todo el contrato. En efecto: De un lado, está plenamente probado mediante la carta del 16 de octubre de 2012 que la voluntad contractual sobre la procedencia del recobro por servicio de alto costo fue interpretada por el FOMAG en favor del tope de la UPC y comúnmente aceptada por el prestador de servicio con su facturación y recepción del pago con base en la misma, tal como lo indica el dictamen pericial decretado en este proceso (Arts.257, 196, 232 y 176 del C.G.P.). Y del otro, que hubo manifestación inequívoca del FOMAG sobre dicha interpretación del tope de la UPC para el recobro en caso de prestación de servicio de alto

costo, que fuera aceptada implícitamente por el prestador del servicio en la recepción de los pagos mencionados con base en dicho tope, y, por tanto, vinculó a ambas partes para la facturación y pago correspondiente durante todo el contrato, comprendiendo no solo la ejecución que se había hecho con los pagos anteriores, sino también con la ejecución de las facturas pendientes de pago (Arts.1618, 1622 inciso final y 1602 del C.C.), tal como se desprende de la anterior apreciación probatoria.

iii.- Carácter vinculante para el contrato de la interpretación bilateral.- En tercer lugar, conforme a lo arriba expuesto la referida interpretación bilateral declarativa que se hizo del contrato no solo resultó vinculante, de acuerdo con las estipulaciones contractuales interpretadas (Arts.1618, 1622 inciso final y 1602 del C.Civil), sino que también fue tenida en cuenta parcialmente, e incumplida en la parte demandada.

Pues, se encuentra acreditado que conforme a esta manifestación expresa de una interpretación inequívoca del FOMAG aceptada tácitamente por el contratista, favorable al tope del quince por ciento (15%) de la UPC, se cancelaron, entre los años 2012 hasta el 31 de diciembre del 2017, 557 facturas de recobro por servicios de alto costo, tal como lo corrobora el dictamen pericial decretado en este proceso. Luego, hubo un pago parcial conforme al contrato, tal como se verá en el estudio de la demanda de reconvención.

En tanto que a partir de este momento las siguientes 348 facturas que fueron presentadas hasta la finalización del contrato por recobro de servicios de alto costo, no fueron canceladas, ni tampoco fue hecha ni recibida comunicación alguna sobre la razón o motivo de la no cancelación, desconociéndose la declaración interpretativa del FOMAG y su ejecución, compartida por el contratista.

Pues, como lo revela el anterior acervo probatorio, ambas partes contratantes, no solo fueron conscientes de las discusiones sobre dicho tope del quince por ciento (15%) de la UPC, y de la necesidad de su interpretación declarativa por el FOMAG, no rechazada por el contratista, sino, por el contrario, ejecutada reiteradamente durante aproximadamente cinco años, creando en el contratista, en quien se presume la buena fe, sin que exista prueba en contrario, una confianza ajustada a derecho (legítima) en la continuidad de dicha declaración interpretativa no solo durante la ejecución pasada del contrato, que fuera objeto de pagos sin objeción alguna, sino también de la continuidad de dicha interpretación compartida y aplicable hacia el futuro, tal como se expone a continuación.

4º.2.- Ineficacia de la Interpretación unilateral posterior por el FOMAG. Y lo segundo, porque, como igualmente se verá más adelante, al surgir **posteriormente, una discrepancia interpretativa** sobre el tope a tener en cuenta para establecer la remuneración de los servicios de alto costo, **el tácito acuerdo interpretativo anterior habría podido perder sus efectos vinculantes para ambas partes contratantes**, primero, acudiendo a la interpretación unilateral mediante acto administrativo que **habría podido adoptar la administración** y, segundo, en su defecto, por la comunicación oportuna del cambio de interpretación práctica del contratante debidamente aceptada por el contratista.

Por consiguiente, estando acreditado que la preexistencia de una interpretación práctica bilateral del contrato, no implica renunciar, ni extinguir la facultad interpretativa que posteriormente de manera unilateral podían hacer las partes contratantes, en forma desde luego inoponible, encuentra el Tribunal que, el caso sub examine, la parte convocada (el FOMAG) si bien se apoyó indebidamente en la cláusula octava del contrato, porque, a su juicio, por error había aceptado como tope el quince por ciento (15%) de la UPC, no habiendo alegado dicho error como vicio del consentimiento, resulta impertinente su consideración como tal; y habiendo aducido el FOMAG el error como motivo del cambio de interpretación, como dice en la contestación, lo cierto es que dicha interpretación unilateral del FOMAG, de un lado, vulneró la eficacia vinculante de la interpretación declarativa bilateral que había adoptado, afectando la buena fe y la confianza legítima del contratista, y, del otro, también impidió el derecho que tenía este último a conocer dicho cambio, a controvertirlo y, si fuere el caso, a aceptarlo o a impugnarlo en lo pertinente.

Además, **no encuentra el Tribunal que el FOMAG haya adoptado los comportamientos adecuados en dicha actividad.** Porque, de un lado, **fue la convocada la que no solo generó la ambigüedad** con el pliego de condiciones, sino que también la reiteró en la cláusula octava del contrato, y no la corrigió o disolvió adecuadamente. Y porque, del otro, también fue la misma parte convocada la que modificó, por directriz de la vicepresidencia y de otros directivos, la interpretación que antes venía dándosele en forma común (tal como lo reiteró varias veces la testigo Martha Camelo), y que posteriormente pretendió aplicar unilateralmente una interpretación, sin en el acto administrativo mencionado (como lo exige el Art.15 de la Ley 80 de 1993), y que, así mismo, pretendió hacerlo, no solo hacia el futuro sino igualmente hacia el pasado,

desconociendo, como antes se dijo, la obligatoriedad de la práctica interpretativa hecha de común acuerdo en etapa anterior.

Por lo que, como se verá en el examen de la demanda de reconvencción, **el Tribunal no solo reconocerá la eficacia de la interpretación bilateral declarativa hacia el pasado, en lo relativo al recobro de las facturas de alto costo canceladas, sino que también lo hará en relación con la eficacia hacia el futuro de dicha interpretación respecto de las facturas de recobro por servicios de alto costo que no fueron canceladas.**

4o.3.- Declaración interpretativa común aplicable a las facturas de alto costo pendientes de pago.- Siendo así las cosas correspondería ahora al Tribunal entrar a la interpretación judicial correspondiente de las cláusulas contradictorias teniendo en cuenta, conforme a lo arriba expuesto, primero la interpretación común que los contratantes le hayan dado a las estipulaciones contradictorias del contrato; y, en su defecto, a aquellos criterios reconocidos por la doctrina que fueren aplicables, tales como los de especificidad y el de racionalidad reductivo, que permitan, si fuere el caso, conciliarlas. Sin embargo, como quiera que preexiste la primera, el Tribunal se exonera de acudir a los criterios doctrinales pertinentes.

Siendo así las cosas, y teniendo en cuenta, de un lado, que las estipulaciones contractuales, aún las contradictorias, implican *“la asunción de administración de la totalidad de los riesgos...en los cuatro niveles de responsabilidad”* (cláusula cuarenta y cuatro), y, de la otra, que las disposiciones sobre el recobro por prestación de servicios de enfermedades de alto riesgo, fueron previstas, aunque contradictoriamente por el contrato, sin que haya lugar a acudir a la *“jurisprudencia sobre la teoría del desequilibrio económico en los contratos estatales”* (folio 173, exp.Nro.2-3.2. del cuad.02 de pruebas del expediente virtual), procede, el Tribunal, a su establecimiento.

En tal virtud, teniendo en cuenta que las partes contratantes han interpretado de común acuerdo dichas disposiciones contradictorias, no solo en forma práctica, sino declarativa en forma expresa, creando entre ellas la confianza legítima necesaria para su ejecución, en donde el pago de 557 facturas, en forma reiterada durante más de cinco años, permitió no solo reiterar sino reafirmar su carácter vinculante hacia el futuro, son elementos suficientes para que el Tribunal la admita igualmente como carácter vinculante, para

regular, conforme al contrato así interpretado, las 348 facturas de recobro por prestación de servicios de alto costo que no fueron canceladas (las números 1292 a 2393, de los folios 109 a 118).

Por esa razón, para el Tribunal dicho acuerdo interpretativo del tope del quince por ciento (15%) de la UPC también tiene carácter vinculante para dichas facturas.

5º. Pretensión demandada.- Seguidamente procede el Tribunal al estudio de la pretensión demandada, previa determinación de su función jurisdiccional.

5º.1.- Formulación y decisión (Intención y sorpresa de la cláusula octava).-

Previamente precisa el Tribunal que en razón al principio dispositivo que informa estos procesos que exige no solamente formulación de la demanda con sus pretensiones integradas por sus elementos subjetivos (demandante y demandada), objetivo (peticiones) y causal (fundamentos de hecho), con el establecimiento de la relación jurídico procesal con el demandado, que le permita la defensa y contradicción pertinente, el juez encuentra limitada su función de juzgamiento a dicha relación jurídico procesal, razón por la cual su función jurisdiccional debe guardar congruencia con los fundamentos de hecho correspondiente (Arts. 8º. y 281 inciso 1º. C.G.P.).

También precisa el Tribunal que en la demanda inicial y en las alegaciones de fondo por parte de la convocante, se hace alusión a los calificativos de “inconsulta”, “arbitrariedad” y “abusos” en la vulneración de los principios de buena fe y de confianza legítima, cuando se formulan las pretensiones reclamatorias de la contraprestación por la prestación de servicios de alto costo, y también se alega que la convocada “intencional y sorpresivamente”, sin ser consultada, incluyó la cláusula octava, que, a su juicio, por ser contraria a la adenda número 1 del 2012, estima ineficaz.

Sin embargo, como quiera que en la demanda inicial y su reforma no existe pretensión o petición alguna de nulidad o ineficacia de dichas cláusulas contradictorias o de los actos que dieron lugar a la aplicación o interpretación de las mismas, este Tribunal, en aras de la congruencia (Art.281 del C.G.P.), no abordará en este punto lo atinente a la validez o eficacia (en sentido estricto) de dichos actos, sino que limitará su examen interpretativo (Supra No.2.2.1.A.g.i.4º.-6) teniendo en cuenta la pretensión de incumplimiento que ha sido demandada.

5º.2.- Prosperidad de la pretensión demandada.- Es bien sabido que la pretensión bajo examen no solamente solicita la declaración de incumplimiento del contrato por parte de la convocada, sino también la condena al pago de la prestación de servicios de alto costo, recogido en 348 facturas, que, a su juicio, no fueron canceladas oportunamente (pretensiones primera, tercera y cuarta). Así mismo, en ella la parte convocante relata, a su juicio, entre los hechos 11 a 23 los aspectos concernientes a la regulación de dicha remuneración con base en la UPC, consagrada para regular los riesgos financieros, a la creación del Fondo de alto costo, a su integración y función, a la aclaración que hiciera el FOMAG de la adenda número 1, a la respuesta a las aclaraciones dadas por el FOMAG, al error de esta última en la inclusión de la UPCM en la redacción de la cláusula octava, a la facturación y pago de anteriores facturas con base en la UPC, en el no pago de las facturas posteriores reclamadas y en la determinación de la cuantía de los recobros con los intereses con esta relación, la parte demandante precisa que tiene el derecho al recobro o reembolso por parte del fondo de alto costo de las referidas facturas porque superan el quince por ciento (15%) de la UPC.

En primer lugar, resalta el Tribunal, que se trata de una **pretensión fundada inequívocamente en lo que, a su juicio, constituye una estipulación contractual** que le reconoce el derecho contractual de recobro por la prestación de servicio de alto costo, que no ha sido satisfecha por la convocada, lo cual resulta acertado por las siguientes razones:

En primer término, porque si bien es cierto que hubo **una aplicación práctica en el pago de facturas** de prestaciones de servicios de alto costo que fueron superiores al quince por ciento (15%) de la UPC, ello tuvo su eficacia vinculante no solo para los pagos hechos **por mutuo acuerdo hasta ese momento** (supra No.2.2.A.g.2º.-1), sino también para los que debieron hacerse de allí en adelante con las facturas de recobro por servicios de alto costo, debido al carácter vinculante de la declaración interpretativa comúnmente aceptada por los contratantes.

En segundo término, porque respecto de **los cobros pendientes de cancelación no también existe interpretación bilateral contractual vinculante** que fundamentan la creación de la obligación de recobro o reembolso por dicha prestación de servicio de alto costo (supra No.2.2.A.g.2º.-2). Porque la interpretación bilateral anterior mencionada sobre dicho derecho fundada en la facturación superior al quince por ciento (15%) de la

UPC, vincula a ambas partes contratantes (inciso 3º. del Art. 1622 del C.Civil). Así mismo, la **interpretación unilateral por parte del FOMAG** de discrepar de la anterior interpretación señalando que solo hay lugar al reembolso en la prestación de los servicios de alto costo por valor superior al quince por ciento (15%) de la UPCM, de un lado, no representa una voluntad que reconozca y dé origen a la obligación reclamada, y, del otro, si bien cambia de criterio de la interpretación común previamente aceptada, lo cierto es que afecta esta última, que había sido adoptada como acto propio, vulnerando la confianza legítima del contratista.

Por lo tanto, la pretensión demandada adquiere el fundamento legal aducido en la demanda, pues no aparece probada otra interpretación de común acuerdo que vincule a la convocante a reclamar el derecho de la prestación de servicio de alto costo cuando solo es superior al quince por ciento (15%) de la UPCM, por las razones antes expuestas. Luego, tan solo le fue y le es vinculante la interpretación bilateral que funda el derecho en el tope del quince por ciento (15%) de la UPC.

En segundo lugar, encuentra el Tribunal acreditado, de una parte, que 348 facturas por prestación de servicios de alto costo fueron presentadas y que, de acuerdo con lo pedido, del acervo probatorio contentivo de dichas facturas, así como del dictamen pericial decretado y practicado en este proceso, ellas ascienden a la cantidad de \$55.774.742.810, por ser lo acreditado sin prueba en contrario, inferior a la cantidad pedida en la demanda de \$55.774.743.209, tal como lo dispone el inciso 3o.del art.281 del C.G.P. Pues, resultan infundados y por tanto carentes de valor probatorio (Art.232 del C.G.P.) los auditajes encargados por el FOMAG y el estudio acompañado por este último, elaborado, en lo pertinente, teniendo en cuenta la UPCM, ya que omitieron tener presente el acervo probatorio en que se hace descansar la adopción declarativa y práctica de la interpretación favorable a la UPC. Por lo que, entonces se encuentra demostrada la cantidad facturada que se reclama en la demanda principal.

En tanto que, por el contrario, no aparece demostrado de que el FOMAG hubiese hecho y el contratista recibido comunicación alguna del cambio de interpretación que hubiese dado lugar al no pago de dichas facturas durante la vigencia del respectivo contrato. Así mismo, tampoco se encuentra probado que oportunamente se hubiesen hecho glosas para el pago de dichas facturas, pues las formuladas el 18 de diciembre de 2019 y el 12 de febrero del 2020, resultaron extemporáneas, de conformidad con el artículo 57 de la

ley 1438 de 2011, por lo que dicho valor (\$69.770.942.335), reconocido por el dictamen pericial, resulta infundado, por lo que no se reconocerá.

Por consiguiente, el Tribunal solamente accederá a la pretensión cuarta de condena en lo que tiene que ver con el valor de las facturas tal como ha sido demandada, y no a las glosas mencionadas.

En tercer lugar, si bien la parte convocante solicita que se condene en mora a la parte convocada por el no pago oportuno de las facturas pendientes por prestación de servicios médico asistenciales en enfermedades de alto costo, a partir de la "fecha de radicado" de las facturas presentadas, por una cantidad de \$39.112.676.672; lo cierto es que dada la incertidumbre jurídica de la existencia de dicha obligación, derivada de la incertidumbre del alcance de la vigencia de la interpretación bilateral adoptada inicialmente, estima el Tribunal que dicha mora solamente debe causarse a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda arbitral inicial, de conformidad con la ley (Art.94, inciso 2º., C.G.P.). Por lo que, entonces, la condena procedente por intereses moratorios de la referida obligación de remuneración de servicios de alto costo, ascenderá a la suma que se indicará en capítulo posterior de este Laudo, con lo cual la pretensión cuarta, en este aspecto, solo prosperará en forma parcial.

b. Pretensiones sobre el desconocimiento de las aclaraciones Nos. 2 y su vulneración con condena al pago de factura por prestación de servicios de salud ocupacional.-

En relación con estas pretensiones (**quinta, sexta y séptima**) sobre el desconocimiento unilateral y arbitrario del documento de aclaraciones No. 2 del 19 de enero de 2012 sobre la matriz 7 A-1, con vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, en la que se **pide consecuentemente la condena** de la convocada al pago de la suma de \$31.380.688.517 por las facturas de servicios de salud ocupacional con la suma de \$21.171.882.010 como intereses moratorios, que posteriormente discrimina en cinco (5) facturas pendientes por valor de **\$6.661.759.549** más \$5.216.058.722 como intereses moratorios, y **el valor de siete (7) facturas de \$24.718.928.966** más \$15.955.823.288 (hecho vigésimo noveno) como intereses moratorios.

Por lo tanto, procede el Tribunal a su examen precisando previamente la fuente de la obligación y la respectiva causa de su no pago, para luego entrar al estudio sub examine, distinguiendo el cobro de las facturas conciliadas, auditadas y no excluidas, de aquellas que no lo han sido, tal como se expone más adelante.

1º.- Pretensión reformada oportuna.- Delanteramente precisa el Tribunal que la pretensión bajo examen fue presentada oportunamente el 28 de febrero de 2020 dentro del plazo de caducidad a vencerse el 19 de marzo de 2021 (período de caducidad comprendido entre el 3 de noviembre de 2018 y el 3 de noviembre de 2020, más el período de suspensión por pandemia, hasta el 19 de febrero de 2021) y que fuera reformada sin novedad por inclusión de "*juicios jurídicos*", tal como más adelante se precisa (Infra No.4.1.C.a.2º.).

2º.- Remuneración por evento de prestación de servicios ocupacionales.- En primer término, da cuenta el acervo probatorio aducido por la parte convocante, que efectivamente el Acuerdo No.06 del Consejo Directivo de FOMAG del 1º. de noviembre de 2011 no solo establece la obligación sino la forma de cancelación de dicho servicio. Pues aquel prescribe que "***el pago correspondiente a la promoción y prevención de la prestación de los servicios en salud y promoción y prevención de la salud ocupacional se cancelarán por evento***", teniendo en cuenta las actividades y tarifas de las matrices No.3 A y No.7, que según la aclaración No.2 del 19 de enero de 2012 al pliego de condiciones, era variable pues "*la matriz 7 A-1 incluye las actividades de salud ocupacional con una cantidad estimada, que se ajustará de acuerdo al número de docentes que incluya cada región, actividades que se pagarán por evento realizado, riesgo que asume el FNPSM.....*".

Agrega que ello permitió que se pagaran las facturas presentadas antes de agosto de 2017, pero, por informe de auditoría del 26 de junio de 2019, se glosaron porque "*superaron la meta de 50 revisiones de mediciones ambientales pactadas por año*", y legalmente **a juicio de la convocante, y no se pagaron 5 facturas presentadas entre septiembre de 2017 y marzo de 2018**, que son las que ahora reclaman su incumplimiento y pago.

Pero para el Tribunal también aparece acreditado, como lo dice la convocada, la aclaración No.4 del 25 de enero de 2012, dada en respuesta a la Unión Temporal, en la que se

indica que se pagarán *“las actividades efectivamente realizadas, dentro del marco fijado en las matrices 3 A-1 y 7 A-1 en caso de establecerse la necesidad de realizar actividades por encima de las establecidas en las matrices, éstas se podían hacer **cuando hubiesen sido autorizadas previamente por la Gerencia de Salud de FOMAG, y se demuestre su ejecución**”*.

Dicha aclaración la reconocen la convocante y la convocada en el hecho vigésimo quinto de la demanda y de su contestación.

Sin embargo, para la solución del caso sub examine, el Tribunal encuentra indispensable precisar su alcance, **procedencia del cobro de las facturas correspondientes y su aplicación**, lo cual se hace a continuación.

3º.- Alcance de la remuneración de la prestación de servicios de salud ocupacional.- De acuerdo con la reseña anterior, indudablemente la remuneración mencionada, al tener un alcance de contraprestación de la obligación de prestación de servicio ocupacional, se hace indispensable, entonces, precisar el alcance de dichos conceptos.

3º.-1.- Obligación de prestación de servicio ocupacional.- Primeramente se precisa que la obligación de prestación de servicio ocupacional que en virtud del contrato de marras asume el contratista prestador frente al comitente, en favor de terceros, no solo se encuentra financiada con un porcentaje de la UPCM (3.726%), sea que se demanda o no los servicios (como lo reconoce el FOMAG en su contestación), sino que tiene como prestación la actividad de *“prevenir, mantener y mejorar la salud de la ocupación de los docentes, tendientes a disminuir el riesgo psicosocial, los desórdenes y sobre uso de la voz, previniendo los accidentes y suministrando la atención integral en caso de enfermedades profesionales”*.

Sin embargo, se trata de una obligación con prestación determinable y periódica con incidencia en su cumplimiento y causación de la correspondiente contraprestación.

Pues su determinabilidad cuantitativa, si bien está sujeta a un tope inicial y variable, por la matriz y la autorización posterior del FOMAG, lo cierto es que estos son actos que si bien determinan la cantidad de actividades, **no constituyen condición para la**

existencia de la obligación, sino para precisar el límite máximo variable de la prestación y su correspondiente beneficiario (Art. 969 num.2º. del C. de Co.), que, en este caso, sería el usuario del servicio, calidad que recae en el FOMAG, como comitente del mismo, y los docentes a quienes deben prestársele el servicio, en su calidad de usuarios o consumidores.

Además, tratándose dicha obligación de aquellas que tienen una ejecución periódica, en cuanto se ejecutan por una pluralidad de actividades durante cada año, las cuales, una vez cumplidas, **dan lugar, en cada evento**, a la contraprestación correspondiente, ésta debe sujetarse a la acordada en el contrato o, en su efecto, a la de "*igual precio para las demás de la misma especie*" (Art. 970 del C. de Co.).

3º.-2.- Remuneración convencional.- Siendo lo descrito el acervo probatorio fundamental, precisa el Tribunal que si bien el contrato prevé la obligación de la remuneración de la prestación por evento, esto es, por actividades y tarifas ejecutadas, por prestación de servicio ocupacional, también lo es que, dado el carácter aislado de la ocurrencia de dichos eventos y consiguientes contraprestaciones, los contratantes **convinieron en sus aclaraciones** (la No.2 del 19 de enero de 2012 y la No.4 del 25 de enero del mismo año), de un lado, que **dicha programación fuera dinámica y variable**, como se recoge en la aclaración No.2 (del 19 de enero de 2012), que dice la convocante; y, del otro, que dicha variabilidad que si bien, conforme a las matrices mencionadas, tenían la meta de "*cincuenta revisiones*", no era menos cierto que podían superar dicho tope mediante **autorización "previa"** (mente) por la gerencia de salud de FOMAG y se demuestre su ejecución (como lo dice la aclaración No.4, respondida el 25 de enero de 2012, esto es, 6 días después de la anterior aclaración No.2).

3º.-3.- Carga probatoria especial.- Sin embargo, esta regulación convencional relativa al reconocimiento de la prestación del servicio de salud ocupacional, difiere de las otras prestaciones contractuales, especialmente la del reconocimiento de la **remuneración de la cápita.-**

Porque mientras aquel se basa en las **actividades de servicios ejecutadas eventualmente** en la forma indicada, el segundo, por el contrario, se produce de manera anticipada calculada en forma variable (sin perjuicio de las novedades pertinentes) pero con carácter permanente durante la ejecución del contrato. **Lo cual explica que aquel**

reconocimiento requiera la comprobación previa de la prestación del servicio correspondiente, independientemente de la consideración que haga la convocada a través de la formulación o no de la glosa correspondiente; en tanto que el segundo se funda, por su parte, en la base de datos actualizada de acuerdo con lo regulado en el contrato, sin perjuicio de que, conforme al mismo y a la regulación reglamentaria correspondiente, la convocada pueda proceder a hacer las glosas pertinentes de acuerdo con las novedades del caso (v.gr. relativos a incrementos, disminuciones o alteraciones de afiliados, etc.).

De allí que dada la "*eventualidad con que esas actividades*" de prestación de servicios ocupacional se presentan, con los consiguientes igualmente **pagos eventuales (por "eventos")** y dado el carácter limitado y condicionado de su reconocimiento, consistente en la sujeción a la programación general de las mediciones medio ambientales o, en subsidio, a la autorización gerencial, no puede menos que entenderse que el referido convenio, exija una carga probatoria especial tanto de la actividad de servicio prestada como de la sujeción programática o de autorización pertinente, con independencia de las posteriores observaciones o glosas que pueda hacer el FOMAG, ya que, debido a lo dicho, son requisitos para su reconocimiento.

Por lo que para el Tribunal el contrato **reconoce directamente su remuneración, sin autorización previa** hasta dicho límite; en tanto que la remuneración que supere dicho límite se encuentra condicionada a la "*autorización de la gerencia*", autorización que si bien se pactó que fuera "*previa*" por parte de la Gerencia de FOMAG, lo anterior no impide, como en efecto no impidió que dicha entidad diera su autorización en forma posterior, bien en forma expresa, o bien en forma tácita, ocurriendo esto último cuando, encontrando justificado el exceso de dichas actividades, autorizó su pago o lo reconoció implícitamente mediante su conciliación y auditaje. De allí que tanto **la autorización, la previa y la posterior**, como el reconocimiento hecho de su prestación (con la conciliación y auditaje) y el pago correspondiente se ajuste a los términos del contrato (Arts.40 y 41 Ley 80 de 1993; Art.2063 y 2054 del C.Civil; Art.971 del C. de Co.; y Art.167 inciso 1º. del C.G. del P.).

No obstante lo anterior, también precisa el Tribunal que si bien los límites máximo de determinación prestacional mencionado y la posibilidad de su superación se encuentran establecidos en las matrices y en la autorización gerencial mencionada, en favor del FOMAG y de los docentes usuarios, en la forma arriba indicada (Art. 969, num.2º. del C.

de Co.), no es menos cierto que **deben ser concretados de manera previa a la recepción del servicio**, a fin de rechazarlo, o, de manera posterior, permitirlo, comprobarlo o admitirlo, de acuerdo con las circunstancias.

4º.- Cobros de facturas por prestación de servicio ocupacional.- Primeramente precisa el Tribunal que durante la ejecución del contrato no solo se prestaron sino que también se facturaron y pagaron las prestaciones de servicios ocupacional (tal como se deriva de la tabla No.33-facturas salud ocupacional del dictamen pericial), que no son el objeto ordinario o usual de este contrato, quedando pendiente algunas de ellas, cuyo estudio aborda el Tribunal.

Concordante con lo anterior, se hace entonces indispensable distinguir dentro del cobro de dichas facturas, las **conciliadas y auditadas**, de las que no lo son.

4º.1.- Facturas de servicio ocupacional conciliadas, auditadas y no excluidas.-

En primer lugar, son aquellas cinco (5) facturas que, de acuerdo con lo afirmado por la convocante y lo aceptado por la convocada, fueron conciliadas por las partes contratantes y auditadas especialmente por encargo de la convocada, y que corresponden a las facturas Nos. 1536, 1556, 1586, 1640 y 1674 de abril y julio de 2017, que fueron auditadas en agosto de 2018 (Fol.073 del C-prueba 04MM y el dictamen pericial).

i.- Conciliación y auditaje.- Primeramente procede el Tribunal a verificar la procedencia formal de la pretensión bajo examen, que, si bien ha sido objetada por la convocada (en el sentido de que no hacen parte de la "*discusión sobre topes máximos*" recogidas en las pretensiones 5º. y 6º. de la reforma), no encuentra el Tribunal que resulte trascendente en su correspondiente estudio.

En primer término, porque **la alusión a que dicha reclamación no cumplió los requisitos** de la viñeta 16 de la cláusula cuarta y novena sobre "*documentación para pago*", si bien era indispensable para la reclamación extrajudicial, no lo es, en cambio, para la controversia judicial en el presente proceso, ya que, por tener un amplio objeto de conocimiento, incluye la controversia sobre dichos requisitos.

Y porque la consideración de la convocada de que **la pretensión que se examina ha debido estar precedida de la pretensión de "un incumplimiento autónomo"**,

distinta a la pretensión de incumplimiento respecto de los topes y la falta de autorización, también carece de asidero. Porque **si el alcance de una pretensión** no solo depende de la petición que la integra, sino también de los fundamentos de hecho en que descansa, la objeción aludida resulta intrascendente. Porque si la convocante en las pretensiones quinta y sexta de la demanda inicial, además del incumplimiento general del contrato de prestación de servicios atribuido a la convocada, también hizo mención al incumplimiento de la matriz 7.A.-1, y posteriormente en el hecho vigésimo noveno señala que las referidas 5 facturas a que alude dicha pretensión fueron "*auditadas en agosto de 2018*" y que han debido ser canceladas, **lógicamente estos fundamentos amplían y se ajustan a aquella petición general.**

Por lo que, entonces, dentro de una interpretación integral, aquella pretensión genérica de incumplimiento contractual en el reconocimiento y cancelación de los servicios de salud ocupacional que reclama la convocante a la convocada, el Tribunal considera suficiente para proceder a su estudio, tal como lo hace enseguida.

En segundo término, porque **si la conciliación de unas facturas** es el acto expreso o implícito de las partes o de un tercero por el cual se reconoce la conformidad total o esencial de ellas con las exigencias del contrato y, en especial, en este caso, con las matrices correspondientes, las autorizaciones y las pertinencias de su procedencia en el caso; y **si el auditaje** es la verificación por un tercero de dicha conformidad total o esencial, sin observaciones o glosas; **no puede menos que entender el Tribunal Arbitral**, de un lado, que no se trata de **una conciliación directa entre las partes**, como mecanismo de solución de conflicto, que, por lo demás, a dicho acuerdo no se llegó (C-02 pruebas No.4.fol. 51 y ss.); y, del otro, que, en cambio, se trata de dos actos, el de conciliación y el de auditaje, que tienen una función de verificación objetiva del cumplimiento de los servicios y su relación con el contrato, lo cual, por consiguiente, tienen importancia probatoria. De allí que cuando la parte convocada no se opone al "*resultado de la conciliación y del auditaje*", ni demuestra la carencia de fundamento del mismo, en el fondo hace un reconocimiento objetivo de dicha circunstancia. En tanto que cuando se opone a la obligatoriedad de acogerlo, en vista de la falta de paz y salvo de la red (respuesta al hecho vigésimo noveno), en el fondo tal objeción resulta infundada, pues, como se verá más adelante, ella no es una condición para la causación de la contraprestación correspondiente.

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

Por este motivo dicha conciliación y auditaje que reconocen el referido resultado, en unión con el dictamen pericial decretado en este proceso, y concretamente con lo recogido en la tabla No.40, demuestran, de una parte, que fueron prestados los referidos servicios de salud ocupacional y que también fueron cobrados los mismos por las mencionadas facturas, y que, de la otra, dichos pagos igualmente quedaron pendientes.

Por esta razón, a **juicio de este Tribunal** (Arts.262 y 176 del C.G.P.) tal documentación constituye prueba documental suficiente para demostrar conforme a la ley (como lo prescriben los Arts. 260 y 257 del C.G.P.) que se tratan, de un lado, de medios suasorios que demuestran su ajuste a las matrices 3 A-1 y 7 A-1 o a **la autorización, esto es, al permiso** de la gerencia de salud del FOMAG de su prestación, y, del otro, que dichos **servicios fueron realmente prestados**, tal como lo exige la respuesta a la pregunta No.2 de la aclaración correspondiente, cuyos pagos quedaron pendientes. Además, también lo corrobora, conforme a la ley (Art. 262 del C. G.P.) el documento de auditaje correspondiente.

Luego, independientemente de si el no pago de las facturas mencionadas violaron los principios de buena fe y confianza legítima consagrados en dichas aclaraciones Nos. 2, lo cierto es que el mencionado **reconocimiento**, en la forma expresada, no solo sustenta en este proceso arbitral dicha reclamación, sino que, por sí mismo, ampara dichos principios, tal como se echa de menos en la demanda.

ii.- Apreciación sustancial y probatoria.- Por esta razón, están **llamadas a tener éxito las pretensiones quinta, sexta, y parcialmente la séptima** en cuanto se relacionan con la reclamación del valor o capital de dichas cinco facturas estimadas en una cantidad de \$6.661.759.549, como límite de lo pedido y no con relación a la cantidad que se señala en este aspecto en el dictamen pericial (lit. b) de la respuesta No.48 en sus aclaraciones), ni con relación a la segunda cantidad de \$24.718.928.967. En efecto:

Lo primero obedece a que \$6.661.759.549 es la suma que se colocó como un límite de lo pedido, que se encuentra dentro de lo probado por el dictamen pericial, a lo cual debe restringirse el Laudo (Art.281 del C.G.P.), y a que se encuentra **plenamente demostrado con fundamento**, de una parte, en el acto de conciliación y la estimación cuantitativa del estudio aportado por la convocada (FOMAG).

Pues tales actos son demostrativos en forma prevalente **de la existencia de la obligación de la contraprestación** por los servicios ocupacionales prestados, ya que, en sí mismos, implican el reconocimiento y estimación de sus valores sin reparo alguno sobre la comprobación del derecho a su contraprestación, y sin glosa alguna sobre sus cobros, conforme al contrato y, a la autorización exigida por éste.

Se trata de un reconocimiento pleno de dichas facturas **específicas** (No.1536, 1556, 1586, 1640 y 1674 de 2017 y 2018) por prestación de servicio de salud ocupacional pendientes de pago que, en estas pretensiones, se demandan, y que, por tanto, difieren de aquellas facturas ajenas a la presente pretensión específica.

De allí que el Tribunal se abstenga de hacer pronunciamiento alguno sobre las otras facturas que, según el mismo dictamen y aclaraciones y complementaciones pertinentes (fol.124), están pendientes de pago y que ascienden a un valor de \$24.718.928.967, por cuanto estas últimas, **al no encontrarse identificadas** no se enmarcan dentro **de lo pedido que debe ser juzgado (Art.281, inciso 1º., C.G.P.), y, en caso de haberlo sido y no haber sido pagado por glosa, su improsperidad más adelante se señala.**

Y por la misma razón de la credibilidad parcial que se le concede al dictamen pericial aportado por la convocada en aquella estimación plena del valor de la obligación en la cantidad de \$6.661.759.549; debe entenderse, conforme a los alcances de la conciliación y auditaje mencionado, su aceptación dentro de los límites de lo pedido en la pretensión. Esto es, que el reconocimiento sustancial y probatorio de la conciliación y auditaje demuestra, de un lado, la presentación y demostración de los servicios de salud ocupacional prestados correspondiente a las facturas específicas aquí demandadas Nos. 1536, 1556, 1586, 1640 y 1674 de 2017 y 2018 citadas, y, del otro, también muestra la inexistencia de reproche o glosa alguna sobre el valor de los servicios específicos prestados correspondientes a dichas facturas. Por lo que, entonces, por no haber ellos sido contemplados en la conciliación y auditaje mencionado, entiende el Tribunal Arbitral que la parte restante correspondiente al dictamen y sus aclaraciones (fol.124 y ss.) referente a los valores glosados (\$51.016.236) y derechos no probados (\$458.312.440), solo pueden apreciarse con relación a las demás facturas por prestación de servicios ocupacionales, esto es, a las facturas distintas de las arriba especificadas que aquí se demandan.

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

Por lo que la alegación por parte de la convocada de la no comprobación del derecho a la contraprestación y la glosa mencionada como hechos exceptivos que impiden su reconocimiento, resultan ajenos a la presente pretensión. Es decir, tales omisiones y hechos si bien están dirigidos a afectar el cobro de las demás facturas por prestación de servicios de salud ocupacional que no fueron conciliadas y glosadas, tal como se verá en el punto siguiente, lo cierto es que ellas resultan intrascendentes respecto de la pretensión aquí debatida sobre las citadas facturas específicas que no fueron excluidas.

Por consiguiente, el Tribunal **solamente reconocerá** como suma adeudada conciliada y auditadas por las prenombradas facturas la cantidad de \$6.661.759.549.

Sin embargo, dada la **incertidumbre sobre la exigibilidad** del valor de dichas facturas, debido a la ambigüedad sobre el carácter previo o posterior del paz y salvo de la red contratada, exigido en las cláusulas novena y décima del contrato sublite, el Tribunal, contrariamente a lo pedido, solamente reconocerá, conforme a la ley (Arts.94, inciso 2º., C.G.P.), intereses moratorios a la máxima tasa autorizada en la ley, desde la notificación del auto admisorio de la demanda arbitral inicial.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el auto No. 14 del 6 de mayo de 2021, admisorio de la demanda de este proceso arbitral, se entendió legalmente (Art.8º. Dec.806 de 2020) notificado el 20 de agosto de 2020 (2 días hábiles siguientes al envío del mensaje correspondiente) y el presente Laudo se expide el 6 de julio de 2022, el Tribunal encuentra que la suma anteriormente indicada que se encuentra en mora desde dicha fecha de notificación, ha causado los **intereses moratorios** que, al momento del Laudo (Art.283, inciso 1º., C.G.P.), se determinan en la "cantidad" y "valor determinado" de acuerdo con la liquidación que se consignará en capítulo posterior de este Laudo.

4º.-2.- Facturas no conciliadas y glosadas.- En cambio, con relación a estas siete (7) facturas Nos. 1713, 1863, 1902, 1903, 1992, 2152 y 2154 que se reclaman en este proceso, y que no fueron conciliadas en tanto que si fueron glosadas por el FOMAG, procede el Tribunal a su correspondiente estudio.

En primer término, da cuenta el acervo probatorio allegado a este proceso (02-MM PRUEBAS C-No.3 y concordantes) que en desarrollo del contrato las partes convinieron en que el contratante requería de la programación y, en particular, de la autorización

especial para el desarrollo de determinadas actividades, tales como las básicas en salud, medicina preventiva y del trabajo, vigilancia epidemiológica, etc. y, dentro de ellas, las revisiones medio ambientales, etc. Ello obedecía, tal como se desprende de su contenido, a la necesidad de hacer una programación en vista, de una parte, en la diversidad de lugares, actividades, metas y valores a reconocer.

Por esta razón, resulta explicable que habiendo la necesidad de permitir el desarrollo de actividades de medición medio ambiental en diferentes instituciones educativas de los departamentos del César, Santander, Arauca, Guajira y de las ciudades de Bucaramanga, Piedecuesta, etc.; y habiendo la necesidad de programarlas, señalarle metas mínimas y máximas, de acuerdo a los valores mencionados, era lógico que en materia de "medición medioambiental" no solo se hiciera la programación correspondiente, sino que también se indicara, como metas máxima 50, y como porcentaje mínimo a desarrollar el 100% por ciento de dicha meta, sino que igualmente se estableciera la necesidad de la "*autorización especial*" para cada uno de sus desarrollos y, más aún, para aquellos en que se excediera de dicho límite. Lo cual así fue ejecutado por las partes contratantes (entre el 2015 y el 2017, etc.), quienes solicitaron y también obtuvieron las distintas clases de autorizaciones especiales para llevar a cabo las correspondientes actividades, en este caso de mediciones medio ambientales, recogidas en la matriz 7-A-1 y en la documentación allegada a este plenario. En tanto que, por el contrario, no existe prueba que demuestre que dicha prestación hubiese quedado a iniciativa del contratista, ni tampoco la hay en el sentido de que el contratante, en cada uno de los años, hubiese adoptado una autorización o permiso previo o posterior para excederse del tope de 50 revisiones medio ambientales.

En segundo término, el Tribunal **no encuentra que en ellas se haya demostrado el derecho a la contraprestación**. Pues, las facturas no canceladas, como las que aquí se reclaman se someten a los requisitos previstos en el contrato y sus correspondientes aclaraciones, según las cuales, como antes se señaló, el derecho a la remuneración de la prestación de dichos servicios se encuentra sujeto no solo a que estos se hubiesen prestado, como efectivamente aparece acreditado que lo fueron, sino que cumplan los requisitos previstos en aquellos acuerdos, entre otros, en caso de superar las cincuenta revisiones, como lo aceptan ambas partes contratantes, que haya existido "*autorización*", previa o posterior, por parte de la Gerencia del FOMAG, esto es, permiso, facultad o reconocimiento mediante conciliación o auditaje.

Luego, por ser la “*autorización*” un requisito especial para reclamar el derecho, debido a la facultad de control de programación y cumplimiento que contractualmente se había reservado el contratante, era indispensable que se aportara dicha autorización con la factura correspondiente, tal como lo exige el artículo 57 de la ley 1438 de 2007, a fin de poder ejercer el control del tope correspondiente. Por lo que, entonces, si se trataba de un requisito coetáneo con la presentación de la factura y, consecuentemente, anterior al trámite y oportunidad para la formulación de las glosas, es lógico entender que dicho aporte previo difiere del ejercicio de esta última y, por consiguiente, de la aceptación expresa o tácita de dicha factura.

De allí que no obstante que en ese proceso aparezca que se trata de facturas pendientes de pago (tal como se recoge en la tabla No.40 del dictamen pericial), ellas adolecen del cumplimiento de las exigencias legales mencionadas de la autorización previa o posterior para su prestación. **Y precisamente por no aparecer probado el cumplimiento de esta exigencia, en vista de que no fueron conciliadas, ni aceptadas en el auditaje correspondiente tampoco aparece acreditado aquí el derecho contractual a su correspondiente remuneración.** Por lo que tampoco resulta probada la prestación de servicio que dice la convocante haber prestado y que desconoce la convocada (en el hecho vigésimo octavo de la demanda y su correspondiente contestación).

En tercer término, concordante con lo anteriormente expuesto, resulta entonces **intrascendente en este caso la glosa** hecha por el FOMAG en el año 2019 y la alegada extemporaneidad de la misma.

Porque tal como se dijo, corresponde al prestador solicitante del reconocimiento la carga probatoria de los requisitos convenidos y reglados, en cada uno de los casos correspondientes, con independencia de la aceptación o glosa posterior del FOMAG, razón por la cual la extemporaneidad que se alega sobre la misma, resulta intrascendente en este caso. Sencillamente, porque si bien la aceptación expresa o tácita, en este caso por glosa extemporánea, se refiere única y exclusivamente a la factura cobrada, ella no implica necesariamente, por sí sola, la concesión o el reconocimiento posterior de la autorización necesaria que ha de obtenerse en caso de vulneración de los topes previamente señalados en la matriz correspondiente. Pues, al tratarse de una autorización especial cuando se exceden los topes, ella, en manera alguna, se suple con un mero

silencio ni mucho menos por la extemporaneidad de una glosa, porque sería vulnerar el derecho del contratante, en este caso, a la programación y control de dichos topes, que no quedan al arbitrio del contratista.

Siendo así las cosas, si al contratista prestador de los servicios le correspondía la carga de demostrar en este caso la autorización previa mencionada, como facultad, permiso, reconocimiento, conciliación o auditaje autorizado o pago de la misma, la ausencia de esta prueba al momento de la presentación de las facturas pendientes de cancelación, y su no aporte en etapa posterior, hace inane el examen de la oportunidad y legalidad de la glosa por parte de FOMAG, pues, en el fondo, no es ésta glosa sino la falta de aquella prueba, la que impidió su pago.

Por lo tanto, resultan imprósperas las pretensiones quinta, sexta y séptima con relación a las demás facturas de cobro por servicios ocupacionales que no fueron materia de conciliación y auditaje correspondiente.

5º.- Aplicación.- Por lo anteriormente expuesto las **pretensiones quinta, sexta y séptima en estudio, están llamadas a tener éxito de manera parcial.**

Lo anterior indica que **estando acreditado** el derecho a la remuneración con relación a las **cinco (5) facturas conciliadas y auditadas**, las pretensiones bajo examen están llamadas a ser prósperas parcialmente en los términos arriba indicados, en la cantidad de \$6.661.759.549 y sus correspondientes intereses moratorios.

En tanto que, ellas serán desestimadas **con relación a las demás facturas**, tal como anteriormente se dijo. Y como quiera esta pretensión tampoco se funda en hechos diferentes al incumplimiento del contrato bajo examen (tal como se desprende de los hechos Nos. 24 a 29 de la demanda), ni en la trascendencia de la prestación de los servicios en los perjuicios o beneficios que se generan, no puede el Tribunal, en virtud del principio de la congruencia, hacer pronunciamiento alguno sobre el particular (Art.281 inciso 1º. C.G.P.).

c. Pretensiones sobre actualización y condena por no inclusión de novedades en la base de datos.

Sobre las pretensiones (**octava y novena**) de incumplimiento del contrato por parte de FOMAG el no actualizar oportunamente la base de datos de pagos, que acarreó la no inclusión de novedades de usuarios y la consiguiente petición de condena al pago en favor de la convocante, con los intereses moratorios pertinentes (8º. y 9º.), aborda el Tribunal su alcance, regulación, carácter bilateral, cumplimiento, incumplimiento y reconocimiento, tal como se expone a continuación.

1º.- Pretensiones reformadas oportunas.- Previamente precisa el Tribunal que si bien la pretensión inicial de condena de indexación (sexta) y su reforma (novena) incrementó "*la cuantía*" y habló específicamente de intereses moratorios fijados por la DIAN, también lo es, como se verá más adelante (Infra No.4.1.C.a.2º.) que se trata de la misma petición con otros límites cuantitativos, sujetos al acervo probatorio (Art.281, inciso 3º., del C.G.P.) y con diferenciación de los perjuicios (en una, indexación, y en otra, intereses moratorios), lo cual no encierra "*una novedad*", por hacer parte de aquel concepto de "*perjuicios*". Por lo que habiéndose presentado la demanda el 28 de febrero de 2020, dentro del período de caducidad a vencerse el 19 de febrero de 2021 (que ocurre entre el 3 de noviembre de 2018 y el 3 de noviembre de 2020 más el descuento por la suspensión en la pandemia, hasta el 19 de febrero de 2021) y no siendo una pretensión novedosa, como más adelante se precisará (Infra No.4.1.C.a.2º.), su formulación resulta oportuna para su estudio.

2º.- Naturaleza de las pretensiones.- Previamente precisa el Tribunal que las referidas pretensiones bajo examen son de responsabilidad contractual basada en el incumplimiento de la convocada de su obligación de inclusión de las novedades que debían alterar las bases de datos general y la base de datos de pago, que, a juicio de la convocante, al no tenerse en cuenta, le ocasiona los perjuicios, que en ellas pide sean resarcidos.

Por lo que, entonces, se hace indispensable proceder al estudio de las obligaciones y del cumplimiento o incumplimiento correspondiente con los daños del caso.

3º.- Obligaciones sobre las bases de datos.- Previamente al estudio de la pretensión mencionada, considera el Tribunal indispensable precisar, de acuerdo con el acervo probatorio, la regulación y el alcance de las obligaciones sobre las bases de datos en general y la especial de las bases de datos de pagos consagrada en el contrato, ya que mientras la parte convocante le atribuye esa obligación a la parte convocada, esta, a su vez, se la asigna a la primera.

4º.- Regulación.- Primeramente reitera el Tribunal que estando sujeto este contrato de prestación de servicios médico-asistenciales a una regulación compleja, especialmente el Decreto 4747 de 2007, reproducido casi en su totalidad (salvo el Art.23) por el Decreto 780 de 2016, y teniendo aquel un objeto variable en cuanto a la prestación de los **servicios convenidos y a la determinación de los precios pactados, debidamente actualizados con las novedades definitivas**, así como también a las obligaciones convenidas y reglamentarias contraídas, tal como vimos en su oportunidad (supra No.2.2.1.-A-B); resulta necesario para su desarrollo la intervención de ambos contratantes, el contratante y el prestador del servicio, en lo atinente a la elaboración y actualización de la base de datos en general, así como en la incidencia de ellos no solo en la consecución base de datos para pago y depuración de la base de datos para liquidación final, sino también para las demás actuaciones de ejecución del contrato, tal como a continuación se expone.

5º.- Obligaciones de ambos contratantes.- Lo primero que resalta el Tribunal es que la obligación referida a la base de datos en general, que tiene consecuencias en la ejecución del objeto del contrato, no se restringe exclusivamente a una de las partes contratantes, sino que se refiere a ambas, la una como administradora y la otra como prestadora de dicho servicio, ni tampoco se refiere en este caso de la base de datos a una conducta independiente y separada entre ellas, sino que también se encuentran dirigidas a la formación adecuada de un sistema de información indispensable para el desarrollo del objeto del contrato, **incluyendo su actualización con las novedades del contratista, las novedades del contratante y finalmente las novedades definitivas de este último recogidas en las bases de datos para los pagos.**

De allí que **el acervo probatorio** aducido por la convocante demuestra que **el FOMAG, como Entidad Administradora** de “*régimen especial*” no solo legalmente, sino también por indicarlo el pliego de condiciones (Num.1.2. del apéndice 5º.), le correspondía (por

conducto de la Fiduprevisora S.A.) “*suministrar al adjudicatario la **base de datos inicial**, la cual contendrá la información de los docentes y beneficiarios afiliados*”, con la característica (según el Anexo A Técnico y Operativo del pliego de condiciones) de que “*el proponente....deberá generar una base de datos ajustada a la exigencias de la Fiduprevisora S.A.; **la cual será actualizada cada vez que se produzca una novedad** derivada del ingreso de nuevos usuarios o desafiliaciones de los mismos.....*”; correspondiéndole a dicha Fiduprevisora garantizar que “*la información de los **nuevos cotizantes** y beneficiarios sean referidos al contratista durante la ejecución del contrato, denominadas novedades...*” (parág.4º. del num. 1.2.del apéndice 5 A). Además, el párrafo 2º. de la cláusula octava del contrato dispuso que correspondía al FOMAG “*hacer del reporte de las novedades*” (C-02 pruebas No.4 fol. 299 y ss.). Pues señaló que “*el valor mensual del contrato se ajustará durante la vigencia del mismo, de acuerdo con las novedades de retiro e inscripciones de afiliados que reporte la Fiduprevisora S.A.; teniendo en cuenta las variaciones de los grupos etarios y las zonas geográficas (...).*”

Por su parte, la documentación allegada también señala como lo **dice la convocada** que de acuerdo al numeral 1.2. del apéndice 5 A “*el contratista deberá realizar, de manera diaria la actualización, mantenimiento y depuración de la base de datos de los beneficios de los docentes del Magisterio de su región*”, señalando de manera especial que “*los cambios en la base de datos comprenden las novedades de ingresos y retiros de usuarios antiguos y nuevos y sus datos básicos de afiliación, con el fin de que la Fiduprevisora S.A., efectúe los correspondientes ajustes para el pago*”, para tales efectos el contratista podrá obtener en forma directa de cada base de datos los respectivos reportes en la periodicidad que establezca Fiduprevisora S.A. (Num.1.2.1. del apéndice 5 A mencionado).

Concordante con lo anterior, el testigo Edwin Alberto Rodríguez, Director de Sistemas de FOMAG, en gran parte dentro de la ejecución del contrato allí controvertido, señala: De una parte, que la base de datos general **era construida**, en parte, por **FOMAG**, en lo que se refiere a cotizantes activos, esto es, docentes y pensionados; y, en parte, por los **prestadores de salud**, en lo que se refiere a usuarios y beneficiarios de los servicios, quienes debían reportar en el sistema su información diaria, recogiendo las alteraciones correspondientes. Y, de la otra, que con base en lo anterior, el FOMAG, como entidad administradora del régimen especial (como lo establece la Resolución 5512 de 2013 y los Arts.5º. y 6º. de la posterior Resolución 1344 de 2012), pudiera **hacer el cruce general**

con otras bases de bases de datos, incluyendo la de la Registraduría del Estado Civil, especialmente para defunciones, a fin de que también pudiera elaborar la base de datos para pago y así proceder a su reconocimiento y cancelación, sin perjuicio de las depuraciones posteriores correspondientes.

6º.- Alcance de la obligación sobre la base de datos.- Al respecto precisa el Tribunal el alcance materia, forma y efectos del cumplimiento de dicha obligación.

6º.1.-Alcance material.- Si bien es cierto que cada contratante tiene obligaciones distintas, lo cierto es que, en este caso, las prestaciones de cada uno de ellos recaen sobre un mismo objeto, con incidencia en la ejecución del contrato, ya que, contrariamente a lo que dicen cada una de las partes de este proceso, de que la otra era la encargada o responsable de la base de datos indispensable para aquella que se tomaba para efecto de pago, el mencionado acervo probatorio, concordante con el carácter contemporáneo del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales (supra No.2.2.1.A.d), revela, por el contrario, que se trataba de **una obligación convergente al mismo objeto**. Ya que cada una de ellas tenía una obligación, pero que **ambas recaían sobre el mismo objeto, cuál era el establecimiento real y actualizado de la población** a la cual, en virtud del contrato y por cuenta del FOMAG, debía prestársele los servicios de salud correspondiente, y por la cual los prestadores de salud, en virtud del mismo contrato, adquirirían el derecho a la remuneración pertinente.

6º.2.- Interés bilateral operativo.- Lo anterior revela entonces un interés bilateral prioritariamente operativo, sin perjuicio del interés final liquidatorio.

Lo primero obedece no solo al interés que tienen ambos contratantes en la conformación actualizada de la base de datos para facilitar la prestación del servicio y el pago periódico del mismo, sino también para permitir el desarrollo operativo del contrato, en el cual **ambos contratantes colaborarán o cooperarán en su ejecución**, a fin de poder obtener de esta forma los beneficios de dicha base de datos en general. Pues ella constituye un antecedente fundamental para la base de datos de pago, consistente en la determinación real de la población cotizante y usuaria y en la determinación real de la obligación de la prestación del servicio. Y porque también constituye la base para la determinación del derecho a la remuneración correspondiente de acuerdo con las estipulaciones contractuales y legales pertinentes.

6º.-3.- Efectos operativos.- Concordante con lo anterior la base de datos en general como información necesaria para la ejecución operativa del contrato, se sujeta, entonces, a sus efectos legales correspondientes lo cual indica, de una parte, que el cumplimiento de sus obligaciones y la tenencia en cuenta de las bases de datos y su actualización no solo se encuentran sujetas a la buena fe y a la diligencia debida que corresponde a los contratantes (Arts.871 y 822 del C. de Co. y Arts. 1603 y 1604 del C.Civil), sino que también, con el mismo carácter, debe ser tenida en cuenta tanto para proceder a la elaboración de la base de datos para pagos, como para la realización de estos últimos. Además, los contratistas sabían que la actualización debía hacerse con **las novedades reales** que suministrarán al FOMAG; que este último también sabía que debía hacer los cruces pertinentes para obtener las **novedades reales que afectaran** la anterior información; para que, al final, el mismo Fondo pudiera consolidar **“las novedades definitivas”** en las bases de datos de pagos correspondientes.

Por lo que, entonces, las bases de datos para pagos y los pagos en sí mismos efectuados, no solo deben presumirse lícitos y ajustados a derecho, sino también deben considerarse suficientes para fundar, de un lado, la determinación de las obligaciones periódicas que van causándose por los servicios prestados, sino también para reconocer su realización de buena fe (Arts.873, inciso final y 822 del C. de Co.; Arts.1502, 768, 1634 inciso 2º.C.Civil). Por lo tanto, dichas cancelaciones no solo deberán presumirse con carácter definitivo y no sujetas a condición extintiva convencional o legal alguna (Art.1540 y ss. del C.Civil) de la comprobación o liquidación final del contrato, salvo que, en caso de pago indebido, el que pide la restitución lo demuestre acorde con la ley (Arts.2316, 2618, 2451 y concord. del C.Civil) durante el contrato o a su liquidación.

6º.4.- Revisión de base de datos o depuración operativa o de liquidación del contrato. Glosas.- Primeramente resalta el Tribunal que, además de la **base de datos inicial y su actualización** por parte del prestador y del comitente (convocante y convocada), también contempla el contrato las **revisiones de la misma, llamadas depuraciones** con el propósito de asegurar gradualmente la realidad y seguridad no solo de la prestación de los servicios sino también de su función cancelatoria. Porque si bien el contratista estaba obligado a *“realizar de manera diaria la **actualización, mantenimiento y depuración de la base de datos**”*, con la inclusión correspondiente de las novedades (como lo indica el No.1.2. del apéndice 5 A), también es cierto que

correspondía al FOMAG **no la facultad sino el deber de hacer la revisión** oportuna cumpliendo las condiciones del contrato y su desarrollo.

Pues si bien dicha regulación otorga al FOMAG la facultad de revisión, después de los tres (3) primeros meses, lo cierto es que se convino, de una parte, que con base en esa revisión, el FOMAG debía hacer la base de datos de pago para proceder a la cancelación correspondiente; y, de la otra, que el mismo FOMAG tenía el deber de hacerlo cada seis (6) meses, cuando quiera que tuviera como propósito quitarle efectos a los pagos efectuados anteriormente, se sobreentiende, durante ese período. Ello obedece a que en la cláusula octava se convino expresamente lo siguiente: "*En todo caso se **realizará la revisión de las capitaciones de los primeros seis (6) meses, sobre la base real de la población afiliada en este período inicial, descontando o reintegrando, según el caso***". Pues, si bien dicha cláusula se refiere a la revisión de los primeros seis (6) meses, también lo es que se consagró una **regla implícita para toda la ejecución del contrato** de establecer el deber de hacer la revisión cada seis (6) meses, cuando quiera que se tuviera el propósito no solo de ajustar los cobros y los pagos a la realidad poblacional, sino también el de revisar y, si fuere el caso, deshacer y, por consiguiente, descontar o hacer los reintegros pertinentes. Pues esa es la voluntad inequívoca de los contratantes en esa cláusula. De allí que la **laguna contractual** en cuanto a la oportunidad que tenía el FOMAG para hacer las revisiones o depuraciones distintas a la primera, esto es, para hacer la segunda y demás depuraciones operativas y la revisión o depuración liquidatoria final, no puede menos que entenderse que deba igualmente **ser regulada por la misma regla**, en aplicación del principio de la integración contractual que autoriza tener en cuenta la aplicación de una regla convencional en una aplicación concreta (la primera revisión inicial), a aquellas ejecuciones no contempladas en el contrato (Arts.882 C. de Co. y Art. 1623 C.Civil).

Así mismo, los contratantes también pactaron la posibilidad de descuento solamente en los casos de responsabilidad y de omisión dolosa o grave de hechos extintivos. Ya que lo primero se consagra cuando se conviene que si el contratista fuera "**responsable**" de la inconsistencia, éste "*responderá por la permanencia o no del beneficiario... se descontará el valor mensual del contrato al valor correspondiente*" (No.6.4. del anexo A técnico operativo), sin perjuicio de "*las sanciones*" pertinentes. Y lo segundo, porque también se acordó que habría lugar a tener en cuenta dicho "**hecho extintivo**" (causas posteriores de modificación de la base de datos) cuando quiera que se demostrara que el contratista,

habiéndolo conocido “*no hubiese registrado un hecho extintivo de los derechos del usuario, y que, además, se le hubiese notificado con un mes de antelación*” (No.6.5. anexo A). **De lo cual se desprende que por lo general se mantienen los pagos hechos con base en la base de pagos efectuada por el FOMAG, salvo los descuentos a que hubiese lugar por la responsabilidad y omisión dolosa mencionada.**

Y si esos son los **efectos de la depuración** de la base de datos durante la ejecución del contrato, con mayor razón también lo son con la base de datos para liquidación. Puesto que esta última, además de **no poder desconocer retroactivamente lo ejecutado** en su valor o en los efectos de los pagos realizados, tampoco puede ir más allá de la cuantificación de las prestaciones contractuales pendientes, tal como se verá más adelante. De allí que **diferentes de las anteriores revisiones o depuraciones de bases de datos de carácter operativo**, son aquellas revisiones o depuraciones de la base de datos de carácter **liquidatorio**. Porque mientras las primeras tienen una incidencia previa en la **ejecución del contrato** en la forma señalada, las segundas solo tienen una incidencia para la **liquidación del contrato**. Por lo tanto, éstas últimas no constituyen una condición para la ejecución del contrato ni para resolverlo en lo ejecutado, sino para ajustar y hacer las correcciones liquidatorias correspondientes.

En efecto, si bien el Tribunal reconoce que ambas partes contratantes, en condición de igualdad, gozan de las facultades de revisar las bases de datos antes de la terminación y liquidación del contrato, con el objeto de depurarlas, haciendo las aclaraciones, incrementos, decrementos, complementaciones, supresiones, etc., a fin de hacer posteriores conciliaciones y ajustes a la realidad poblacional de la prestación de los servicios y de la cancelación de los mismos, lo cierto es que dicha actividad solo tiene por fin que se tenga en cuenta en la **liquidación correspondiente, esto es, que se verifique en los aspectos liquidatorios**. Lo cual indica: De una parte, que dicha revisión o depuración de la base de datos liquidatoria, no impide la continuidad de la ejecución del contrato, **ni tampoco deshace los pagos hechos** con fundamento en las bases de datos preexistentes, pues, como arriba se dijo, estos se consideran no solo de buena fe sino también definitivas en las prestaciones periódicas ejecutadas, sin perjuicio de los ajustes a que se ha hecho mención. Y de la otra, porque tales revisiones o depuraciones de las bases de datos liquidatorias tan solo tienen o deben tener **como finalidad la de revisar las obligaciones, derechos y valores** reconocidos y cancelados, a fin de que, partiendo de la presunción de su conformidad de que lo

ejecutado se ha hecho de acuerdo con el contrato y la ley, las revisiones y depuraciones puedan ser tenidas en cuenta en la liquidación del contrato correspondiente, siempre que quien aduzca el carácter indebido, no solo lo controvierta con la otra parte y lo demuestre oportunamente conforme al contrato y a la ley, sino que también acredite no haber sido **conciliado, transigido o corregido** con los ajustes correspondientes.

Por consiguiente, si bien estas depuraciones **no afectan lo ejecutado en el contrato sobre las bases de datos que se tuvieron en cuenta en su debida oportunidad**, no es menos cierto que pueden alterar posteriormente su liquidación, en los términos expuestos.

De todo lo expuesto se desprende, entonces, que si bien la revisión y la depuración de la base de datos para liquidación final, puede soportarse en una o varias auditorias y conllevar la determinación de inexactitudes y errores cometidos durante la ejecución del contrato, a fin de que se tenga en cuenta para su liquidación; lo cierto es que con dicha revisión y depuración **no se reviven los términos precluidos para la formulación de las glosas**, ni se generan nuevos términos para la formulación de nuevas glosas, ni para hacer descuentos de ellas para los pagos que posteriormente se hagan. Porque, de acuerdo con el régimen legal imperativo de dicha reglamentación, **las facturas no glosadas oportunamente o glosadas abusivamente, no solo deben entenderse aceptadas, sino que también deben ser pagadas, salvo que se demuestre por parte de la convocada que la convocante obró con abuso, dolo o fraude en su cobro, tal como se dijera en su oportunidad (supra No.2.2.1.A.c.) y también se reitera en el estudio pertinente de la demanda de reconvención (infra No.4.2.A.a.).**

7º.- Ejecución colaborativa de la base de datos y las novedades (incumplimiento del deber de colaboración).- Teniendo en cuenta la obligación de colaboración que asumieron las partes contratantes en la elaboración de la base de datos indispensable para su ejecución, no encuentra el Tribunal que las partes contratantes le hayan dado cumplimiento a cabalidad a dicha colaboración.

7º.-1.- Acervo probatorio.- Primeramente precisa el Tribunal que el referido acervo probatorio, representado principalmente por la declaración de los testigos Edwin Alberto Rodríguez y Luz Adriana Sánchez M. (también corroborada en lo técnico por el equipo que

elaboró el dictamen de la parte convocante), si bien distingue lo que es la **base de datos del sistema Geon** (o Heon) en la cual deben participar los contratantes (la Unión Temporal Oriente Región 5 y FOMAG) y la **base de datos para la liquidación y procedencia del pago** que corresponde exclusivamente a FOMAG, también lo es que entre ellas existe una íntima relación, por lo que imponía a las partes proceder con la diligencia y buena fe debida en la colaboración pertinente.

Porque si ambas partes eran conscientes de que la **base de datos inicial** suministrada por FOMAG en el 2012, **debía ser actualizada por el contratista** con las novedades de inscripciones y retiros pertinentes, en la plataforma GEON (HEON), para permitir la información correspondiente, y que el FOMAG también debía hacerlo **con las suyas** (v.gr. retiros, desafiliaciones, muerte, etc.) para establecer **la población** a tener en cuenta por el contratista para la prestación del servicio, y por el contratante para proceder a los pagos correspondientes; también lo era, como lo reconoce el mismo contratista, que este último **no estaba en condiciones de establecer anticipadamente la situación real de dicha población porque ésta dependía de los cruces masivos que pudieran hacerse con otras plataformas (como las de Pisis de Minsalud, Fosyga y luego Adress, la Registraduría, etc.), ni tenía la posibilidad de inferir la liquidación y pagos mensuales, porque esta era una atribución reservada exclusivamente al FOMAG que se efectuaba con base en la anterior información.**

Además, ambos contratantes también tenían conocimiento de que la finalidad de la actualización era la de permitir inicialmente el establecimiento de las novedades de cada uno de ellos, "***las del contratista y las del contratante***", para luego "**determinar las novedades definitivas**" (por parte del FOMAG). Pues así lo prescriben los siguientes apartes: El numeral 1.2. del apéndice 5.A., señala que "*el contratista deberá realizar, de manera diaria la actualización, mantenimiento y depuración de las bases de datos de los beneficiarios....que le permita concluir las novedades día a día.....*". A su turno, el mismo aparte de dicho apéndice consagra más adelante que el contratante-FOMAG (el pliego habla de Fiduprevisora, para referirse al FOMAG "*garantizará la información de nuevos cotizantes que sean referidos al cotizante (...), denominados novedades, (...)*" para "*de esta manera ser incorporados a las bases de datos*" (inciso 4º.) y se haga "*el cruce de bases de datos (inciso 5º.) del citado numeral 1.2. del apéndice 5.4.)*". Y más adelante el parágrafo 1º. del Art. 6º. Del Decreto 4747 de 2007 (reproducido por el Decreto 780 de 2016), que, como se dijo en su oportunidad, hace parte de dicho contrato

de prestación de servicios médico-asistenciales, prescribe que, con base en estos dos registros de novedades, “*la entidad responsable del pago de servicios de salud*”, o sea, el FOMAG, debe asegurar en ellas (las novedades “*su depuración y **el correcto y oportuno registro de las novedades***”).

Luego, si de acuerdo con la **forma de estructuración de la base de datos, fundamento para la base de pago correspondiente**, y de acuerdo con las posibilidades de los contratantes, era previsible la complejidad y dificultad de su ejecución, también lo era la posibilidad de obrar con la buena fe y diligencia debida en la prevención, corrección y solución oportuna de las mismas. De allí que, si al FOMAG no solo le correspondía la responsabilidad de entregar la base inicial de datos (Geon), sino también la de verificar la correspondiente actualización hecha por el contratista para elaborar mensualmente la liquidación y pago de la cápita pertinente, también le correspondía entonces, la de efectuar las depuraciones que fueren pertinentes de acuerdo con las variaciones de las novedades (v.gr. retiros, muertes, traslados, etc.).

Por lo que no resulta acorde con la previsión, diligencia y solución oportuna, de un lado, que el contratista no se sujetara al software HEON, sino al software Meres, para reportar las novedades que ahora alega que no se tuvieron en cuenta. Ni tampoco resulta acorde a dicha previsión y diligencia que el FOMAG no haya hecho depuración entre los años 2013 y 2015 y que la hubiese comenzado provisionalmente en el 2018 y definitivamente en mayo del 2019 (los días 10 y 23 de mayo, 6 de agosto y 18 de diciembre de 2019), ni que la hubiese concluido el 23 de diciembre de 2019 y luego corregida en abril de 2020, cuando ello, sin lugar a dudas, podía tener incidencia en las liquidaciones y pagos correspondientes a todos esos períodos.

Ahora, ciertamente dada la complejidad de dicha base de datos y su dinámica se **presentaron muchos fenómenos que pudieron incidir en su correspondiente cumplimiento**, que aduce el contratista de dificultades técnicas, y los que señala el FOMAG, como fueron el alto costo para la consulta inicial en la Registraduría (8 pesos por cada novecientas mil consultas mensuales), falta de acuerdo con la Registraduría del Estado Civil para obtener su información, la inexactitud de la información basada en la cancelación de las cédulas de ciudadanía y no en las fechas de fallecimiento de los afiliados, la instrucción de la vicepresidencia de FOMAG para el reconocimiento del

reembolso de servicios de alto costo, la oportuna liquidación del contrato, la necesidad de verificación real de población usuaria con inconsistencia para el 2019 (que ascendía a 300.000), la necesidad de corregir errores numéricos (de tomar 29 en vez de 30 días por mes) en los últimos tres meses; la de tener en cuenta la multifiliación en caso de cotizantes de régimen contributivo; la de tramitar las inconsistencias pertinentes; la de abstenerse del reconocimiento y pago correspondiente, o la de reducir las inconsistencias (como la de reducir la 179.000 a 49.000); y la de velar por la defensa de los recursos públicos. En este aspecto también coincide la testigo Luz Adriana Sánchez, quien señala que en ello también contribuyeron los cambios adoptados por el FOMAG en las liquidaciones de reembolso de alto costo y en la consideración de multifiliación glosable, etc.

7º.-2.- Incumplimiento del deber de colaboración.-Independientemente de la justificación o no y de la consiguiente responsabilidad o no que pueden caberle a cada uno de los contratantes en el establecimiento oportuno de las novedades, lo cierto es que para el Tribunal, dada su complejidad y extensión, no solo era indispensable obrar con **la diligencia y confianza legítima** en lo referente a la elaboración y actualización de las bases de datos necesarias para el reconocimiento y pago, sino que también **era imperativo el deber de cooperación** en esta actividad específica, que impide que las partes puedan hacer reclamaciones, en la forma que lo han hecho, con base en el incumplimiento de la otra, sin perjuicio, como se verá en el punto siguiente, de los reconocimientos de la incidencia económica de las novedades. Ello obedece:

En primer término, porque si bien el FOMAG suministró **la base de datos inicial** del 16 de mayo de 2012, en abril de 2013, y después lo hizo en el 2015, 2017, y la Unión Temporal, por su parte, lo hizo periódicamente con la remisión de **70 bases de datos**; lo cierto es que **ambos contratantes, de un lado, no acudieron al deber de colaboración necesario para dicho efecto y para evitar las inconsistencias, pues cada uno lo hizo de manera separada.**

En segundo término, porque las partes contratantes, debiéndolo hacer con diligencia, tampoco previnieron de manera oportuna su participación en las mencionadas bases de datos: De una parte, porque los prestadores de salud que ahora reclaman las inconsistencias en las novedades que en la base de datos no incluyeron a usuarios, **no obraron con la precaución** de ponerla de presente, frente a la imposibilidad de poder

determinarla, en vista de no poder hacer un cruce general entre todas las bases de datos; y porque, de otra parte, el FOMAG, habiéndolo podido hacer, tampoco estableció de manera oportuna **la actualización necesaria** para las bases de datos que tenía en cuenta para los pagos correspondientes sino hasta mayo y noviembre de 2019. Y por esa razón, **algunas novedades de beneficiarios** no fueron reportadas al software Heon, ni tampoco se tuvo en cuenta la tercera base de datos “Meres”, a pesar de que difieran en su respectiva aplicación; lo que también dio lugar a que no se **reconocieran valores económicos** de las novedades de usuarios.

8o.- Análisis de las pretensiones bajo examen.- Teniendo en cuenta la naturaleza contractual de las pretensiones bajo examen y el incumplimiento de ambas partes contratantes en el deber de colaboración en la elaboración de la base de datos, así como en el acervo probatorio mencionado, procede el Tribunal a estudiar su respectiva procedencia.

8o.-1.- Legitimación de la convocante y de la convocada.- Como quiera que la convocante ha edificado dicha legitimación en haber dado cumplimiento a su deber de participación exclusiva e independiente en la actualización de la base de datos, **sin haber tenido en cuenta el deber de colaboración que le asistía conjuntamente con la convocada, no encuentra el Tribunal acreditada dicha facultad.** Puesto que no existe prueba sobre su participación colaborativa o allanamiento a la misma, ni tampoco demostración de que el incumplimiento del deber de colaboración de la convocada, el FOMAG, haya originado el incumplimiento de aquella. **Luego, al no existir prueba del cumplimiento o allanamiento del primero a cumplir del deber de colaboración** que cualitativamente dominaba la obligación de participar en la elaboración de la base de datos, ni prueba de que el segundo haya incumplido previamente u originado el incumplimiento del primero, el Tribunal echa de menos la referida legitimación activa y pasiva no solo para exigir el cumplimiento (Art. 1609 del C.Civil), sino también para solicitar indemnización de perjuicios (Art. 1546, inciso 2º., C.Civil).

Y en el evento en que se adujese que las pretensiones aquí demandadas son indemnizatorias por mutuo incumplimiento, tampoco estaría demostrada dicha legitimación. Pues, en tal evento si bien es cierto que la pretensión de la demanda de la convocante se basa **en el incumplimiento de la convocada** de no tener en cuenta las novedades reportadas, y la pretensión de la convocada en la demanda de reconvención

se basa en **el incumplimiento de la convocante** en no tener en cuenta los demás aspectos que alteraban la base de datos (como las muertes, desafiliaciones y demás inconsistencias); también lo es que ambas obligaciones, por referirse a **un objeto de elaboración conjunta**, estaban, a su vez, calificadas por el deber de colaboración de recoger en la base de datos general y la base de datos de pago, la realidad poblacional a la que debía prestársele servicio y, en consecuencia, proceder a su respectiva facturación y cancelación.

De allí que al incumplirse este deber de colaboración, si bien las partes contratantes, al igual que en el **incumplimiento recíproco**, podían *“solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades”*, también lo es que de acuerdo con la jurisprudencia *“no había lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer indemnización de perjuicios, quedando comprendido dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandado del artículo 1609 del C.Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del Art. 1615 ibídem”* (Supra No.2.3.C.b)^(67g2).

8º.-2.- Responsabilidad.- Por otra parte, tampoco encuentra el Tribunal comprobada debidamente la responsabilidad aducida en la demanda.

En primer lugar, porque si bien en el proceso se encuentra acreditado el **incumplimiento del FOMAG** en los deberes que le correspondían en la formación y actualización de la base de datos, que solo hizo de manera definitiva en las postrimerías del contrato, lo cierto es que **igualmente cumplió** en lo pertinente con la elaboración de la base de datos de pagos, que precisamente permitió la realización de los pagos; y que si bien **no tuvo en cuenta las novedades** reportadas por la convocante, ello obedeció a la interpretación exclusiva e independiente de la convocante de hacerlo a través de la **base de datos del Fosyga** y posteriormente de Meres. Por lo que la omisión de tales novedades no le resulta imputable a la convocada. Además, no resulta acorde con la ética del contrato, alegar su propia torpeza para reclamar perjuicios al otro contratante (nemo propiam turpitudinens allegans potest).

^{67g2} Sala de Casación Civil. Sentencia SC- 1662 del 5 de julio de 2019

En segundo lugar, **tampoco encuentra acreditado el Tribunal que el daño contractual aducido por la convocante se encuentre amparado y protegido por el contrato subexamine**, ni que **cumpla con los requisitos de ser real y determinado**. Puesto que si este último protege la prestación y la contraprestación real con base en la población efectiva recogida en una base de datos debidamente actualizada, tal como se dijera en su oportunidad (supra No.2.2.1.A.e.2º.), ello indica que **si los derechos amparados** por el contrato son el derecho del prestador a una remuneración sobre una base poblacional efectiva a la que se le ha prestado el servicio médico asistencial y la obligación del comitente a pagar dicha remuneración por el servicio efectivamente prestado; no puede menos que entenderse que **los daños que aduzcan las partes** contratantes deban referirse a uno u otros derechos.

Despréndese de lo anterior que si los daños que aduce el prestador de los servicios han de referirse a aquellas **afectaciones o deterioros que se deriven de una base de datos general y de una base de datos de pagos**, que conjuntamente ha de contener todas las novedades, las reportadas por el prestador y las que establezca el comitente (FOMAG), lógicamente hay que entender que no basta simplemente con tener por tal la omisión de las primeras. Porque si las novedades **no se limitan exclusivamente a las que corresponde reportar al prestador de servicio, sino también a aquellas que reporte y establezca directamente el comitente (FOMAG), solamente con la demostración de ambas inconsistencias para efecto de pago, podrá establecerse el referido daño**. Por consiguiente, **no solo resulta insuficiente como prueba del** daño supuestamente causado la sola afirmación que hace la convocante de que él se limita al no haber tenido en cuenta sus novedades reportadas, sino también el dictamen pericial aportado, por lo cual el Tribunal lo desestima.

Sin embargo, tal como se verá más adelante en el estudio de las excepciones de mérito, **la anterior insuficiencia probatoria no se suple con el dictamen pericial decretado y practicado en este proceso, ya que este toma en cuenta (de acuerdo con la tabla No.28) de manera inadecuada la depuración de la base de datos hecha por el FOMAG** (Cons. El No.5º.4 de este punto No.4.1.B.c.5º.-4). En efecto: De una parte, porque dicho dictamen ciertamente tiene en cuenta los trabajos de auditaje de sus funcionarios (Luz Adriana Sánchez y Luis Alberto Rodríguez) y de las entidades KPMG y del consorcio EAC, que hicieron en las postrimerías del contrato sobre la depuración de la base de datos, para concluir: De un lado, en que teniendo en cuenta

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

diferentes bases de datos (Heon, la de la Registraduría del Estado Civil, Pisis-Minsalud y Adress), registros (\$10.466.033) e inconformidades (\$120.622), incide no solo en el cálculo de la UPC, la UPCM, el descuento del 2.5.% de la UPC para el fondo de alto costo y el 4.6% para la UPC destinado a la promoción y prevención en salud ocupacional y manual del usuario. Y, del otro, que ello se tradujo no solo en el cálculo definitivo del valor de la cápita frente al valor inicial de la misma y su correspondiente pago, que, a su juicio, habiéndose pagado por dicho concepto (\$954.940.085.732) y siendo lo reliquidado y descontado una cantidad menor (\$934.405.336.956), daba como resultado una suma a favor del FOMAG (\$18.534.744.366) que debía devolverse.

Con todo, si bien su contenido contempla tanto las novedades reportadas por la convocante como las inconsistencias establecidas por la convocada, no es menos cierto que no resulta de acuerdo con el contrato, por las siguientes razones:

En primer término, porque si bien se le llama una depuración de la base de datos para la liquidación del contrato, **lo cierto es que va más allá de la depuración (Cons.No.5º.-4 de este punto No.4.1.B.c.5º.-4), por cuanto pretende incidir no solo en la base de pagos, sino en los mismos pagos efectuados**, deshaciéndolo y desconociéndolos, contrariando el contrato y la ley.

En segundo término, porque la referida depuración para la liquidación del contrato, **va más allá de esta base liquidatoria**, por cuanto, de una parte, determina y establece una **nueva base de los valores de ciertos factores empleados en el contrato** (como los referentes a las cantidades correspondientes a la UPC, UPCM, descuento por aporte al fondo de alto costo, incrementos, etc.); y, de la otra, establece no solo nuevas prestaciones, **sino igualmente nuevos valores** por las prestaciones ejecutadas y que debieron ejecutarse, lo cual, no es una depuración para la única liquidación final del contrato, sino, por el contrario, como lo dicen los trabajos de depuración y el dictamen pericial mencionado, **es prácticamente una "reliquidación del contrato", esto es, una revisión y nueva regulación del contrato ejecutado, puesto que implica determinación de las prestaciones, de la valoración de cada una de ellas y de la valoración total de lo ejecutado.**

Y en tercer término porque dicho dictamen y los soportes de los auditajes, conducen a conclusiones que, en vez de aclarar o complementar las inconsistencias que según las bases de datos pudieron depurarse y que no fueron tenidas en cuenta por el dictamen aportado por la convocante, **no permiten establecer el real daño de las novedades que se amparan en el contrato**, bien sea el que aduce la parte demandante o el que aduce la parte convocada de haber sufrido por haber cancelado más de lo que, a su juicio, le era debido. **Por consiguiente, no encuentra el Tribunal suficientemente fundado el dictamen pericial mencionado al cual, por tanto no se le otorga credibilidad probatoria en este aspecto (Art. 232 del C.G.P.).**

En tercer lugar, el Tribunal **tampoco encuentra demostrado el nexo causal, esto es, la relación causal entre el incumplimiento y el daño contractual ocasionado.** Es decir, no aparece probada la **causa inequívoca de que el incumplimiento** de la parte convocada haya generado, por sí sola, el daño aducido por la parte convocante.

Porque si bien es sabido que la realidad de la base de datos depende del cumplimiento del deber de cooperación de las partes contratantes, el del contratista en la entrega de la base de datos inicial y la posterior actualización, y el deber del FOMAG de la revisión y depuración, cruce con las bases de datos externas (las de la Registraduría, Minsalud, etc.), que permita recoger las novedades resultantes de uno y otro cumplimiento (por efecto de afiliaciones, muertes, traslados, desafiliaciones, etc.); es lógico entender que la realidad de dicha población puede aumentar (v.gr. afiliaciones, etc.), o disminuir (v.gr. confirmaciones de muerte o desafiliaciones, etc.), sino que, a su vez puede determinar la magnitud del reconocimiento del derecho que le corresponde al contratista en la contraprestación o cápita correspondiente. De allí que si el incumplimiento del mencionado deber de cooperación por parte del FOMAG, puede acarrear la afectación en el derecho a una contraprestación, se hace absolutamente indispensable no solo la concreción de dicho incumplimiento y el deterioro o afectación a la misma, de tal manera que aquel sea imputable en el mismo, a fin de que quede acreditado no solo el nexo causal sino también el daño correspondiente.

De allí que como **no se ha demostrado** que la no inclusión en la base de pago de las novedades reportadas por la convocante, haya obedecido a un **mero incumplimiento por parte de la convocada**, sino que, por el contrario, del acervo probatorio surge que ello ha obedecido al **reporte inadecuado de las novedades** por parte de la

convocante, en el sentido de no haberlo hecho, conforme a lo convenido, en la plataforma Geon y, en algunos casos, limitarse a la base de datos del sistema de seguridad social en salud (BDUA) y a la plataforma Meres, es preciso concluir la ausencia de prueba de determinación concreta tanto de aquello que es imputable exclusivamente al FOMAG y el daño generado por este, así como el nexo causal entre uno y otro.

8º.3.- Conclusión.- Por todo lo expuesto, la referida pretensión octava resulta impróspera, y por ende igual suerte ha de correr la pretensión novena de condena, planteada como consecencial de la octava.

d. Pretensiones de prestación de servicios de salud ordenados en fallos de tutela.

Respecto de las pretensiones de declaración del no pago y condena al pago de los servicios prestados por orden judicial en virtud de fallos de tutela (**décima y décima primera**) arriba mencionadas, en la cantidad de \$3.726.153.607 más intereses moratorios de \$3.008.598.305, procede el Tribunal a establecer el acervo probatorio pertinente y su correspondiente establecimiento.

1º.- Prueba del derecho contractual a la remuneración.- Primeramente señala el Tribunal que encuentra reconocido de manera especial dicho derecho para ser remunerado adicionalmente. Porque, de una parte, está demostrado que el contrato de marras en la viñeta 28 de la cláusula cuarta, no solo prescribe la obligación del prestador del servicio de *“atender inmediatamente las órdenes consignadas en el presente contrato”*, sino también que ***“la contratante queda obligada a reconocerle y pagarle al contratista por el sistema de evento y por fuera de la cápita, todos los servicios que suministre para cumplir con una sentencia dictada por un juez de la República, cuando el servicio que se presta no forma parte del objeto del contrato, siendo la tarifa aplicable el valor del Soat”***.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el precitado convenio, de un lado, regula la eventual prestación de servicio que tiene como causa la orden judicial de tutela de prestarlo, y, del otro, que su común intención es la de garantizar el cumplimiento de los fallos de tutela que amparan los servicios médico-asistenciales a cargo del magisterio, se hace

indispensable precisar, entonces, el alcance de su contenido en los aspectos jurisdiccionales y contractuales que encierran.

En este sentido, precisa el Tribunal que **son dos las obligaciones** que se consagran en este convenio con alcances diferentes: La primera, es la obligación del prestador de servicios de "**atender inmediatamente**" la **sentencia** proferida en el proceso de tutela contra el responsable de dicha prestación por cuenta del magisterio, y donde, desde luego, el FOMAG tuvo la oportunidad de contradecir y verificar el cumplimiento o no de los requisitos para dicha orden judicial. Y la segunda, es la obligación que le corresponde al FOMAG de **reconocimiento y pago** de dicha prestación de servicio, cuando no forma parte del objeto del contrato, y se le ha solicitado el reembolso correspondiente.

Siendo así las cosas, en principio le basta al prestador del servicio, que lo ha hecho **de manera forzosa por orden judicial**, hacer la reclamación especial de dicho reembolso, sin que sea imprescindible, como ocurre en toda facturación común, la demostración de dicha prestación. Puesto que, si ella fue materia de decisión y cumplimiento de una sentencia judicial, con autoridad de cosa juzgada, basta simplemente la comprobación de la referida sentencia, para la procedencia de la solicitud de reembolso correspondiente, sin perjuicio de que la convocada pueda proceder a su negación, demostrando su no procedencia de acuerdo al contrato.

2º. Supuestos fácticos del derecho a la reclamación judicial.- En segundo lugar, si bien hubo rechazo de la reclamación extrajudicial del pago de las facturas por la prestación de servicios ordenados por tutela, lo cierto es que en la presente reclamación judicial aparecen acreditados los supuestos fácticos del derecho a la remuneración, de conformidad con la ley (Arts.40 y 41 de la Ley 80 de 1993; Arts.2063 y 2054 del C.Civil; Arts. 971 y 822 del C.de Co.; y Art.167 del C.G.P.). En efecto:

En primer término, encuentra acreditado el Tribunal, sin oposición alguna de la parte convocada, que las sentencias de tutela mencionadas en la demanda que **ordenaron la prestación de servicios de salud** en diferentes campos, con carácter ajeno al objeto del contrato de prestación de servicios médico asistenciales, no solo se ajustaron al ordenamiento constitucional y legal colombiano, sino que también fueron ejecutadas en períodos de 30 días promedio a año y medio y dos años (como lo indica el dictamen

pericial de este proceso), el cual, dado su carácter eventual, durante la ejecución del contrato, resultaba ajeno a los términos del mismo.

En segundo término, también aparece demostrado que la parte convocante **no solo hizo reclamación extrajudicial** mediante la presentación de las facturas correspondientes a la prestación de los servicios médico-asistenciales ordenados judicialmente, sino que dichas reclamaciones, como lo acepta la parte convocada, fueron rechazadas y no pagadas. En efecto, lo reconoce la convocada en la contestación de la demanda a los hechos cuadragésimo y cuadragésimo primero, al señalar que todas ellas fueron glosadas total o parcialmente. Por lo que, agrega, no fueron pagados dichos servicios por razones diferentes, tales como no formar parte del objeto del contrato, unas por defectos formales, no aporte del Rips, ausencia de factura, historias clínicas, no cumplimiento del Estatuto Tributario y no anexo de facturas de compra de insumos y medicamentos, pago parcial de algunas (literal b), y ausencia de pago total. Además, la convocada reconoce que de manera general **no se pagaron por falta de paz y salvo** de la red contratada y por existencia de un cobro ejecutivo simultáneo de algunas 442 facturas, además, por haberse emitido las facturas 2 años después de prestados los servicios, etc.

Ahora bien, como quiera que el rechazo de la referida reclamación extrajudicial no pone fin, ni genera caducidad del derecho convencional al pago de **“todos los servicios”** que se prestaron en virtud de la orden judicial de tutela y que fueron cobrados mediante las facturas correspondientes, corresponde al Tribunal entrar a determinar su respectiva procedencia.

Primeramente, reitera el Tribunal la **ineficacia de las glosas** formuladas por el FOMAG (como las del 2015) (supra No.7.1.B.c.), que, desconociendo el régimen aplicable a tal aspecto (de conformidad con el literal d) del Art. 13 de la Ley 1122 de 2007, en armonía con el Art.56 de la Ley 1438 de 2011), tal como se expusiera en su oportunidad (Supra No. 2.2.1.A.c), fueron hechas extemporáneamente, en lo cual tiene razón la convocante. Sin embargo, dicha consecuencia no resulta aplicable al caso de reclamación de reembolso por fallos de tutela. Porque dado el carácter eventual de dichos eventos y la tardanza en cierta facturación hecha por la convocante, para el Tribunal, debido a estas circunstancias y los comportamientos de los contratantes en la ejecución del contrato (supra No.2.2.B,b.3º.-3), sin que resulte razonable tener en cuenta algunas glosas que también hizo la convocada en tal aspecto (como se recoge en la tabla No.40).

Por lo tanto, para esta Corporación: De un lado, dicha reclamación **no solo se entiende ajustada a derecho, sin que haya prueba contraria** que demuestre que las facturas no corresponden a servicios ordenados en la tutela, o que los servicios se encuentren incluidos dentro del precio general del contrato, o que los servicios no fueron prestados, o que los servicios facturados no fueron los prestados por orden de tutela, o que, en su caso, fueron cancelados. Y porque, del otro, respecto de las glosas mencionadas, además de resultar extemporáneas, no se encuentra acreditado su respectivo alcance.

Por lo que está **llamada a tener prosperidad dicha pretensión, sin la glosa correspondiente** que de acuerdo con el dictamen pericial decretado en este proceso, debidamente controvertido, que el referido derecho solamente asciende a la cantidad líquida de \$3.251.497.385 Porque el Tribunal, en este caso, acoge el dictamen pericial (ver tabla 40) en el valor facturado de \$3.251.497.385, pero no acepta la glosa por valor de \$388.150.326 allí señalada, por las razones arriba expuestas.

3º.- Conclusión.- De acuerdo con lo anterior, las pretensiones décima y décima primera bajo examen están llamadas a tener éxito en la cantidad de \$3.251.497.385, sin perjuicio de los intereses moratorios que, a falta de certidumbre de su exigibilidad, se causan desde la notificación del auto admisorio de la demanda en este proceso.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el auto No.3 del 14 de agosto de 2020, admisorio de la demanda de este proceso arbitral, se entendió legalmente notificado (Art.8º. Dec.806 de 2020) el 20 de agosto de 2020 (2 días hábiles siguientes al envío del mensaje correspondiente) y el presente Laudo se expide el 6 de julio de 2022, el Tribunal encuentra que la suma anteriormente indicada que se encuentra en mora desde dicha fecha de notificación, ha causado los **intereses moratorios** a la máxima tasa permitida por la ley que, al momento del Laudo (Art.283, inciso 1º., C.G.P.), se determinan en la "cantidad" y "valor determinado" de acuerdo con la liquidación que se consignará posteriormente en este Laudo. (infra No.4.1.B.j.).

e. Pretensiones relativas a la prestación de servicios de promoción y prevención.

Sobre las pretensiones relativas a la declaración de incumplimiento y condena al pago de un valor de \$2.313.837.535.00 con intereses moratorios de \$1.248.214.779 por los

servicios prestados en materia de promoción y prevención (**recogidas en la décima segunda y décima tercera pretensión de la demanda**), encuentra el Tribunal, de acuerdo con el acervo probatorio, que se satisface en las exigencias pertinentes (Arts.40 y 41 Ley 80 de 1993; Arts.971 y 822 del C.de Co. y Arts. 2063 y 2054 del C.Civil; y Art. 167 inciso 1º. del C.G.P.), pero en cantidad diferente a la reclamada.

1º.- Prueba del derecho a la remuneración.- Cuando el contrato, en el aparte correspondiente de los documentos que lo integran (Acuerdo No.6 del 1º. de noviembre de 2011 que estableció y modificó las condiciones del pliego pertinente) estableció que en el caso mencionado "*el pago correspondiente a la promoción y prevención de la prestación de los servicios en salud y promoción y prevención de la salud ocupacional se cancelarán por evento*", sin lugar a dudas se reguló contractualmente el derecho a la remuneración.

2º.- Supuestos fácticos del derecho.- Así mismo, aparece acreditado en este proceso, de un lado, la prestación de dichos servicios, de acuerdo no solo con el informe de auditoría solicitada por el FOMAG, que había ordenado su pago, sino también por la contestación de esta última al hecho cuadragésimo segundo de la demanda; e igualmente, ellas fueron debidamente acreditadas con las 4 facturas de servicios Nos. 1991, 2130, 2153 y 2163 de los meses de noviembre y diciembre de 2017 y enero y febrero de 2018. Así mismo, también aparece demostrado que la convocada si bien ha aceptado en la contestación de la demanda y ha admitido que las facturas mencionadas fueron presentadas con un valor diferente a lo reclamado (\$2.365.402.024), también que ellas fueron glosadas en un valor significativo (por \$52.564.489) que, dada su **formulación eventual**, sin prueba en contrario, admite el Tribunal, no obstante la extemporaneidad de su alegación. Así mismo encuentra el Tribunal que dicha reclamación también fue objetada por ausencia de comprobación de derechos (\$300.668.879) que, por el contrario rechaza porque aparecen acreditados por conciliación los servicios que le otorgan al contratista el derecho a la contraprestación. De allí que la referida reclamación se entiende solamente conciliada en su diferencia (por un valor de \$2.312.837.535). Lo anterior se encuentra corroborado por el dictamen pericial (Tabla 40 de dicha pericia).

Igualmente la convocada ha admitido que no ha cancelado dichos servicios, pero ha agregado, sin aportar la prueba inequívoca correspondiente (conforme al Art.196, inciso 2º. C.G.P.), que no se trata de una deuda líquida y exigible a cargo del FOMAG o que este

la haya extinguido. Porque, a su juicio, no es posible reconocer los servicios cobrados en relación a "*usuarios depurados*", y, de la otra, por no haber presentado "*paz y salvo de la red contratada*", tal como lo indica en la respuesta al hecho cuadragésimo segundo, pues, como se verá tampoco tiene respaldo probatorio (Infra No.4.1.C.a.20).

3º.- Conclusión.- Por lo tanto, el Tribunal encuentra demostrada la obligación reclamada y accederá a las pretensiones décima segunda y décima tercera en la cantidad mencionada, tal como se expone a continuación.

Sin embargo, como quiera que las referidas afirmaciones encierran la formulación de **hechos exceptivos que no prosperan** (tal como se verá más adelante en su análisis), se concluye que se encuentra demostrada por confesión acorde con la documentación mencionada (Arts.193, 196 y 260 del C.G.P.), la citada obligación derivada de la prestación de los servicios de promoción y prevención de salud ocupacional que aquí se han reclamado. Y como quiera que por las distintas razones que se expusieron para justificar el no pago de dichos servicios, tal como se verá en el estudio de las excepciones de mérito propuestas por la convocada, es imperativo reconocer dichos derechos. No en la cantidad solicitada, sino en la cantidad mencionada de \$2.312.837.535, que corrobora en cantidad mayor el dictamen pericial (\$2.365.402.024) decretado en este proceso (ver tabla 40 del dictamen) con su correspondiente glosa (\$52.564.489) que dado el carácter eventual de los servicios de promoción y prevención cuya contraprestación aquí se reclama, acoge el Tribunal en la parte esencial de la remuneración.

Sin embargo, como quiera que las razones mencionadas justificaban en ese momento el no pago, debido a la incertidumbre jurídica del monto del derecho reclamado, por los motivos de depuración mencionados, los intereses moratorios aquí solicitados solamente se reconocerán a partir del requerimiento judicial que se surte con el auto admisorio de la demanda (Art.94, inciso 3º., C.G.P.).

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el auto No.3 del 14 de agosto de 2020, admisorio de la demanda de este proceso arbitral, se entendió legalmente (Art.8º. Dec.806 de 2020) notificado el 20 de agosto de 2020 (2 días hábiles siguientes al envío del mensaje correspondiente) y el presente Laudo se expide el 6 de julio de 2022, el Tribunal encuentra que la suma anteriormente indicada que se encuentra en mora desde dicha fecha de notificación, ha causado los **intereses moratorios** que, al momento del Laudo (Art.283,

inciso 1º., C.G.P.), se determinan en la “cantidad” y “valor determinado” (Infra No.4.1.B.j.), de acuerdo con la liquidación que se consignará en capítulo posterior de este Laudo.

f. Pretensiones sobre saldo particular pendiente de facturas de alto costo.

En relación con las pretensiones declarativas de incumplimiento y de condena al pago del saldo pendiente de \$1.017.564.311 **por las facturas de alto costo de mayo de 2012 a septiembre de 2013, y de \$574.369.967** por intereses moratorios desde el 1º. de septiembre de 2018 (recogidas en las pretensiones décima cuarta y décima quinta), el Tribunal registra lo siguiente.

1º.- Derecho al saldo pendiente.- Tal como antes ha quedado reseñado, el contrato, si bien prevé que la unidad de pago por capitación, comprende la cancelación de la atención y prestación de los servicios en los niveles I, II y III y “*asistencial de salud ocupacional*”, incluyendo en esa cancelación una remuneración básica para los servicios de alto costo, también es cierto que prevé, a través del fondo único, una remuneración destinada a “*cubrir los riesgos que se originen por la prestación de los servicios correspondientes al alto costo*” (punto 4 del pliego de modificaciones de las condiciones del proceso de selección pública).

En igual forma, independientemente del carácter de servicio de alto riesgo prestado y del factor a tener en cuenta para determinar la remuneración de dicho servicio, que aquí no se discute (si se trata de un valor superior al quince (15) por ciento de la UPC o superior al quince por ciento (15%) de la UPCM) lo cierto es que también aparece demostrado documentalmente (Arts. 40 y 41 de la Ley 80 de 1993; Arts. 971 y 822 del C. de Co.; Arts. 2063 y 2054 y 2483 del C.Civil; y Art. 167, inciso 1º. C.G.P.) en “*el acta de conciliación de fecha 17 de abril de 2017*”, ratificado **en el acta de inventarios de facturas en proceso de pago del 27 de julio de 2018, dicho derecho al pago del saldo pendiente.** Pues del referido acervo probatorio se desprende no solo la obligación contractual de la remuneración de la prestación del referido servicio de alto costo, sino también la obligación de su reconocimiento y pago conforme al contrato y a la ley.

En efecto, en dicho acuerdo aparece demostrado, de una parte, que la convocante hizo la prestación de esos servicios de salud de alto costo anteriormente indicado, cuyo pago estaba pendiente; y, de la otra, que tales derechos no fueron ni han sido satisfechos, como, mediante negación indefinida, como lo fue planteada por la convocante (Art.167 del C.G.P.).

Además, la convocada, en respuesta al hecho cuadragésimo tercero, al **reconocer una diferencia** cuantitativa en el valor glosado por la profesional Sandra Avendaño y el valor glosado por UT KPMG quedando una diferencia a favor de la Unión Temporal, que le otorga un derecho a la devolución, implícitamente está **reconociendo y admitiendo (Arts. 193, 196 y 176 del C.G.P.) la existencia de una obligación menor.**

Sin embargo, como quiera que el dictamen pericial (en la tabla 40 del mismo), si bien señala los valores facturados de cobro (\$83.583.604.364) y de recobro (\$55.774.742.810) y la glosa efectuada (\$69.770.942.355) sin que determine en forma específica las facturas de alto costo de mayo de 2012 a septiembre de 2013, ni el monto, del saldo pendiente a las cuales se refiere la referida pretensión, no puede el Tribunal, por ser infundado, darle el mérito probatorio que pretende (Art.232 del C.G.P.). En tanto que, por el contrario, el Tribunal le reconoce eficacia probatoria al mismo dictamen en el punto 49, porque lo encuentra expresivo de la cantidad, concepto y fundamento en las conciliaciones y auditajes efectuados. El referido dictamen en la respuesta número 49 hace mención a la cantidad de \$1.017.564.311, como la diferencia resultante entre el auditaje de la Doctora Sandra Avendaño (\$1.220.477.956) y el auditaje de KPMG (\$202.913.645). Por lo tanto, el Tribunal se atiene al contenido mencionado de dicho dictamen de acuerdo con lo convenido en el contrato y el reconocimiento de tales servicios y demás medios probatorios antes mencionados que dan por demostrada implícitamente dicha obligación en relación con esta suma. Pero en cambio el Tribunal no le reconoce mérito probatorio al dictamen en los demás aspectos.

Así mismo, el Tribunal reconocerá los intereses moratorios pertinentes establecidos por la ley. No a partir del 1º. de septiembre de 2018 (fecha de vencimiento de los seis meses siguientes a la terminación del contrato de 28 de febrero de 2018), etc. (Cláusula décima séptima del contrato), debido a la incertidumbre jurídica que en ese momento existía sobre el monto de dicha obligación, derivada del concepto interno dado por la profesional Sandra Avendaño y por la glosa expresada entonces por el FOMAG, sin que, por otra

parte, aparezca prueba de que este último haya hecho dicha glosa con dolo, fraude o abuso. Por lo que, entonces, el Tribunal solo reconocerá intereses moratorios a partir del requerimiento judicial que legalmente se efectúa con la notificación del auto admisorio de la demanda (Art. 94, inciso 2º., C.G.P.).

2º.- Conclusión.- Las pretensiones décima cuarta y décima quinta arriba mencionadas están llamadas a tener éxito, no en la cantidad adeudada solicitada en la demanda, **sino en la cantidad de \$1.017.564.311 menos la cantidad de \$25.439.108 equivalente al 2.5% como contribución al fondo de alto costo, para un total de \$992.125.203**, como se desprende de los medios de convicción anteriormente mencionados; con los intereses moratorios causados a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el auto No.3 del 14 de agosto de 2020, admisorio de la demanda inicial de este proceso arbitral, se entendió legalmente (Art.8º. Dec.806 de 2020) notificado el 20 de agosto de 2020 (2 días hábiles siguientes al envío del mensaje correspondiente) y el presente Laudo se expide el 6 de julio de 2022, el Tribunal encuentra que la suma anteriormente indicada que se encuentra en mora desde dicha fecha de notificación, ha causado los **intereses moratorios** que, al momento del Laudo (Art.283, inciso 1º., C.G.P.), se determinan en la “cantidad” y “valor determinado” (Infra No.4.1.B.j). de acuerdo con la liquidación que se consignará en capítulo posterior de este Laudo.

g. Pretensiones sobre la no liquidación y condena a devolución de lo retenido.

Sobre la declaración de incumplimiento del contrato por no haberlo liquidado oportunamente y la condena a la convocada a la devolución de \$18.481.287.418 por la retención de la última cápita con su incremento, recogido en las facturas Nos. 2146, 1751 y 1861 más la suma de \$10.345.843.482 por intereses y actualización (**décima sexta y décima séptima**) tal como quedó arriba reseñado, procede el Tribunal a su correspondiente examen.

1º.- Liquidación del contrato.- Delanteramente precisa el Tribunal el alcance del convenio liquidatorio y la consiguiente cancelación de las prestaciones finales del contrato.

1º.1.- Convenio liquidatorio.- Si bien es cierto que el contrato establece la obligación (dice ella deberá ser) de "*liquidarse de conformidad con lo previsto en el Art.60 de la Ley 80 de 1993 y Art.11 de la Ley 1150 de 2007*", indicando que "*se liquidará dentro de los seis (6) meses siguientes a su terminación*" (cláusula décima séptima), **también lo es que en ella implícitamente se distinguen las fases de terminación del contrato**, como aquel hecho o acto que le pone fin al contrato, en este evento por vencimiento del término; **la de la liquidación del mismo**, como aquella fase destinada a establecer cuantitativamente los derechos y prestaciones recíprocas pendientes entre las partes contratantes, que se establezcan debidamente; y **la de la ejecución o cumplimiento final** de estas últimas, como aquella fase destinada al pago o cancelación de los efectos liquidados pendientes.

1º.-2.- Alcance liquidatorio y paz y salvo. Por lo que, entonces, el referido acuerdo regula voluntariamente las relaciones de los contratantes en caso de terminación del contrato, consistente en que se proceda a la liquidación voluntaria o administrativa para la posterior cancelación correspondiente. Lo primero obedece a que en el referido contrato, de acuerdo con su contenido, dicho acuerdo tiene un alcance muy claro.

Pues, de una parte, se trata de un pacto para **liquidación voluntaria** del contrato dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su terminación, que bien puede darse o no, sin que para tal efecto se exija paz y salvo previo. Por el contrario, **la liquidación es un requisito previo para el establecimiento de las obligaciones** que resultan a cargo de los contratantes a fin de que puedan proceder al pago posterior, momento para el cual (esto es, para el pago) se exige el referido paz y salvo. Luego, solo después de la liquidación el contratista queda obligado posteriormente a la entrega del "*paz y salvo de la red contratada*", dentro de los cinco (5) días siguientes, al igual como acontece cuando la terminación se hace por un "*acto administrativo*" (parag.1º. de la cláusula décima del contrato).

Pues en caso de liquidación administrativa se dispone que "*el pago de todas las sumas de dinero que le adeuda incluyendo la última del contrato, siempre y cuando el contratista presente el paz y salvo de la red contratada*". Si ello es así en la liquidación administrativa, también lo será, en forma análoga, en la liquidación convencional que se haga o se proyecte (como lo hizo el propio FOMAG) y, desde luego, en aquella que, en virtud del

principio de la integración contractual expuesto en su oportunidad (Supra No.2.2.1.A.g), se haga por parte del juez.

Por lo cual, tanto la terminación y liquidación por mutuo acuerdo y por acto administrativo son fuentes **para el surgimiento de la obligación posterior del paz y salvo mencionado**, y no, como lo sugiere la convocada, **un paz y salvo para hacer la liquidación**. En cambio, dicha exigencia del paz y salvo si es simultánea para el establecimiento del "*pago de todas las sumas de dinero que se le adeudan (al contratista) incluyendo el último mes del contrato*" (parágrafo 1º. de la cláusula décima del contrato). Ahora, lo anterior no se opone a que en previsión de la existencia de deudas u obligaciones pendientes con la red contratada, las partes puedan hacer acuerdos previos para garantizar su cumplimiento, mediante la exigencia de paz y salvo previos, para proceder a deducciones, a obtención de garantías, compensaciones, etc., o, en caso de inexistencia de acuerdo, proceder a la exigencia simultánea con el pago reconocido de paz y salvo de la red mencionada. Pero aquellos acuerdos previos para garantizar el pago a terceros o para garantizar el pago de carteras pendientes, a los que alude la convocada no aparecen probados en este proceso arbitral. Son meras afirmaciones de la convocada, o, por lo menos, interpretaciones extensivas de la referida cláusula, cuando, por imponer la exigencia de un paz y salvo, debe ser de interpretación restrictiva. **Por lo que, de acuerdo con el contrato, en ningún caso puede el administrador abstenerse de reconocer y de ordenar la devolución o cumplimiento de la última cápita en la liquidación, sin perjuicio de que, al momento del pago, pueda exigir el paz y salvo de la red contratada convenido.**

2º.- Supuestos fácticos del derecho a la devolución.- Teniendo en cuenta el acervo probatorio antes reseñado y lo dicho anteriormente sobre el alcance del referido convenio, el Tribunal encuentra demostrado el citado derecho a la devolución de lo retenido, aunque en cantidad diferente a lo reclamado, por las consideraciones que a continuación se exponen.

2º.-1.- Demostración y alcance del derecho.- Conforme a lo convenido en el contrato, anteriormente mencionado, no solo aparece acreditado el derecho a la devolución de la última cápita de la convocante, sino, más aún, los derechos que previamente le corresponden a la terminación, a la liquidación y a la cancelación de las prestaciones debidas, en los términos que más adelante se indican.

En primer término, ciertamente el Tribunal encuentra acreditado el derecho de la convocante a la terminación del contrato médico asistencial **por vencimiento de su período de duración** y sus correspondientes prórrogas, lo que, por tanto, se reconoce y se declara en el presente proceso.

En segundo término, también haya probado el Tribunal el derecho consecuencial que igualmente tiene la convocante en **la obtención de la liquidación** del referido contrato. **No por incumplimiento y responsabilidad de la convocada en la obligación de hacerlo por mutuo acuerdo.** Porque si ésta última es una facultad que puede ejercerse o no, mal puede hablarse de incumplimiento de una obligación, y mucho menos de responsabilidad por una omisión que lícitamente puede efectuar. Ni tampoco puede hablarse de incumplimiento de la convocada del deber de hacer la liquidación administrativa, porque, al igual que la convencional, se trata no solo de una facultad sino de una prerrogativa de la entidad pública, de la cual puede hacer uso o nó (Arts. 60 y 61 de la Ley 80 de 1993), cuyo no ejercicio tampoco genera en este caso responsabilidad, sin perjuicio de las consecuencias legales pertinentes. Luego, el derecho que le asiste a la convocante, en este caso, es **a la liquidación judicial del contrato**, que es el que en el caso sub examine aquí se ha ejercido, en ausencia de liquidación voluntaria o administrativa del contrato que se ha terminado.

Porque, de una parte, aparece demostrado que el referido derecho a la **devolución de la cápita retenida**: Se encuentra acreditado que el contrato de prestación de servicios médico asistenciales terminó el 28 de febrero de 2018, habiéndose causado contractualmente las capitaciones de los meses de enero y febrero de dicho año. Y que dentro de los seis (6) meses siguientes no hubo liquidación convencional del contrato; y que tampoco hubo acto administrativo de terminación y liquidación del contrato.

En tercer término, como consecuencia de lo anterior, también encuentra demostrado el Tribunal, de un lado, el derecho de la convocante a obtener la liquidación judicial del contrato, y, del otro, el derecho de la misma **a reclamar en ella la inclusión de la última cápita**, para que en la liquidación y pago correspondiente se incluya el mes de febrero del año 2018. Por lo que, entonces, era procedente, en ese momento, la presentación de varias facturas sobre capitación mensual correspondiente al mes de febrero de 2018 (la No.2146, la 1751 del Departamento de la Guajira, la 1861 del mismo Departamento, etc.), que, a su vez, debieron ser reajustadas, y no lo fueron. **Por lo que**

el no reconocimiento y orden de pago en la liquidación del contrato que pudo hacerse voluntaria o administrativamente, se vulneró el mismo.

Además, su no cancelación, como se verá más adelante en el análisis de las excepciones de mérito, **resulta infundada** pues al reconocer en la contestación al hecho cuadragésimo cuarto que ello no se hizo por cuanto la convocante tenía "*la obligación de aportar previamente el paz y salvo con la red*", vulneró el contrato porque, como arriba se dijo, no era necesario exigir previamente dicho paz y salvo para reconocer y ordenar el pago de la última cápita en la liquidación, aunque sí lo fuera al momento de la cancelación para la verificación posterior del pago. Además, tampoco resultaba válida para la retención, la alusión de la convocada consistente en que **el valor de lo retenido era muy diferente** a lo que se reclama en la pretensión, puesto que no es un asunto que justifique la retención, sino el valor del alcance de lo que pretendía reconocerse y pagarse.

2º.2.- Monto de la devolución de lo retenido y descuento por aporte.- Sin embargo, tiene razón la convocada en que el valor de lo **retenido por la última cápita** que debe devolverse o cancelarse es inferior a lo solicitado, porque debe descontársele el 2.5% de la cápita que se destina al Fondo Único de alto costo.

Por esta razón, el Tribunal acoge el dictamen pericial decretado en este proceso (al cual alude la respuesta al punto 53 del mismo, en armonía con la aclaración al número 48, lit.c) en la suma líquida de lo retenido de la cápita (independientemente de otros tipos de retenciones, como las de impuesto, alto costo y reembolso), que asciende a la cantidad de \$17.536.021.944, que debe devolverse por parte del FOMAG (según aclaración al dictamen en la respuesta No.37), así: A la convocante, el FOMAG debe devolver la suma líquida de \$17.230.983.924; y el mismo FOMAG debe destinar al Fondo de Enfermedades de Alto Costo, por razón de la anterior suma la cantidad de **\$305.038.020**.

Por lo que, en forma líquida la cantidad a devolver asciende a **\$17.230.983.924**, con los intereses moratorios a partir de la notificación del auto admisorio de la presente demanda arbitral.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el auto No.3 del 14 de agosto de 2020, admisorio de la demanda inicial de este proceso arbitral, se entendió legalmente (Art.8º. Dec.806

de 2020) notificado el 9 de mayo de 2021 (2 días hábiles siguientes al envío del mensaje correspondiente) y el presente Laudo se expide el 6 de julio de 2022, el Tribunal encuentra que la suma anteriormente indicada que se encuentra en mora desde dicha fecha de notificación, ha causado los **intereses moratorios** que, al momento del Laudo (Art.283, inciso 1º., C.G.P.), se determinan en la “cantidad” y “valor determinado” (Infra No.4.1.B.j) de acuerdo con la liquidación que se consignará en capítulo posterior de este Laudo.

3º.- Conclusión.- Por consiguiente, el Tribunal accederá a las pretensiones décima sexta y décima séptima en la cantidad antes señalada.

h. Pretensión de liquidación judicial.

Sobre la pretensión de ordenar la liquidación judicial (**décima octava**) del contrato sub examine, el Tribunal, en ausencia de una liquidación por mutuo acuerdo o por acto administrativo, accederá a ella teniendo en cuenta las absoluciones y condenas relacionadas con las anteriores pretensiones (Art.70, inciso 1º., Ley 80 de 1993).

i. Pretensión de ejecución arbitral.-

En cuanto a la petición (**décima novena**) de señalarse un plazo de cinco (5) días para la ejecución del fallo a partir de su notificación, el Tribunal se remite a lo establecido en los artículos 192 y 195 del CPACA que consagran expresamente un plazo y un trámite legal especial para el cumplimiento y trámite del pago de las condenas impuestas a una entidad pública, normas a las cuales resulta imperativo atenerse (arts. 306 del CPACA y art. 117, inciso 1o. del C.G.P). Con ello, resulta impróspera la mencionada pretensión.

j. Determinación de los intereses moratorios que se declaran causados antes del Laudo.

Como quiera que en el examen precedente, han prosperado las pretensiones contractuales indemnizatorias, que incluyen daño emergente y lucro cesante, y, como consecuencia de ello, se han reconocido obligaciones, a cargo del FOMAG en beneficio de la UNIÓN TEMPORAL REGIÓN 5, cuya exigibilidad se ha hecho efectiva desde la notificación del auto No. 3 admisorio de la demanda de fecha 14 de agosto de 2020 (Art. 94, inc. del C.G.P.), procede ahora el Tribunal a determinar los intereses moratorios

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

causados desde la citada notificación del auto admisorio de la demanda hasta la fecha del presente Laudo, para efectos de lo cual se parte de los valores reconocidos que se indican en la siguiente tabla:

CONCEPTO	VALOR
Facturas por recobro de servicios de alto costo	\$55.774.742.810
Facturas por servicios de salud ocupacional	\$ 6.661.759.549
Facturas por Servicios ordenados en Sentencias de Tutela	\$ 3.251.497.385
Facturas por servicios de Promoción y Prevención	\$ 2.312.837.535
Saldo de facturas de alto costo entre mayo 2012 y septiembre 2013	\$ 992.125.203
Devolución de la retención de la última cápita del contrato – Febrero de 2018	\$17.230.983.924

Teniendo en cuenta que la notificación del auto admisorio de la demanda inicial se envió originalmente el 18 de agosto de 2020 y se entiende efectuada después de dos días hábiles siguientes (Art. 8º. Inc.3º. Dec.806 de 2020), sin que haya sido sustituida sino simplemente modificada por la admisibilidad de la reforma de la demanda (supra No.1.2.2.2.) efectuada el 6 de mayo de 2021, resulta imperativo proceder, conforme a la ley (Arts. 306 CPACA y 283 C.G.P.), al cálculo de los intereses moratorios de una y media vez el interés corriente bancario (Art.180 C.G.P. y Art. 884 C.Co.), desde el 21 de agosto de 2020 y hasta el 6 de julio de 2022, fecha del presente Laudo.

Dichos intereses moratorios se determinan con base en las moras en que legalmente incurrió el FOMAG en el cumplimiento de los pagos reclamados en cada una de las pretensiones que han prosperado, según lo ha determinado el Tribunal.

La condena por intereses moratorios que habrá de imponer el Tribunal se sintetiza en las tablas que se incorporan a continuación:

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
 Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

CONCEPTO	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
Facturas por recobro de servicios de alto costo	55.774.742.810	24.803.532.126

CÁLCULO DE INTERESES DE MORA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo				Capital	Intereses	interés acumulado
			No. Resol Superfi	Interes Cte Banca (1)	Interés de mora	Tasa Diaria			
Inicio	Final								
21/08/20	31/08/20	11	0685	18,29%	27,44%	0,0664430%	55.774.742.810	407.642.245	407.642.245
1/09/20	30/09/20	30	0769	18,35%	27,53%	0,0666365%	55.774.742.810	1.114.990.162	1.522.632.406
1/10/20	31/10/20	31	0869	18,09%	27,14%	0,0657968%	55.774.742.810	1.137.637.788	2.660.270.194
1/11/20	30/11/20	30	0947	17,84%	26,76%	0,0649870%	55.774.742.810	1.087.389.233	3.747.659.428
1/12/20	31/12/20	31	1034	17,46%	26,19%	0,0637514%	55.774.742.810	1.102.272.810	4.849.932.238
1/01/21	31/01/21	31	1215	17,32%	25,98%	0,0632948%	55.774.742.810	1.094.378.064	5.944.310.302
1/02/21	28/02/21	28	0064	17,54%	26,31%	0,0640120%	55.774.742.810	999.670.644	6.943.980.946
1/03/21	31/03/21	31	0161	17,41%	26,12%	0,0635884%	55.774.742.810	1.099.454.763	8.043.435.709
1/04/21	30/04/21	30	0305	17,31%	25,97%	0,0632622%	55.774.742.810	1.058.529.340	9.101.965.050
1/05/21	31/05/21	31	0407	17,22%	25,83%	0,0629682%	55.774.742.810	1.088.730.921	10.190.695.970
1/06/21	30/06/21	30	0509	17,21%	25,82%	0,0629355%	55.774.742.810	1.053.063.713	11.243.759.683
1/07/21	31/07/21	31	622	17,18%	25,77%	0,0628374%	55.774.742.810	1.086.470.183	12.330.229.866
1/08/21	31/08/21	31	0804	17,24%	25,86%	0,0630336%	55.774.742.810	1.089.860.886	13.420.090.752
1/09/21	30/09/21	30	0931	17,19%	25,79%	0,0628701%	55.774.742.810	1.051.969.808	14.472.060.560
1/10/21	31/10/21	31	1095	17,08%	25,62%	0,0625103%	55.774.742.810	1.080.813.631	15.552.874.191
1/11/21	30/11/21	30	1259	17,27%	25,91%	0,0631316%	55.774.742.810	1.056.343.869	16.609.218.060
1/12/21	31/12/21	31	1405	17,46%	26,19%	0,0637514%	55.774.742.810	1.102.272.810	17.711.490.870
1/01/22	31/01/22	31	1597	17,66%	26,49%	0,0644024%	55.774.742.810	1.113.528.320	18.825.019.190
1/02/22	28/02/22	28	143	18,30%	27,45%	0,0664752%	55.774.742.810	1.038.138.732	19.863.157.923
1/03/22	31/03/22	31	256	18,47%	27,71%	0,0670232%	55.774.742.810	1.158.842.516	21.022.000.439
1/04/22	30/04/22	28	382	19,05%	28,58%	0,0688846%	55.774.742.810	1.075.765.725	22.097.766.164
1/05/22	31/05/22	31	498	19,71%	29,57%	0,0709875%	55.774.742.810	1.227.386.185	23.325.152.349
1/06/22	30/06/22	30	617	20,40%	30,60%	0,0731690%	55.774.742.810	1.224.293.905	24.549.446.255
1/07/22	6/07/22	6	801	21,28%	31,92%	0,0759262%	55.774.742.810	254.085.872	24.803.532.126

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
 Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

CONCEPTO	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
Facturas por servicios de salud ocupacional	6.661.759.549	2.962.544.669

CÁLCULO DE INTERESES DE MORA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo				Capital	Intereses	Interés acumulado
Inicio	Final		No. Resol Superfi	Interes Cte Banca (1)	Interés de mora	Tasa Diaria			
21/08/20	31/08/20	11	0685	18,29%	27,44%	0,0664430%	6.661.759.549	48.688.967	48.688.967
1/09/20	30/09/20	30	0769	18,35%	27,53%	0,0666365%	6.661.759.549	133.174.910	181.863.877
1/10/20	31/10/20	31	0869	18,09%	27,14%	0,0657968%	6.661.759.549	135.879.952	317.743.830
1/11/20	30/11/20	30	0947	17,84%	26,76%	0,0649870%	6.661.759.549	129.878.243	447.622.073
1/12/20	31/12/20	31	1034	17,46%	26,19%	0,0637514%	6.661.759.549	131.655.944	579.278.017
1/01/21	31/01/21	31	1215	17,32%	25,98%	0,0632948%	6.661.759.549	130.712.992	709.991.009
1/02/21	28/02/21	28	0064	17,54%	26,31%	0,0640120%	6.661.759.549	119.401.097	829.392.106
1/03/21	31/03/21	31	0161	17,41%	26,12%	0,0635884%	6.661.759.549	131.319.355	960.711.461
1/04/21	30/04/21	30	0305	17,31%	25,97%	0,0632622%	6.661.759.549	126.431.205	1.087.142.666
1/05/21	31/05/21	31	0407	17,22%	25,83%	0,0629682%	6.661.759.549	130.038.495	1.217.181.161
1/06/21	30/06/21	30	0509	17,21%	25,82%	0,0629355%	6.661.759.549	125.778.388	1.342.959.549
1/07/21	31/07/21	31	622	17,18%	25,77%	0,0628374%	6.661.759.549	129.768.471	1.472.728.020
1/08/21	31/08/21	31	0804	17,24%	25,86%	0,0630336%	6.661.759.549	130.173.458	1.602.901.479
1/09/21	30/09/21	30	0931	17,19%	25,79%	0,0628701%	6.661.759.549	125.647.732	1.728.549.210
1/10/21	31/10/21	31	1095	17,08%	25,62%	0,0625103%	6.661.759.549	129.092.850	1.857.642.060
1/11/21	30/11/21	30	1259	17,27%	25,91%	0,0631316%	6.661.759.549	126.170.171	1.983.812.232
1/12/21	31/12/21	31	1405	17,46%	26,19%	0,0637514%	6.661.759.549	131.655.944	2.115.468.176
1/01/22	31/01/22	31	1597	17,66%	26,49%	0,0644024%	6.661.759.549	133.000.307	2.248.468.483
1/02/22	28/02/22	28	143	18,30%	27,45%	0,0664752%	6.661.759.549	123.995.742	2.372.464.225
1/03/22	31/03/22	31	256	18,47%	27,71%	0,0670232%	6.661.759.549	138.412.654	2.510.876.879
1/04/22	30/04/22	28	382	19,05%	28,58%	0,0688846%	6.661.759.549	128.489.926	2.639.366.805
1/05/22	31/05/22	31	498	19,71%	29,57%	0,0709875%	6.661.759.549	146.599.540	2.785.966.345
1/06/22	30/06/22	30	617	20,40%	30,60%	0,0731690%	6.661.759.549	146.230.197	2.932.196.542
1/07/22	6/07/22	6	801	21,28%	31,92%	0,0759262%	6.661.759.549	30.348.127	2.962.544.669

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
 Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

CONCEPTO	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
Facturas de servicios ordenados en sentencia de tutela	3.251.497.385	1.445.970.269

CÁLCULO DE INTERESES DE MORA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo				Capital	Intereses	interés acumulado
			No. Resol Superfi	Interes Cte Banca	Interés de mora	Tasa Diaria			
Inicio	Final			(1)					
21/08/20	31/08/20	11	0685	18,29%	27,44%	0,0664430%	3.251.497.385	23.764.299	23.764.299
1/09/20	30/09/20	30	0769	18,35%	27,53%	0,0666365%	3.251.497.385	65.000.526	88.764.825
1/10/20	31/10/20	31	0869	18,09%	27,14%	0,0657968%	3.251.497.385	66.320.813	155.085.638
1/11/20	30/11/20	30	0947	17,84%	26,76%	0,0649870%	3.251.497.385	63.391.476	218.477.114
1/12/20	31/12/20	31	1034	17,46%	26,19%	0,0637514%	3.251.497.385	64.259.143	282.736.256
1/01/21	31/01/21	31	1215	17,32%	25,98%	0,0632948%	3.251.497.385	63.798.903	346.535.160
1/02/21	28/02/21	28	0064	17,54%	26,31%	0,0640120%	3.251.497.385	58.277.749	404.812.909
1/03/21	31/03/21	31	0161	17,41%	26,12%	0,0635884%	3.251.497.385	64.094.859	468.907.768
1/04/21	30/04/21	30	0305	17,31%	25,97%	0,0632622%	3.251.497.385	61.709.032	530.616.800
1/05/21	31/05/21	31	0407	17,22%	25,83%	0,0629682%	3.251.497.385	63.469.692	594.086.492
1/06/21	30/06/21	30	0509	17,21%	25,82%	0,0629355%	3.251.497.385	61.390.402	655.476.894
1/07/21	31/07/21	31	622	17,18%	25,77%	0,0628374%	3.251.497.385	63.337.898	718.814.792
1/08/21	31/08/21	31	0804	17,24%	25,86%	0,0630336%	3.251.497.385	63.535.565	782.350.358
1/09/21	30/09/21	30	0931	17,19%	25,79%	0,0628701%	3.251.497.385	61.326.631	843.676.989
1/10/21	31/10/21	31	1095	17,08%	25,62%	0,0625103%	3.251.497.385	63.008.138	906.685.127
1/11/21	30/11/21	30	1259	17,27%	25,91%	0,0631316%	3.251.497.385	61.581.626	968.266.752
1/12/21	31/12/21	31	1405	17,46%	26,19%	0,0637514%	3.251.497.385	64.259.143	1.032.525.895
1/01/22	31/01/22	31	1597	17,66%	26,49%	0,0644024%	3.251.497.385	64.915.305	1.097.441.200
1/02/22	28/02/22	28	143	18,30%	27,45%	0,0664752%	3.251.497.385	60.520.322	1.157.961.521
1/03/22	31/03/22	31	256	18,47%	27,71%	0,0670232%	3.251.497.385	67.556.984	1.225.518.506
1/04/22	30/04/22	28	382	19,05%	28,58%	0,0688846%	3.251.497.385	62.713.861	1.288.232.366
1/05/22	31/05/22	31	498	19,71%	29,57%	0,0709875%	3.251.497.385	71.552.871	1.359.785.237
1/06/22	30/06/22	30	617	20,40%	30,60%	0,0731690%	3.251.497.385	71.372.600	1.431.157.837
1/07/22	6/07/22	6	801	21,28%	31,92%	0,0759262%	3.251.497.385	14.812.431	1.445.970.269

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
 Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

CONCEPTO	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
Facturas correspondientes a Servicios de promoción y prevención	2.312.837.535	1.028.539.751

CÁLCULO DE INTERESES DE MORA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo				Capital	Intereses	interés acumulado
			No. Resol Superfi	Interes Cte Banca (1)	Interés de mora	Tasa Diaria			
Inicio	Final								
21/08/20	31/08/20	11	0685	18,29%	27,44%	0,0664430%	2.312.837.535	16.903.893	16.903.893
1/09/20	30/09/20	30	0769	18,35%	27,53%	0,0666365%	2.312.837.535	46.235.822	63.139.715
1/10/20	31/10/20	31	0869	18,09%	27,14%	0,0657968%	2.312.837.535	47.174.962	110.314.677
1/11/20	30/11/20	30	0947	17,84%	26,76%	0,0649870%	2.312.837.535	45.091.282	155.405.959
1/12/20	31/12/20	31	1034	17,46%	26,19%	0,0637514%	2.312.837.535	45.708.466	201.114.425
1/01/21	31/01/21	31	1215	17,32%	25,98%	0,0632948%	2.312.837.535	45.381.091	246.495.516
1/02/21	28/02/21	28	0064	17,54%	26,31%	0,0640120%	2.312.837.535	41.453.814	287.949.329
1/03/21	31/03/21	31	0161	17,41%	26,12%	0,0635884%	2.312.837.535	45.591.609	333.540.938
1/04/21	30/04/21	30	0305	17,31%	25,97%	0,0632622%	2.312.837.535	43.894.535	377.435.473
1/05/21	31/05/21	31	0407	17,22%	25,83%	0,0629682%	2.312.837.535	45.146.918	422.582.391
1/06/21	30/06/21	30	0509	17,21%	25,82%	0,0629355%	2.312.837.535	43.667.889	466.250.280
1/07/21	31/07/21	31	622	17,18%	25,77%	0,0628374%	2.312.837.535	45.053.171	511.303.451
1/08/21	31/08/21	31	0804	17,24%	25,86%	0,0630336%	2.312.837.535	45.193.775	556.497.225
1/09/21	30/09/21	30	0931	17,19%	25,79%	0,0628701%	2.312.837.535	43.622.528	600.119.753
1/10/21	31/10/21	31	1095	17,08%	25,62%	0,0625103%	2.312.837.535	44.818.608	644.938.361
1/11/21	30/11/21	30	1259	17,27%	25,91%	0,0631316%	2.312.837.535	43.803.909	688.742.270
1/12/21	31/12/21	31	1405	17,46%	26,19%	0,0637514%	2.312.837.535	45.708.466	734.450.736
1/01/22	31/01/22	31	1597	17,66%	26,49%	0,0644024%	2.312.837.535	46.175.203	780.625.939
1/02/22	28/02/22	28	143	18,30%	27,45%	0,0664752%	2.312.837.535	43.048.988	823.674.927
1/03/22	31/03/22	31	256	18,47%	27,71%	0,0670232%	2.312.837.535	48.054.269	871.729.195
1/04/22	30/04/22	28	382	19,05%	28,58%	0,0688846%	2.312.837.535	44.609.284	916.338.480
1/05/22	31/05/22	31	498	19,71%	29,57%	0,0709875%	2.312.837.535	50.896.601	967.235.081
1/06/22	30/06/22	30	617	20,40%	30,60%	0,0731690%	2.312.837.535	50.768.372	1.018.003.453
1/07/22	6/07/22	6	801	21,28%	31,92%	0,0759262%	2.312.837.535	10.536.299	1.028.539.751

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
 Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

CONCEPTO	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
Saldo facturas de alto costo de mayo 2012 a septiembre 2013	992.125.203	441.207.043

CÁLCULO DE INTERESES DE MORA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo				Capital	Intereses	Interés acumulado
			No. Resol Superfi	Interes Cte Banca	Interés de mora	Tasa Diaria			
Inicio	Final			(1)					
21/08/20	31/08/20	11	0685	18,29%	27,44%	0,0664430%	992.125.203	7.251.170	7.251.170
1/09/20	30/09/20	30	0769	18,35%	27,53%	0,0666365%	992.125.203	19.833.527	27.084.697
1/10/20	31/10/20	31	0869	18,09%	27,14%	0,0657968%	992.125.203	20.236.384	47.321.081
1/11/20	30/11/20	30	0947	17,84%	26,76%	0,0649870%	992.125.203	19.342.559	66.663.640
1/12/20	31/12/20	31	1034	17,46%	26,19%	0,0637514%	992.125.203	19.607.309	86.270.949
1/01/21	31/01/21	31	1215	17,32%	25,98%	0,0632948%	992.125.203	19.466.877	105.737.826
1/02/21	28/02/21	28	0064	17,54%	26,31%	0,0640120%	992.125.203	17.782.215	123.520.041
1/03/21	31/03/21	31	0161	17,41%	26,12%	0,0635884%	992.125.203	19.557.182	143.077.222
1/04/21	30/04/21	30	0305	17,31%	25,97%	0,0632622%	992.125.203	18.829.197	161.906.420
1/05/21	31/05/21	31	0407	17,22%	25,83%	0,0629682%	992.125.203	19.366.425	181.272.845
1/06/21	30/06/21	30	0509	17,21%	25,82%	0,0629355%	992.125.203	18.731.974	200.004.819
1/07/21	31/07/21	31	622	17,18%	25,77%	0,0628374%	992.125.203	19.326.211	219.331.030
1/08/21	31/08/21	31	0804	17,24%	25,86%	0,0630336%	992.125.203	19.386.525	238.717.555
1/09/21	30/09/21	30	0931	17,19%	25,79%	0,0628701%	992.125.203	18.712.516	257.430.071
1/10/21	31/10/21	31	1095	17,08%	25,62%	0,0625103%	992.125.203	19.225.592	276.655.663
1/11/21	30/11/21	30	1259	17,27%	25,91%	0,0631316%	992.125.203	18.790.322	295.445.985
1/12/21	31/12/21	31	1405	17,46%	26,19%	0,0637514%	992.125.203	19.607.309	315.053.295
1/01/22	31/01/22	31	1597	17,66%	26,49%	0,0644024%	992.125.203	19.807.523	334.860.818
1/02/22	28/02/22	28	143	18,30%	27,45%	0,0664752%	992.125.203	18.466.488	353.327.305
1/03/22	31/03/22	31	256	18,47%	27,71%	0,0670232%	992.125.203	20.613.575	373.940.881
1/04/22	30/04/22	28	382	19,05%	28,58%	0,0688846%	992.125.203	19.135.799	393.076.680
1/05/22	31/05/22	31	498	19,71%	29,57%	0,0709875%	992.125.203	21.832.835	414.909.515
1/06/22	30/06/22	30	617	20,40%	30,60%	0,0731690%	992.125.203	21.777.829	436.687.345
1/07/22	6/07/22	6	801	21,28%	31,92%	0,0759262%	992.125.203	4.519.698	441.207.043

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
 Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

CONCEPTO	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
Devolución de la retención de la última cápita del Contrato (mes de febrero de 2018)	17.230.983.924	7.662.774.256

CÁLCULO DE INTERESES DE MORA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo				Capital	Intereses	interés acumulado
			No. Resol Superfi	Interes Cte Banca	Interés de mora	Tasa Diaria			
Inicio	Final			(1)					
21/08/20	31/08/20	11	0685	18,29%	27,44%	0,0664430%	17.230.983.924	125.936.519	125.936.519
1/09/20	30/09/20	30	0769	18,35%	27,53%	0,0666365%	17.230.983.924	344.463.759	470.400.278
1/10/20	31/10/20	31	0869	18,09%	27,14%	0,0657968%	17.230.983.924	351.460.490	821.860.768
1/11/20	30/11/20	30	0947	17,84%	26,76%	0,0649870%	17.230.983.924	335.936.760	1.157.797.528
1/12/20	31/12/20	31	1034	17,46%	26,19%	0,0637514%	17.230.983.924	340.534.875	1.498.332.403
1/01/21	31/01/21	31	1215	17,32%	25,98%	0,0632948%	17.230.983.924	338.095.881	1.836.428.284
1/02/21	28/02/21	28	0064	17,54%	26,31%	0,0640120%	17.230.983.924	308.837.082	2.145.265.366
1/03/21	31/03/21	31	0161	17,41%	26,12%	0,0635884%	17.230.983.924	339.664.271	2.484.929.637
1/04/21	30/04/21	30	0305	17,31%	25,97%	0,0632622%	17.230.983.924	327.020.818	2.811.950.455
1/05/21	31/05/21	31	0407	17,22%	25,83%	0,0629682%	17.230.983.924	336.351.259	3.148.301.715
1/06/21	30/06/21	30	0509	17,21%	25,82%	0,0629355%	17.230.983.924	325.332.274	3.473.633.989
1/07/21	31/07/21	31	622	17,18%	25,77%	0,0628374%	17.230.983.924	335.652.830	3.809.286.819
1/08/21	31/08/21	31	0804	17,24%	25,86%	0,0630336%	17.230.983.924	336.700.350	4.145.987.168
1/09/21	30/09/21	30	0931	17,19%	25,79%	0,0628701%	17.230.983.924	324.994.324	4.470.981.493
1/10/21	31/10/21	31	1095	17,08%	25,62%	0,0625103%	17.230.983.924	333.905.301	4.804.886.794
1/11/21	30/11/21	30	1259	17,27%	25,91%	0,0631316%	17.230.983.924	326.345.641	5.131.232.435
1/12/21	31/12/21	31	1405	17,46%	26,19%	0,0637514%	17.230.983.924	340.534.875	5.471.767.310
1/01/22	31/01/22	31	1597	17,66%	26,49%	0,0644024%	17.230.983.924	344.012.139	5.815.779.450
1/02/22	28/02/22	28	143	18,30%	27,45%	0,0664752%	17.230.983.924	320.721.368	6.136.500.817
1/03/22	31/03/22	31	256	18,47%	27,71%	0,0670232%	17.230.983.924	358.011.454	6.494.512.271
1/04/22	30/04/22	28	382	19,05%	28,58%	0,0688846%	17.230.983.924	332.345.807	6.826.858.079
1/05/22	31/05/22	31	498	19,71%	29,57%	0,0709875%	17.230.983.924	379.187.255	7.206.045.334
1/06/22	30/06/22	30	617	20,40%	30,60%	0,0731690%	17.230.983.924	378.231.930	7.584.277.263
1/07/22	6/07/22	6	801	21,28%	31,92%	0,0759262%	17.230.983.924	78.496.993	7.662.774.256

k. Pretensión sobre intereses de las condenas.-

Con relación a la pretensión (**vigésima**) sobre la condena a “intereses comerciales” sobre el monto de las condenas impuestas en el Laudo Arbitral, el Tribunal accederá a ella, como una petición de **indemnización moratoria postlaudo**, tal como se ha acumulado en la demanda, conforme a los Artículos 306 del CPCA y 88, inciso 2º. del num.3, del C.G.P., pues se ajustan y se armonizan con lo que legalmente se regula por los Artículos 192 y ss. del CPACA.

En tanto que las pretensiones sobre **intereses moratorios prelaudo**, esto es, las que se refieren a intereses moratorios causados antes o durante el proceso arbitral y antes del Laudo, han sido materia de análisis y decisión, según el caso, en cada una de las pretensiones específicas en donde se han formulado (Supra No.4.1.B.j y Nos. Concordantes); por lo que no merecen pronunciamiento en este caso por el Tribunal.

l. Pretensión sobre costas.

Como quiera que existe una prosperidad parcial de las pretensiones antes mencionadas, se accederá a la condena parcial en costas a la parte convocada, materia que será objeto de pronunciamiento detallado en capítulo posterior de este laudo. (Art.365 C.G.P.).

C. Excepciones de mérito de la parte convocada.

Siendo prosperas algunas de las pretensiones arriba mencionadas, procede el Tribunal a resolver las excepciones de mérito pertinentes.

a. Excepciones de mérito pormenorizadas.-

Procede el Tribunal al examen de las excepciones de mérito formuladas en el proceso arbitral por la convocada.

Sin embargo, como quiera que en ellas la convocada formula como primera excepción, la excepción de prescripción extintiva, y como segunda excepción la de caducidad, y en vista de que esta última puede tener incidencia eventual en la promoción de la acción contenciosa contractual incoada y, en consecuencia, con repercusión en el presupuesto

procesal de la competencia para conocer de la controversia contractual planteada en la demanda, el Tribunal comenzará su estudio con esta última, tal como también lo hará más adelante con la caducidad planteada por la llamada en garantía (Infra No.5.2.B.a.). Y luego, posteriormente, procederá prioritariamente, si fuere el caso, al estudio de la excepción de mérito de prescripción del derecho al cobro de la factura, por su incidencia en el ejercicio de la acción jurisdiccional.

Y, más adelante, analizará las demás excepciones de mérito, tal como sigue.

1º.- Segunda excepción. Caducidad.- Procede ahora el Tribunal al estudio de fondo de la excepción de mérito de caducidad.

1º.-1.- Formulación como excepción de mérito.- Si bien en la oportunidad de resolución del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda inicial mediante la cual se promovió este proceso, se decidió en forma negativa la caducidad entonces alegada, ella, en atención a su formulación como excepción de mérito, también procede a analizarse en el presente Laudo.

En esta ocasión la convocada, como excepción de mérito, también formula la caducidad de las pretensiones tercera, sexta, novena, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta y décima séptima formuladas en la reforma de la demanda, porque, a su juicio, son pretensiones nuevas consistentes en que, a su juicio: **En la tercera** se introduce un juicio jurídico autónomo de señalar que se desconocieron unos principios y se quebrantaron “*de manera inconsulta, unilateral y arbitraria*” unas estipulaciones del pliego de condiciones. **En la sexta**, se le agregan el juicio de responsabilidad autónomo de declarar violación directa y precisa.

En la novena, porque aspira al pago de capital e intereses moratorios de “*novedades de usuarios no incluidos en la base de datos de pagos*”. Y **en la décima segunda a la décima séptima**, porque en ellas se incluye un juicio de responsabilidad contractual, con la inclusión del “*pago de cápita retenida*” no incluida anteriormente.

1º.-2.- Decisión inicial en la admisión.- Sin embargo, este Tribunal, salvo la excepción que más adelante se indica, reitera la **inexistencia de dicha caducidad**, tal como lo había indicado en el auto No.14 del 6 de mayo de 2021 (Supra No.1.1.B y

2.3.A.a.2º.), ya que como lo consideró en esa oportunidad y ahora lo reitera, las referidas pretensiones, al no ser esencialmente novedosas, la oportunidad en que fueron presentadas las pretensiones de la demanda inicial reformada, mantienen el ejercicio oportuno de las formuladas en la reforma.

En efecto, consideró el Tribunal que, dado el carácter meramente orientativo de la indicación del derecho por las partes de un proceso en vista de que la carga jurídica de su determinación corresponde al Juez, en virtud del principio *iura novit curia*; no puede menos que inferirse el carácter intrascendente para aquellas, del señalamiento de las normas, los principios y los juicios jurídicos a que alude, salvo los efectos de orden probatorio y de congruencia (Art.42, num.6, 281 inciso 3º. C.G.P.). Por lo tanto, son intrascendentes las alusiones mencionadas en la pretensión tercera, donde se dice que FOMAG *“vulneró los principios contractuales de la buena fe y de la confianza legítima, al desconocer de manera inconsulta, unilateral y arbitraria el pliego de condiciones”*. Lo mismo cuando en la pretensión sexta se dice que *“vulneró los principios contractuales de buena fé y confianza legítima, al desconocer unilateral y arbitrariamente el documento de aclaración No.2 que precisó el alcance de la matriz 7 A-1 del pliego de condiciones”*.

Igual situación se presenta cuando a las demás pretensiones se les reprocha la inclusión de juicios jurídicos o se le reprocha a la pretensión décimo octava el fraccionamiento de la pretensión novena de la demanda inicial, que fuera subsanada, etc.

Lo anterior obedece, como arriba se dijo, a que si la novedad de una pretensión difiere de la **mera corrección o aclaración**, que opera en materia idiomática, de sentido del lenguaje o numérica, y que se limita a aquellas afectaciones sustanciales de los elementos subjetivo, objetivo y causal de una pretensión, es lógico entender que mientras las primeras pueden hacerse sin restricción (Art.93 inciso 1º.C.G.P.), las segundas, por el contrario, solo pueden referirse a *“alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones (o peticiones) o de los hechos que en ellas se fundamenten, o se pidan o alleguen nuevas pruebas”* (tal como se desprende del num.1 del Art. 23 del C.G.P.). Lo anterior no se presentó en ninguno de los eventos que fueron y ahora son materia de reproche como novedad, por las razones arriba expuestas.

1º.-3.- Examen de la excepción sub examine.- Caducidad en caso de reforma de la demanda.-Seguidamente aborda el Tribunal el estudio de la excepción de caducidad mencionada.

Al respecto, es bien sabido como atrás quedó expuesto (Supra No.4.1.B) que la caducidad de la acción contenciosa administrativa de responsabilidad contractual es aquel fenómeno jurídico objetivo de extinción del derecho sustancial a reclamar y a promover el aparato jurisdiccional, por no haberlo hecho dentro del plazo previsto en la ley por razones de orden público y de seguridad jurídica. Plazo que, según la ley (inciso V del lit.j, del num.2 del Art.164 del CPACA, en la redacc. de la Ley 1437 de 2011), en caso de acciones contractuales, es de “*dos (2) años*” y comienza a computarse a partir del momento en que se ha hecho la liquidación convencional dentro del plazo acordado de un contrato y, en su defecto, a partir de la ejecutoria del acto administrativo que aprueba la liquidación efectuada dentro del plazo legal de dos (2) meses, o, en su defecto, a partir del vencimiento de este último, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia contenciosa administrativa y arbitral ⁽⁶⁸⁾.

Ahora, como quiera que dicho plazo legal se refiere al ejercicio de pretensiones que se formulan por primera vez en la demanda inicial, o por primera vez en la reforma de la demanda, se hace indispensable verificar la oportunidad de su ejercicio tanto en una como en otra.

Sin embargo, en vista de que en una reforma a la demanda puede contener pretensiones novedosas, distintas de las admitidas inicialmente, y resulta indispensable verificar la oportunidad de su ejercicio, se hace necesario, entonces, precisarla.

Por esta razón, el Tribunal, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, también considera que una demanda “*puede ser enmendada **sin necesidad de revisar la configuración de la caducidad** de la acción cuando pretenda realizar una simple alteración de las peticiones elevadas desde un comienzo -dado que éstas ya fueron puestas a consideración de la jurisdicción y por ende, no se emplea ese mismo derecho*

⁶⁸ Cons. Sentencia del 18 de mayo de 2017 de la Secc.Tercera del Consejo de Estado; y Laudos Arbitrales del 18 de julio de 2018 (PROINSALUD, COMISTET y CORPORACIÓN DE SERVICIOS INTERNACIONALES contra EL FOMAG), 2 de mayo de 2012 (UNIÓN TEMPORAL REGIÓN 4 contra el FOMAG) y 11 de diciembre de 2017 (FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR contra el FOMAG); etc.

para su alteración- o meros cambios relacionados con los hechos o las pruebas que se hubieren expresado”^(68a).

1º.-4.- Caducidad en las pretensiones novedosas de la reforma de la demanda.-

Siendo que la caducidad en la demanda reformada solo se predica de las pretensiones novedosas que se formulan, es indispensable tener presente que **la novedad de una pretensión** no se refiere a aquellos fundamentos distintos a “*los hechos*” que fundamenten la pretensión, esto es, diferente a los fenómenos fácticos de la naturaleza o de los seres humanos que constituyen la causa petendi de las peticiones.

Por lo tanto, corresponde al Tribunal hacer su examen sobre si las “*apreciaciones*”, “*los juicios de responsabilidad autónoma*” y “*los intereses moratorios*” que se mencionan en las pretensiones tercera, sexta y novena de la reforma a la demanda, son fundamentos fácticos, como lo dice la ley (Art.93 num.1 del C.G.P.) que hagan novedosas las pretensiones allí formuladas y, en consecuencia, sea absolutamente necesario proceder a verificar si para el momento de la reforma, ellas habían caducado o no, pues, en caso contrario, de no ser novedosa, la presentación oportuna de la demanda inicial se mantiene en todo su vigor. En efecto:

En primer lugar, reitera el tribunal que las “*apreciaciones jurídicas*” que le dan fundamento a una demanda, al no tener su carácter fáctico sino estrictamente jurídico, solamente constituyen guía para la interpretación y aplicación del derecho en su juzgamiento, como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia, por las siguientes razones:

En primer término, porque los fundamentos de derecho, no solo son las normas, los principios, la jurisprudencia y las demás fuentes del derecho, sino con mayor razón, también son aquellos juicios o razonamientos jurídicos que hagan las partes. Así lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia, contrariamente a lo que alega la convocada: Lo primero, porque la doctrina ha reconocido como fundamentación y guía para el juzgamiento que hacen los jueces “*las apreciaciones de vulneración del demandante*”, al decir que “los fundamentos de derecho no son solamente los artículos legales aplicables al caso que está en la obligación de citar el autor, sino la relación jurídica que existe entre los hechos y las disposiciones legales, **cuya violación o amenaza por el demandado**

^{68a} (Auto de unificación del 25 de mayo de 2016 del C. de Estado).

ha dado ocasión al pleito. Los fundamentos de derecho son también "*afirmaciones que.....muchas veces sirven de guía para la interpretación de la demanda...., quien al equivocarse sobre ello no da lugar a que se rechace su pretensión si además de ser clara, reúne las otras exigencias de la ley, pues solo al Juez corresponde aplicar el derecho por medio de las disposiciones positivas que regulan el caso litigioso*" (DA Mihi factum, dabo ibi ius)^(68b). En el mismo sentido también se ha manifestado la jurisprudencia al señalar que en caso de existir "*fundamento cerrado*" o "*no lo consagren con dicha claridad*", "**tales errores de apreciación, aún dándose por demostrados, no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la naturaleza del medio judicial coercitivo presentado, y tiene en esos casos el juzgador la atribución judicial suficiente para reconocerlo y consagrarlo, siempre que se halle en el derecho positivo normas legales que presten apoyo y fundamento**"^(68c).

En segundo término, porque **corresponde al juez "interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto"** respetando "*el derecho de contradicción y el principio de congruencia*" (Art.42 num.5 C.G.P.), lo cual precisamente ha hecho el Tribunal al interpretar la reforma de la demanda en el sentido de que en ellas se aducen "*juicios jurídicos*" para que se tomen en cuenta en el proceso, de acuerdo con la ley. En segundo término, porque si bien estos juicios jurídicos que se aducen en la demanda son indispensables para "*obrar..... en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales*" (Art.78, num.2 C.G.P.), lo cierto es que **corresponde al Juez "decidir"**, esto es, aplicar el derecho sea que haya o no haya ley, o que habiéndola "*sea oscura o incompleta*" (Art.42 num.6 C.G.P.), y haga en la sentencia "*los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndoles con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas*" (Art.280 del C.G.P.).

En tercer término, porque si bien algunos aspectos, como sucede con el dolo, la culpa o la arbitrariedad, pueden aducirse tanto fáctica como jurídicamente, en el primer caso se trata de una cualidad de la conducta, y en el segundo de la alusión a principios o conceptos jurídicos a tener en cuenta el juez en la interpretación y aplicación del derecho.

^{68b} Morales Molina, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Edit. Lerner. Bogotá. Pag.328 y ss.

^{68c} Corte Suprema de Justicia. Sentencia Civil G.J.Tomo XLVIII, pag. 262.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia civil al señalar que en el segundo caso “*el calificativo que en el plano jurídico corresponda*” tiene un alcance jurídico, en tanto que en el primero un carácter fáctico en el “*ámbito probatorio*”(68d).

De allí que cuando en las pretensiones tercera, sexta y novena se habla que se “*vulneran principios tradicionales de buena fe y confianza legítima al desconocer de manera inconsulta, unilateral y arbitraria el pliego de condiciones*” o “*las aclaraciones Nos. dos de.....la matriz 7.A.-1 del pliego de condiciones*”, y en los hechos décimo tercero, vigésimo cuarto y vigésimo octavo de la misma demanda alude a “*violación de los principios de buena fe y confianza legítima*” y al desconocimiento de dichas matrices (con la expresión “*violando*”) los principios de buena fe y lealtad contractuales desconociendo sus propios actos como “*abuso de posición dominante*”, claramente la demanda no hace otra cosa que solicitar la declaración de vulneración de dichos principios por parte de determinados actos (pliego de condiciones y matrices), que, al implicar una confrontación de estos con aquellos, implica una actividad judicial de interpretación y aplicación de tales principios en el ejercicio de la jurisdicción correspondiente.

Por lo tanto, en vez de tratarse de un aspecto del juicio fáctico, como hábilmente lo aduce la convocada, se trata, por el contrario, de una solicitud declarativa de vulneración jurídica de unos principios por unos actos jurídicos, cuya apreciación final le corresponde al juez dentro de la aplicación del derecho. Por lo que la alusión a estas apreciaciones no constituye ninguna novedad en la pretensión, tanto más cuando en este caso ella no es obligatoria para el juez.

En segundo lugar, tampoco encuentra el Tribunal que sea novedosa la pretensión posterior que, como perjuicios, recoge intereses moratorios, como reforma a una pretensión precedente de perjuicios limitados a “*indexación*”, porque si bien corresponden a conceptos específicamente distintos, ambos se encuentran como parte y especies del concepto genérico de perjuicios, con lo cual tan solo hay una precisión de ellos.

1º.-5.- Promoción oportuna de las pretensiones no novedosas de la reforma de la demanda.- Entonces, **no siendo estos factores jurídicos una alteración de las pretensiones de la demanda** que generen novedad de las pretensiones, la oportunidad

^{68d} Sentencia Corte Suprema de Justicia. G.J. LXXIX, pag.91

de la formulada con la demanda inicial, deja en firme las reformas mencionadas. Porque si habiendo terminado el contrato el 28 de febrero de 2018 y debiendo haberse liquidado convencionalmente (entre el 1º, de marzo y el 1º. de septiembre de 2018) o unilateralmente (entre el 1º. de septiembre y el 2 de noviembre de 2018), el plazo posterior de los dos años para promover dicha acción (entre el 3 de noviembre de 2018 y el 3 de noviembre del 2020), previa deducción del plazo de suspensión por la pandemia (de tres meses y dieciséis días, comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de junio del 2020), que aquí se adiciona (que va entre el 3 de noviembre de 2018 hasta el 19 de febrero de 2021), permite inferir que el plazo para la formulación de esta acción solo se vencía el 19 de febrero de 2021. Por lo que, **si la demanda inicial** fue presentada oportunamente el 28 de febrero de 2020 **y su reforma sin pretensiones novedosas** lo fue el 23 de febrero de 2021, **no puede menos que concluirse** que aquella es la que se tiene en cuenta y se encontraba en tiempo. Por lo que la pretendida caducidad excepcionada fracasa.

1º.-6.- Intrascendencia de la excepción con relación a las pretensiones inadmitidas o improsperas.- De allí que teniendo en cuenta la trascendencia de la mencionada excepción de mérito, ella, entonces, resulta superflua con relación con las pretensiones contenciosas segunda, tercera y décima tercera. Porque aquella no hace parte de este proceso por haber sido inadmitida su reforma; y porque las últimas si bien hacen parte del mismo, tampoco **tienen alcance de prosperidad.**

2º.- Primera excepción. Prescripción del derecho al cobro de la factura.- En ella la convocada aduce como excepción la prescripción del derecho al cobro de facturas que detalla posteriormente, porque estima que no se adoptaron los procedimientos previstos en el contrato y no se reclamaron dentro de los tres (3) años siguientes a su vencimiento (Art. 789 del C. de Co.).

En este aspecto no le asiste razón a la excepcionante, de una parte, porque ningún procedimiento contractual es impeditivo de la acción judicial que aquí se formula (Art. 13, inciso 2º., C.G.P.); y de la otra, porque siendo la prescripción alegada, la de títulos valores, en manera alguna afecta la acción cuya obligación aquí se reclama, que es la de conocimiento de responsabilidad del contrato, ya que si la emisión de un título valor no extingue la obligación fundamental del contrato (Art.643 del C. de Co.), **tampoco**

extingue la acción para reclamar la obligación y responsabilidad contractual correspondiente (Art.1527, inciso 2º. C.Civil).

En consecuencia, no es prospera la excepción mencionada.

3º. Tercera excepción de contrato no cumplido.- Dice la convocada que la convocante incumplió con la prestación de servicios a usuarios de la región cinco por la cual fue condenado el Fondo a reembolsar los costos sufragados a los usuarios Marleny Mojica Gómez, Ana Mercedes Carvajal H., Rosa Aminta Bermón Arocha, Stella Paulina Ojeda, y que tampoco entregó el paz y salvo de la red contratada. Y agrega en las alegaciones en el caso de Saúl Criado Casadiego, el precario indicador de suministro de medicamentos.

Delanteramente precisa el Tribunal que si la excepción de contrato no cumplido es aquel medio exceptivo que otorga a un demandado la defensa de no encontrarse en mora por no haber cumplido lo pactado, mientras el demandante no cumpla en forma grave o no se allane a cumplir sus obligaciones derivadas de un contrato bilateral (Art. 1609 del C.Civil), ella no la encuentra prospera el Tribunal en el presente contrato de prestación de servicios médico asistenciales (Arts.968, 973 y 822 del C. de Co. y Art.2063 y 2056 del C.Civil), por las siguientes razones:

En primer lugar, no encuentra el Tribunal que esté llamada a tener éxito la excepción de contrato no cumplido que la convocada funda en haber sido condenado el Fondo a reembolsar los costos sufragados a los usuarios arriba mencionados, debido a que no aparecen demostradas en forma clara e inequívoca las exigencias legales pertinentes.

En primer término, porque si los fallos que la misma convocada reconoce fueron proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud contra el Fondo, en su calidad de "*Entidad promotora (en este caso, administradora del régimen especial del Magisterio) de salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*", conforme lo dispone el Art. 41 de la Ley 1122 de 2007, razón por la cual fue condenada al reembolso de los costos sufragados, es lógico entender que en dicho proceso lo juzgado fue la relación entre los afiliados amparados y el garante del derecho a la salud en el incumplimiento de dicha garantía, **siendo, entonces, ajeno este aspecto al cumplimiento o no de las obligaciones** por parte del prestador de salud.

En segundo término, porque en el evento en que en dichos procesos se hubiese juzgado la relación contractual entre el prestador de salud y el FOMAG, señalándose el incumplimiento de aquel en contra de éste, **ese hubiese sido el escenario** para que este último adujese la excepción de contrato no cumplido, que ahora se alega en el proceso arbitral.

En tercer término, porque siendo la excepción de contrato no cumplido un medio de defensa que tienen los contratantes para abstenerse de cumplir obligaciones derivadas de un contrato bilateral, dicha situación no ocurriría en el presente caso, porque **habiéndose prestado el servicio y concluido el contrato**, que, a juicio de la convocada, causa el perjuicio referente al "*reembolso de los gastos*", lo procedente sería entonces la correspondiente acción indemnizatoria (Arts.2063, 2056, 1614 y concord. del C.Civil).

En cuarto término, por cuanto tratándose el contrato incumplido de un contrato de ejecución periódica de muchos años con contraprestaciones periódicas, el Tribunal no encuentra demostrada **la relación causal suficiente** que autorice la excepción de contrato no cumplido. De un lado, por cuanto no precisa la incidencia de esos incumplimientos de prestaciones de servicios a dichos usuarios, dentro del contexto de las prestaciones periódicas y la totalidad de las prestaciones del contrato de prestación de servicios, ni tampoco a su garantía de cumplimiento (Arts.971, 973 y 873, inciso final, 822 del C. de Co. y Art. 2063, 2058 y concord. del C.Civil); y porque, en su defecto, tampoco aparece probada dicha incidencia.

Pues el incumplimiento probado que aduce la convocada y atribuye a la convocante, **no tiene la gravedad cuantitativa y material que justifiquen el incumplimiento** de las obligaciones por parte de la convocada (Arts.40 y 41 de la Ley 80 de 1993 y 1609 del C.Civil). Puesto que **se trata del incumplimiento** de aquellas referida a cinco (5) usuarios, frente a un total de usuarios de más de doscientos mil; y, del otro, porque no se encuentra acreditado ningún otro tipo de gravedad referida al tipo de servicio que requerían dichos usuarios, o, por lo menos, las que se mencionan no son comparables ni siquiera con las del cumplimiento de prestación de servicios de alto riesgo. Y lo mismo puede decirse del defecto en el "*precario indicador del cumplimiento*", pues no aparece acreditada su gravedad frente al cumplimiento del contrato en general.

Además, tampoco encuentra el Tribunal Demostrada la existencia de una "*gravedad del incumplimiento de la convocada*" de tal magnitud que hubiese permitido justificar dar por terminado el contrato, que implicaba la prestación de servicios médico asistenciales (Art.973 C. de Co.). Ni tampoco aparece demostrado de que el suministrado, aquí la convocada, hubiese reconocido dicha gravedad y, consecuentemente, hubiese ejercido los poderes coercitivos de la multa (consagrado en la cláusula trigésima novena del contrato), o hubiese ejercido no solo una constante vigilancia que hubiese permitido no solo determinar la gravedad de los incumplimientos ocasionados, sino también la corrección, y, si fuere el caso, la acumulación de los mismos (Art. 973 C. de Co.).

En segundo lugar, porque tampoco encuentra el Tribunal que exista **una relación causal entre el incumplimiento aducido a la convocante de la falta de presentación del paz y salvo de la "red contratada"**, con el incumplimiento por parte de FOMAG, de las remuneraciones por otros conceptos que se generaron durante la ejecución del contrato como el incumplimiento que se genera como efecto de la liquidación del contrato. Por lo que, entonces, si dicha excepción no descansa en el incumplimiento previo del prestador del paz y salvo, no existe una relación causal, ni tampoco concomitante o simultánea, que justifique dicha defensa. Por lo que, entonces, esta resulta infundada.

Lo anterior también se ratifica si se tiene en cuenta que aquellos incumplimientos obedecen a una prestación de servicios ejecutados, y, por tanto, han debido cancelarse o, según el caso, reembolsarse durante la ejecución del contrato y antes de su terminación. Por lo que, entonces, **no podía el FOMAG abstenerse de cumplir previamente todas las prestaciones periódicas** que se le generaban durante la ejecución del contrato, para aguardar a su terminación posterior y, entonces, proceder extemporáneamente en la etapa de la liquidación a abstenerse de realizar dichas cancelaciones hasta tanto se expidiera el paz y salvo de la red contratada, pues aquellas debían hacerse de manera previa y periódica. Además, dentro de los efectos de las obligaciones que se derivan de la ejecución de la relación contractual, **tampoco encuentra el Tribunal que exista una reciprocidad contraprestacional entre las obligaciones periódicas previas de las remuneraciones por servicios y la presentación de paz y salvo de la red contratada;** ni tampoco ellas se derivan de un mismo acto liquidatorio. Pues no hay liquidación convencional, ni tampoco "*acto administrativo motivado*" como se desprende del parág 1º. de la cláusula décima del contrato, que señale, de una parte, que existan "*deudas de la suma de dinero*", y, de la

otra, que para su cancelación se requiera el mencionado paz y salvo. Por este motivo, también resulta infundada la mencionada excepción.

Pues era el FOMAG quien estaba obligado a cumplir previamente la ejecución del contrato en dichas remuneraciones, debido al carácter periódico de las mismas (Art.968, 971 y 873, inciso final del C. de Co.), siendo muy posterior y después de la liquidación la obligación del prestador en relación con el paz y salvo. Sin embargo más detalles sobre el particular se expresarán en el análisis de la excepción vigésima.

Por lo tanto, dicha excepción **no se encuentra probada y, por consiguiente, no está llamada a tener éxito.**

4º.- Cuarta excepción. Inaplicación legal especial.- Dice la convocada que siendo inaplicables los plazos de la ley 1438 de 2011 y del Decreto 4747 de 2007, las pretensiones no están llamadas a tener éxito.

Primeramente, precisa el Tribunal, como arriba quedo expuesto, que no obstante que el Art. 279 de la Ley 100 de 1993 establece un régimen especial para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, que hace inaplicable la Ley 1438 de 2011, y el Decreto 4747 de 2007 solo aplicable a ciertas "*Entidades responsables del pago de servicios de salud*" (Art. 57 Ley 1438 de 2011 y 3º. del Decreto 4747 de 2007), lo cierto, como arriba quedó expuesto (Supra No.2.2.1.A.c), es que dichas normas le son aplicables al Fondo, de una parte, no porque sean normas directas relacionadas con las prestaciones sociales, sino porque, por el contrario, son normas relativas a la contratación entre las Entidades a cuyo cargo deben prestarse los servicios de salud y los prestadores de salud, y, de la otra, porque el mismo Art. 2º. del Decreto 4747 de 2007 incluye expresamente su aplicación a las entidades administradoras de salud.

En segundo término, porque tratándose, en el caso sub examine, una controversia de tipo contractual de prestaciones de servicios de salud, resulta pertinente su aplicación, debido a la regulación de esos contratos.

Por lo tanto, también es infundada esta excepción.

5º.-Quinta Excepción. Ausencia del derecho al pago de facturas.- Señala la convocada que la convocante estaba sujeta a la cláusula novena del contrato consistente en que *"ningún pago será exigible ni podrá efectuarse por la Fiduprevisora S.A."* mientras el contratista no cumpla con determinadas exigencias, que impiden las pretensiones formuladas en este proceso.

Como quiera que la cláusula novena mencionada no se refiere a la exigibilidad de todos los pagos por parte de la Fiduprevisora S.A., sino a algunos, que se encuentran condicionados, resulta inexacta en su alcance e infundada dicha excepción en el presente proceso.

En primer término, porque teniendo dicha cláusula **un alcance solamente extrajudicial**, resulta impertinente su alegación como fundamento de dicha excepción en el presente proceso arbitral. En efecto, si bien la mencionada cláusula señala que *"ningún pago será exigible"* a Fiduprevisora S.A., lo cierto es que se trata de una regla **para la reclamación extrajudicial** de las contraprestaciones pertinentes, pero no para las reclamaciones judiciales. Porque, además **de no ser una condición** para el ejercicio de las acciones judiciales contractuales (Art.13 del C.G.P.), ella resultaría ineficaz en este tipo de controversia.

En segundo término, porque aun cuando para la **reclamación extrajudicial** se hubiesen indicado las condiciones de su exigibilidad, como el otorgamiento de garantías aprobadas, la entrega de informes financieros, el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato o pliego de condiciones, etc, lo cierto es que en el caso presente, teniendo en cuenta que, según el principio de la carga dinámica (Art. 167, inciso 2º. del C.G.P.), corresponde al FOMAG ante quien se presentan las facturas, la prueba de ella y de sus anexos, no aparece acreditado el incumplimiento de las condiciones al momento de la reclamación extrajudicial. Por lo que, entonces, no aparece demostrada la deficiencia formal de las facturas, ni ausente de acreditación el derecho al pago de éstas por falta de cumplimiento de las condiciones, tal como lo aduce la convocada.

En tercer término, porque si todo contratante que suministra un servicio, en este caso el prestador de servicios médico-asistenciales, **tiene el derecho a elaborar, presentar y reclamar el cobro del valor de las facturas**, cuando quiera que se cumplan las

condiciones pactadas o, en su defecto, cuando quiera que se hagan exigibles cada una de las “*prestaciones cumplidas*”, desde luego, “*en proporción*” a la ejecución de éstas últimas (Art.824, 871, 873 inciso 1º., C. de Co.), ello obedece a que dicho derecho a reclamar la contraprestación correspondiente a las prestaciones cumplidas que precisamente se han hecho exigibles, se funda en dicha ejecución independientemente de la eventual mora o incumplimiento de las posteriores prestaciones y sin que ello autorice al suministrado o comitente para incumplir con el valor de lo ejecutado.

Lo primero encuentra su explicación en el referido contrato de prestación de servicios médico asistenciales, caracterizado en la autonomía de cada uno de las prestaciones de estos servicios periódicos, y **en la autonomía de cada una de las contraprestaciones, las cuales, se repite, se consideran autónomas en cuanto a la exigibilidad y cumplimiento de las mismas.**

Y lo segundo obedece a que, en caso de incumplimiento posterior de otras obligaciones por parte del prestador que provee los servicios, si bien el suministrado, como parte perjudicada en el contrato, **tiene la facultad o el derecho de “merma” los “suministros sucesivos”, bien sea absteniéndose o suspendiendo su ejecución futura (en una modalidad de la excepción de contrato no cumplido), o bien reduciéndolos, con la consiguiente abstención o no cancelación de las contraprestaciones correspondientes, o, en su caso, procediendo a la terminación hacia el futuro de las prestaciones tendientes (Art. 973 del C. de Co.,** no es menos cierto que el referido derecho de la parte perjudicada, de un lado, no impide “**la exigibilidad y cobro**” por parte del contratista de las prestaciones de servicios ejecutadas (Art. 873, inciso final, del C. de Co.), y, del otro, tampoco elimina el derecho del suministrado “**a pedir la indemnización** de servicios a justa tasación” (Art.973, inciso final, C. de Co.). De allí que, no tratándose, en el caso sublite, de una excepción fundada en la merma o “*reducción*”, ni de la “*terminación*” del suministro de servicios hacia el futuro, ni tratándose de hechos que afecten el derecho al cobro de las facturas por servicios ejecutados, la excepción sub examine, no está llamada a tener éxito.

Por lo tanto, resulta infundada dicha excepción.

6º.- Sexta excepción.- Inexistencia de aval o purga de situaciones contrarias a derecho.- En esta excepción manifiesta la convocada que nadie puede adquirir derechos

o expectativas legítimas de situaciones que en su génesis han contrariado o desconocido el marco normativo que las rige, así hayan actuado de buena fe y con confianza legítima, pues éstas no impiden que pueda "*revisar las actuaciones e, incluso, modificarlas y afectar el derecho*".

En este aspecto de la fundamentación le asiste razón al excepcionante y al agente del Ministerio Público, pero no en los efectos de su aplicación al caso sub examine, tal como se expone a continuación.

En primer lugar, porque ciertamente nadie puede derivar derechos o expectativas de **situaciones irregulares**, en lo cual, siguiendo la jurisprudencia y la doctrina, le asiste razón (Art.28 Ley 80 de 1993).

En segundo lugar, porque, al contrario de lo afirmado por el excepcionante y el agente del Ministerio Público, en el caso sub examine **no producen los efectos de enervar lo demandado** por pretensión de prestaciones de servicios de alto costo. En efecto:

Previamente precisa el Tribunal que lo afirmado por la convocada parte de la base de la contrariedad con el marco normativo y para la eficacia consecucional, ella resulta inaplicable en este caso. Pues lo primero indica la necesidad de que exista "*irregularidad o contrariedad*" con el derecho y de que ésta preexista, pues no habiéndola, porque nunca la hubo o la hubo pero se aclaró o se extinguió, en ese evento deja de persistir la irregularidad. Por lo que, en este evento, sería infundada la excepción mencionada. Y lo segundo, porque existiendo y persistiendo la irregularidad, también será necesario recurrir al ordenamiento jurídico correspondiente que indica, en unos casos, **cómo se corrige o se subsana**, y, en otros, cómo se elimina dicha situación irregular, eventos en los cuales ella desaparecería.

Luego, siendo así las cosas, **no encuentra el Tribunal irregularidad en la aplicación de dicha regla en los cobros y en los pagos que se hicieron con base en la interpretación (cons. Supra No. 2.2.1.A.g.2º.-2 y No.4.1.B.c.5º.-3 y 5º.-4) hecha con la aplicación práctica de su reconocimiento, por las siguientes razones:**

En primer término, porque estando autorizada por la ley la celebración de contratos estatales (Arts.40 y 41 de la Ley 80 de 1993), las partes contratantes, en virtud del principio de la **autonomía privada**, estaban autorizadas legalmente para convenir reglas sobre la remuneración de la prestación de servicios de alto costo.

En segundo término, porque en ejercicio de **la libertad contractual** mencionada, las referidas partes podían expresar libremente su convenio, bien en forma clara, oscura o ambigua, o contradictoria, sin que, por este motivo, incurriesen en contrariedad normativa.

En tercer término, porque si **la ley reconoce los diversos tipos de interpretación**, tanto unilateral como bilateral, declarativa o de aplicación práctica (Arts. 15 y 28 de la Ley 80 de 1993, Arts. 968, 822 y concord. del C. de Co.; Arts.2063, 2056, 1618 y concord. del C.Civil), ello implica no solo el reconocimiento de la posibilidad de existencia de cláusulas ambiguas y contradictorias, sino también la facultad de que gozan las partes y el juez para **interpretar las cláusulas oscuras o ambiguas y para conciliar las cláusulas contradictorias**.

En cuarto término, porque cuando la ley autoriza la celebración de contratos estatales, comprometiendo los **“recursos del estado”** (Arts.25 num.13 de la Ley 80 de 1993), también **se está reconociendo la posibilidad de que su interpretación afecte el alcance de los recursos del Estado dentro de los límites de la constitución, de la ley y del orden público** (Arts.40 y 41 Ley 80 de 1993) sin que con ello se esté contrariando el marco normativo contractual pertinente. Por lo que la autoridad judicial competente en las controversias contractuales, incluida la arbitral competente por supuesto, puede, dentro de esos límites, imponer obligaciones a cargo de dichos recursos (Arts. 116, 29, 90, 345, 201 num.1 y concord. de la Const.Pol.; Art.50 y concord. de la Ley 80 de 1993; y Arts. 1º. y ss. de la Ley 1563 de 2012)

En quinto término, porque, concordante con lo anterior, las partes contratantes, conforme a derecho, también pudieron hacer **aplicación práctica de esas cláusulas contradictorias**, dándole aplicación, durante un período, a la UPC, en tanto que no hubo consenso (debido a la controversia sobre la aplicación de la UPCM) no se le dio aplicación a dicha unidad.

Por lo que el Tribunal no encuentra fundamento legal alguno en lo que aquí se aduce como defensa.

Lo uno, por cuanto **no ha habido irregularidad en dicho reconocimiento y pago**. Pues, como quiera que la convocante solo ha tenido **éxito en el carácter vinculatorio** que, conforme a la ley, ha reclamado respecto a la remuneración de los servicios de alto costo en valores superiores al quince por ciento (15%) de la UPC, que se habían prestado, liquidados y pagados de común acuerdo en forma tácita, esto es, que se habían ejecutado y cumplido conforme a la ley; dicha excepción resulta, en este aspecto, infundada. Pues no se trata, como atrás se dijo de ninguna situación irregular (Supra No.2.2.1.A.g.2º.-2).

Y lo segundo, porque si hubo interpretación común vinculante para los pagos realizados y para las obligaciones pendientes de pago, tal como se dijo en su oportunidad, no puede menos que entenderse que se encuentra ajustada a derecho tanto la ejecución efectuada como la reclamación solicitada en el presente proceso, a tal punto que han prosperado las pretensiones primera, tercera y cuarta. Por lo que, entonces, no habiendo situación irregular en los pagos efectuados, ni tampoco irregularidad alguna en el reconocimiento de las condenas al pago de las obligaciones pendientes por servicios de alto costo, que se efectúa en el presente Laudo, a lo cual nos remitimos, la referida excepción carece de fundamento por las razones antes expuestas.

7º.- Séptima excepción.- No modificación unilateral, ni arbitraria.- En esta excepción la convocada manifiesta que no hubo modificación unilateral, ni arbitraria de la base para otorgar habilitación a dicho Fondo para obtener los reembolsos de alto costo, ni con ella lesionó la buena fe y la confianza legítima de la Unión Temporal, porque, además, tampoco tenía derecho al pago de las facturas de alto costo. La convocada se funda en que si bien *“lo..... que se evidenció que había ocurrido”* era *“un yerro que no podía generar derecho alguno a favor de la convocante”*, también lo era que tanto el pliego como la cláusula octava del contrato establecían solo remuneración cuando los rubros sobre pasaren *“el quince por ciento (15) de la UPCM regional”*. Por lo que lo que hizo el Fondo, mediante la auditoría contratada, no fue modificar el contrato, que requería *“acuerdo escrito”*, sino establecer dichas glosas por *“ausencia del derecho al pago de la última cápita del contrato y de los saldos finales del mismo”*.

Al respecto, **tiene razón la excepcionante en que no hubo modificación del contrato**, pero no la tiene en cuanto a su ejecución, ya que, como se vió, no hubo ejecución o pago indebido con base en la UPC, sino que, por el contrario, hubo "interpretación bilateral práctica del contrato", a pesar de que ella aparezca diferente al tenor literal de otra cláusula (la de UPCM).

Así mismo, también tiene razón la convocada como arriba quedo expuesto, que, por la contemplación de diferentes bases para el cálculo del derecho al reembolso, una en valores superiores al quince por ciento de la UPC y otra con valores superiores al quince por ciento de la UPCM, detectado posteriormente, **el Fondo "cambio de criterio" de interpretación frente a la práctica de común acuerdo precedente a la liquidación**. Pero que, basado en las estipulaciones contractuales mencionadas, generó una diferencia interpretativa impidiendo de allí en adelante la vigencia del consenso anterior, para efecto de oponerse ante todo a las pretensiones primera, tercera y cuarta, y fundar su demanda de reconvención.

Pero en vista de que dicha interpretación común anterior no solo fue hecha en forma práctica sino también declarativa, en la cual inequívocamente se acogió que el sentido del tope era el quince por ciento (15%) de la UPC, y que, como se vio, tuvo un alcance vinculatorio no solo para las facturas de servicio de alto costo presentadas y pagadas, sino también para las facturas de servicios de alto costo cuyo pago quedo pendiente; concluye el Tribunal que si bien esta interpretación sobre el tope necesario para la procedencia del recobro por servicios de alto costo, no modificó el contrato, mucho menos lo hizo el cambio de interpretación por el FOMAG, también lo es que esta interpretación unilateral posterior, tampoco modificó la interpretación bilateral anterior. Por lo que, entonces, esta interpretación no impidió ni extinguió la interpretación bilateral anterior, que dio lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal sobre recobro por prestación de servicio de alto costo.

Por consiguiente, por estas razones la excepción también resulta **infundada**.

8º.- Octava excepción.- Ausencia del nexo causal en el incumplimiento por alto costo y el daño reclamado.- Dice la excepcionante que como quiera que la cuarta pretensión de la reforma es consecuencial de la primera y tercera, y no existe un nexo

causal entre aquella y éstas, porque contempla el pago de una serie de facturas, tampoco debería acogerse la pretensión cuarta.

Al respecto le asiste razón al excepcionante porque efectivamente siendo la pretensión cuarta consecencial de las pretensiones primera y tercera, resulta lógico establecer la conexidad correspondiente.

Pero, en cambio, encuentra el Tribunal que la convocada desacierta en su argumentación sobre la inexistencia del nexo causal entre dichas pretensiones. Porque si la pretensión cuarta se refiere a "*condena por el pago en la prestación de servicios de alto costo*", y ella fue formulada en forma "*consecencial*" de las pretensiones "*primera y tercera*" que, en su orden, se refieren al incumplimiento del pago de "*servicios médicos de alto costo*" y a "*la vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima....de la Adenda No.1 del 12 de enero del 2012*", también referida a dichos "*servicios*", no puede menos que entenderse una conexidad entre dichas pretensiones, en el sentido de que, por el incumplimiento del contrato en el pago de la prestación de dichos servicios, resulte consecencialmente procedente su condena, por la vulneración de aquellos principios.

Por consiguiente, la excepción resulta **inane**.

9º.- Novena excepción.- Ausencia de incumplimiento en servicios de salud ocupacional.- Señala la excepcionante que la convocante solo tenía derecho a la remuneración por prestación de servicios de salud ocupacional, de acuerdo con el marco de las matrices 3 A-1 y 7 A-1 hasta un límite de cincuenta mediciones de actividades medio ambientales, por lo que **al no haberse autorizado** por la Gerencia de Salud del FOMAG (de acuerdo con las aclaraciones hechas a la Adenda No.1), carecían de derecho sobre estas últimas.

Como quiera que en ello **le asiste razón a la convocada** y dicha alegación, como se dijo en su oportunidad, constituye uno de los requisitos para el derecho a la remuneración correspondiente, que no fuera demostrado, dicha pretensión no resulta prospera. Por lo que, entonces, esta excepción también **resulta superflua**.

10º.- Décima excepción. No emisión de nuevas matrices.- Alega la convocada que no emitió nuevas matrices 7 A-1 sino que, con posterioridad a las aclaraciones No.2 del

19 de enero de 2012, se establecieron las metas, en virtud de las cuales las actividades que las superara se "*podían hacer cuando (fueran) sean autorizadas previamente por la gerencia de salud de FOMAG, y se demuestre su ejecución*", lo que no ha ocurrido.

Al respecto, encuentra el Tribunal que **le asiste razón a la excepcionante** al señalar que superado el tope programado, en este caso, de cincuenta revisiones medio ambientales era necesaria "*autorización de la Gerencia de Salud de FOMAG*" y ejecución, que, a pesar de ser convenida "*en forma previa*", nada obsta para que igualmente pudiera ser convenida expresa o tácitamente en forma posterior, tal como cuando sin autorización previa, con posterioridad a la ejecución se aprueba. Lo anterior obedece a que la facultad de autorización es una expresión del control del cumplimiento de las metas que corresponde al FOMAG, razón por la cual puede ejercerse antes o después, lo que en el caso sub examine no se expidió.

De allí que si bien le asiste razón al FOMAG, lo cierto es que, por tratarse de un requisito para la exigencia del derecho, el cual no fue demostrado en este proceso, ello impidió la prosperidad de la referida pretensión. Por lo que si esta excepción aspiraba a extinguir dicha pretensión, se concluye que ella cae en el vacío y, en consecuencia, **resulta superflua.**

11º.- Undécima excepción. Improperidad consecuencial.- Afirma la excepcionante que la improperidad de la pretensión séptima se presenta de manera consecuencial a la improperidad de las pretensiones quinta y sexta porque se refiere a salud ocupacional de las cinco (5) facturas allí solicitadas (1536, 1556, 1586, 1640 y 1674), perteneciente a la reforma de la demanda, respecto de las cuales "*no existe pretensión declarativa autónoma, tal como se expusiera en su oportunidad (Supra No.4.1.B.b.3º.1.), debiéndola haber*".

Sin embargo, estima el Tribunal que dentro de una interpretación sistémica e integral de la demanda, entre las peticiones y los hechos que aduce como fundamento, encuentra una armonía e integración entre ella, siendo entonces innecesaria la formulación previa de una "*pretensión declarativa*". Por lo que resulta infundado el defecto aducido.

Por consiguiente, **tampoco tiene éxito esta excepción.**

12º.- Duodécima excepción. Ausencia de incumplimiento por supuesto subregistro.- Manifiesta el FOMAG que no existe incumplimiento contractual de este Fondo por el **supuesto subregistro** de "*novedades con legítimo derecho a servicios de salud*", porque según el numeral 1.2. del apéndice 5A corresponde al contratista "*realizar, de manera diaria, la actualización, mantenimiento y depuración de la base de datos de beneficiarios de los docentes*" y el reporte de "*las novedades de ingresos y retiros de usuarios antiguos o nuevos y sus datos básicos de afiliación, con el de que la Fiduprevisora S.A. efectúe los correspondientes ajustes para el pago*"; de tal manera que "*el contratista, responderá por la permanencia o no de tales beneficiarios en el régimen de excepción y en especial, por el valor de la UPCM de tales usuarios*", caso en el cual la "*Fiduprevisora S.A. descontará del valor mensual del contrato el valor correspondiente*" (6.4. del anexo técnico-operativo). Además, dice que la Unión Temporal tenía pleno acceso a la plataforma HEON, sin que fuera necesario acudir a la plataforma "MERES", porque aquel era el único Software dispuesto por FOMAG.

Como quiera que el Tribunal ha encontrado acreditado que hubo un incumplimiento no solo del contratista sino también del contratante en la integración de la base de datos, indispensable para la prestación del servicio y para la elaboración de la base de datos para pago, **encuentra el Tribunal que tiene razón el excepcionante en el incumplimiento de la convocada, pero no en la forma planteada (unilateral), sino en el sentido de que fue mutuo (bilateral)**. Por lo que, resulta parcialmente fundada dicha excepción en los términos en su oportunidad expuestos, es decir, que **hubo mutuo incumplimiento de los contratantes en la integración y ejecución de la base de datos del contrato, sin consecuencias indemnizatorias (Supra No.4.1.B.c.6º. y 7º.)**.

Por esta razón, si bien este mutuo incumplimiento **exonera a los contratantes de las consecuencias moratorias extrajudiciales** en la elaboración y comunicación de la base de datos, también lo es que no impide el reconocimiento en este proceso arbitral de la existencia de las prestaciones debidas que se han incumplido, mediante la no inclusión oportuna de las novedades de los usuarios que han debido reportarse.

Por lo anterior, esta excepción al final también resulta impróspera como medio impeditivo de dicho reconocimiento.

13º.- Décima tercera excepción.- Ausencia de intereses por subregistro de novedades.- Expresa el FOMAG que por inaplicación del Art.56 de la Ley 1438 de 2011 resulta impertinente hablar de intereses moratorios a partir del primer día del mes siguiente de la notificación del reporte de la novedad.

Como quiera que en la pretensión novena, no se acogió la petición de intereses moratorios en la forma como fuera solicitada, sino a partir del requerimiento judicial establecido en la ley (Art.94, inciso 3º. C.G.P.), dicha excepción resulta inane (Supra No.2.2.1.B.b.3º.3. y No.4.2.2.B.b.3º.1) y, por tanto, **impróspera** como tal.

14º.- Décima cuarta excepción.- Ausencia de incumplimiento por descuento o retiro de las bases de datos a los multifiliados.- Expresa la convocada que habiéndose liquidado y pagado a multifiliados, cuando eran cotizantes del seguro social y beneficiarios del FOMAG, no solo se justificó su retiro de la base de datos, por estar excluidos expresamente como beneficiarios del sistema general de salud (Art.14 Decreto 1702 de 2002), sino también constituye fundamento para la devolución correspondiente, tal como lo solicitan en la demanda de reconvención.

Sobre el particular, reitera el Tribunal, como arriba quedó expuesto, que si bien le corresponde al FOMAG participar en la depuración de la base de datos con la colaboración del contratista, también lo es que su eficacia **en principio solo es hacia el futuro**, y que, en garantía de la buena fe y confianza legítima del contratante, solamente puede afectar las inclusiones pasadas hechas de manera dolosa, fraudulenta o abusiva (Supra No.4.2.2.B.c.5º.-4-7º.).

Luego, si en el presente litigio no aparece demostrada alguna de estas circunstancias, resulta entonces **infundada esta excepción**, y así se reconocerá.

15º.- Décima quinta excepción.- Ausencia del derecho al pago de facturas de tutela.- Manifiesta la excepcionante que la convocante carece de derecho al pago de las facturas de tutela reclamadas en las pretensiones décima y décima primera por haber sido glosadas por el auditor médico por defectos formales (no anexar rips, soportes, historias clínicas completas, requisitos tributarios, factura de compra de insumos y medicamentos, etc.), valores mayores a los auditados, facturas no reconocidas y presentación con varios meses de retraso.

Sobre el particular encuentra el Tribunal que, si bien las deficiencias anotadas afectan la reclamación extrajudicial e impiden la causación de intereses moratorios, en la forma solicitada, no lo es menos que en el presente proceso arbitral de conocimiento pleno, al haberse demostrado parcialmente las pretensiones allegadas, sin que, por el contrario, aparezca prueba que la impida o extinga, se concluye en que respecto a esta reclamación, tal como se dijera en su oportunidad (Supra No.4.2.2.B.d.) se encuentre acreditado el derecho a la reclamación solicitada y demostrada, que, como en su oportunidad se dijo, asciende a la suma de \$3.251.497.385

Por lo tanto, se declara **no probada** la referida excepción de ausencia del derecho al pago de las facturas de tutela.

16º.- Décima sexta excepción.- Improcedencia de cobro por doble vía.- Aduce la convocada la improcedencia de las pretensiones primera, tercera y cuarta porque se han cobrado facturas de alto costo, que relaciona, tanto en proceso ejecutivo como en este proceso arbitral, así como tutelas tanto en el proceso correspondiente como en el presente.

Sobre el particular precisa el Tribunal que, además de no tratarse de una **excepción de mérito sino procesal**, en cuanto pretende afectar al proceso arbitral, impidiéndolo, que por sí misma daría lugar a su rechazo (Art.21, inciso 2º., Ley 1563 de 2012), tampoco encuentra el Tribunal que se haya probado que exista sustancialmente "**un doble pago por la misma obligación**", sino la reclamación de **una obligación insoluta** en vías procesales diferentes, con soluciones distintas.

Por tanto, es **infundada esta excepción**.

17º.- Décima séptima excepción. Ausencia de derecho por promoción y prevención.- Aduce la convocada la ausencia del derecho en favor de la convocante al pago de las facturas de promoción y prevención que reclama en las pretensiones décima segunda y décima tercera, de un lado, porque no ha presentado "*el paz y salvo de la red contratada*" y, del otro, porque en virtud del proceso de depuración de las bases de datos, no es posible reconocer los servicios cobrados en relación con usuarios depurados.

Con relación a dicha defensa, reitera el Tribunal, de una parte, que **no pudiendo ser retroactivo el proceso de depuración** de la base de datos (supra No.4.1.B.a.2º.), ni habiéndose demostrado **dolo, fraude o abuso en su elaboración**, no se justificaba la extinción del derecho sino a lo sumo la exigibilidad del mismo, hacia el futuro dentro de la ejecución del contrato, y, del otro, porque, como se dijo en su oportunidad, la exigencia del paz y salvo de la red contratada se encontraba condicionada a la liquidación unilateral y de manera formal por acto administrativo (cláusula décima del contrato) tal como se ha dicho.

Por tanto, **carece de fundamento esta excepción.**

18º.- Décima octava excepción.- Inexistencia de saldo a favor de la convocante.- Expresa la convocada que no existe "*saldo a favor de la convocante por auditoría de segundo orden a facturas de alto costo*", de una parte, porque las cuarenta (40) facturas por reembolsos de servicios de alto costo que fueron **pagadas anticipadamente por acuerdos especiales** en reconocimiento, no tienen saldo a favor, y porque, además, todos los acuerdos especiales de reconocimientos y pagos (Nos. 1 a 7) desde el 2012 hasta el 2014, **tienen una renuncia explícita**, que destruyen dicha pretensión.

Al respecto, encuentra el Tribunal que tiene razón la excepcionante de manera parcial solamente en **los pagos, pero no en los saldos y en el alcance de la renuncia.**

En primer término, porque ciertamente aparece de manera inequívoca en dichos acuerdos **los pagos fueron efectuados** dentro de la ejecución del contrato.

En segundo término, porque, por el contrario, de dichos **acuerdos, ni del correcto alcance de la depuración para la liquidación, puede desprenderse que haya un saldo** no a favor de la convocante, sino a favor de la convocada, por lo que en su oportunidad no se tuvo en cuenta en dicho punto el dictamen pericial decretado y practicado en este proceso arbitral. En efecto:

Si bien los referidos pagos fueron fruto de acuerdos especiales para permitir la continuidad de la ejecución del contrato, también lo es que la llamada **depuración final** para la liquidación del contrato, tal como se dijera en su oportunidad, si bien era procedente para

efecto liquidatorio, también **lo era exclusivamente para el establecimiento de la valoración cuantitativa de las prestaciones pendientes**. Por lo que carecía de la virtualidad de **reliquidar valores y prestaciones ejecutadas, esto es, de estructurar nuevos valores para la prestación de servicios de alto costo, abandonando valores superiores al quince por ciento (15%) de la UPC para tomar valores superiores al quince por ciento (15%) de la UPCM, reliquidar valores de las prestaciones de servicios de alto costo ejecutadas, ni mucho menos podía eliminar retroactivamente la valoración antes tenida en cuenta para las prestaciones de dichos servicios hasta ese momento ejecutadas**. Por lo que, al ser ineficaz esta reliquidación contenida en la mencionada depuración, también quedaba sin fundamento la reliquidación mencionada y, desde luego, la determinación de los saldos a favor de la convocada y en contra de la convocante. Por esta razón, el Tribunal también consideró infundado y carente de mérito probatorio el dictamen pericial decretado y practicado en este proceso arbitral, en dichos aspectos. De allí que, por este motivo, **no sea próspera** esta excepción en lo atinente a señalar la ausencia o inexistencia de saldo a favor de la convocante; e igualmente infundada la alegada existencia de saldo a favor de la convocada.

En tercer término, **porque la renuncia hecha por la convocante en los acuerdos especiales de pago**, no transigió ni tampoco eliminó el derecho a reclamar contraprestaciones por servicios de alto costo pendientes, ni tampoco los comprendió legalmente (Art.822 C. de Co. y Arts. 2487 y 15 del C.Civil). Puesto que en vista de que la renuncia hecha por la convocante en los acuerdos especiales de pago ha de referirse al *"título sobre el mismo objeto"* del pago, sin que aquella *"prive de la facultad"* a reclamar otros tipos de derechos, se concluye, que aquella, de una parte, **no afecta los pagos hechos y recibidos, y que, de la otra, tampoco afecta los derechos a reclamar contra una revisión o depuración** de la base de datos respecto de las prestaciones pendientes, tal como se ha hecho en el presente proceso arbitral. Por lo que, entonces, dicha renuncia no comprende la posibilidad de formular pretensiones como las que se debaten en el presente proceso. Por lo tanto, en este aspecto también **resulta infundada** la excepción mencionada.

Por consiguiente, la excepción bajo examen resulta fundada solo en los pagos efectuados, pero no en la ausencia de saldo a favor de la convocante, ni en la renuncia a formular pretensiones por alto costo, tal como se ha solicitado.

Por lo tanto, así **se reconocerá en la parte resolutive.**

19º.- Décima novena excepción.- Ausencia de responsabilidad por falta de liquidación del contrato.- Manifiesta la convocada que no hay incumplimiento, ni tampoco responsabilidad tal como ha sido pedida en las pretensiones décima sexta y décima séptima que también pide el pago a la condena de la última cápita del contrato, porque ello *“no le asigna al demandante el derecho al pago de la cápita retenida”*, sino cuando se cumplan las condiciones contractuales.

También en este aspecto encuentra el Tribunal **que le asiste razón parcialmente a la convocada**, en cuanto si bien contractualmente tiene la obligación de hacer la liquidación, en el fondo se trata de una facultad para hacerla de manera voluntaria, que puede ejercer o no, *“en la medida que la considere necesaria”* (Art.61 y 4º. Num.4 de la Ley 80 de 1993). Pero que en caso de hacerlo, debe o tiene la obligación de sujetarse a los requerimientos temporales, formales y materiales que indica el parágrafo 1º. de la cláusula décima del contrato. Por lo que el no ejercicio de dicha facultad limitada solo acarrea las consecuencias jurídicas previstas en el contrato y en la ley. Pero como quiera que no fue prospera la pretensión de responsabilidad por dicho motivo, la referida excepción termina siendo **innecesaria e infundada**.

En lo demás, nos remitimos a lo que se dice a continuación.

20º.- Vigésima excepción. Ausencia del derecho al pago de la última cápita y saldos finales.- Dice la convocada que, conforme a la cláusula décima del contrato, que el pago *“de todas las sumas de dinero que se adeuden incluyendo el último mes del contrato”* se sujeta a *“la condición de presentar paz y salvo con la red contratada”*; y que, de acuerdo con la cláusula novena del mismo contrato, *“ningún pago será exigible”*, incluyendo la última cápita y los pagos finales, sino mediante *“la aportación del paz y salvo de la red contratada”*, ya que, según la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 28 de junio de 1993), inciden en su eficacia, porque *“cuando son estipuladas a través de cláusulas especiales que las insertan en el contenido mismo de un contrato, se transforman en esenciales para éste último pues determinan su idoneidad para producir efectos”*.

A este respecto **no encuentra el Tribunal que tenga razón la convocada:**

De una parte, porque la referida cláusula décima condiciona los efectos de la presentación del "*paz y salvo de la red contratada*", no solo a la determinación de "*todas las sumas de dinero que le adeuda (el contratante), incluyendo el último mes del contrato*" sino también a la preexistencia, bien sea de un "*acto administrativo motivado*", o bien sea a una determinación "*de todas las sumas de dinero que le adeuda*" (Supra No.4.2.2.B.g.1º. y 2º.).

Porque es en **aquel acto administrativo** donde se le informa "*al contratista que ha incumplido una o varias obligaciones*", que debe notificarse para la debida contradicción; y porque es en la "*determinación*" de "*las sumas de dinero*" debidas al contratista, cuando también puede conocer y controvertir el alcance de su derecho. Además, como se dijera anteriormente, **la "no exigibilidad del pago"** sometido al cumplimiento de determinadas condiciones (consagrada en la cláusula novena del contrato), **solamente procede después de la terminación del contrato y de la determinación de lo adeudado para el pago a que se hizo mención.**

Por consiguiente, no habiéndose acreditado la condición (Art.1536 del C.Civil) del "*acto administrativo*", sobre las obligaciones incumplidas por el contratista, ni tampoco la decisión sobre "*lo adeudado*" que debía pagarse a este último, lo cual soslaya la convocada, **resulta infundada** la exigencia previa del paz y salvo de la red contratada, antes de su terminación.

Por lo tanto, resulta infundada la referida excepción.

21º.- Vigésima primera excepción.- La cápita retenida por valor diferente.-

Precisa la convocada que la cápita retenida que reclama la Unión Temporal no corresponde a la efectivamente retenida porque, no siendo objeto de devolución el dos punto cinco por ciento para el Fondo de alto costo de descuento fijo, lo retenido a devolver resulta diferente.

A este respecto, tiene **razón parcialmente** la convocada en lo que resulta probado, razón por la cual lo pretendido y lo probado en este caso, teniendo en cuenta dicha defensa, solamente asciende a la suma \$17.230.983.924 (supra No.4.1.B.g.2º.-2).

22º.- Vigésima segunda excepción.- Ausencia de mora.- Señala el excepcionante que en el presente caso, por no haber liquidación, tampoco hay mora (in illiquidez mor non fit), por lo que hay ausencia del derecho a obtener el reconocimiento de intereses moratorios, pues no hay certidumbre en dichas obligaciones, en lo cual acierta el excepcionante en su argumentación.

Sin embargo, como por mandato de la ley se impone el reconocimiento de la mora acreditada en el proceso respecto de las pretensiones acogidas, el Laudo tiene en cuenta el requerimiento judicial a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda arbitral inicial (Art.94 inciso 3º. C.G.P. y Art.1608 num.3º. del C.Civil). Por esta razón, dicha excepción **solo se acoge parcialmente** para eliminar la mora en la época precedente a dicho requerimiento.

23º.- Vigésima tercera excepción.- Ausencia del derecho a la liquidación propuesta.- Si bien le asiste razón al FOMAG en que la convocante carece de derecho a que se liquide el contrato con la inclusión de "*la obligación de pagar los supuestos perjuicios*", también lo es que en el caso sublite en la pretensión décima octava no se acoge la liquidación voluntaria unilateral propuesta por la Unión Temporal, sino la liquidación judicial que habrá de hacerse conforme a la ley, sin consecuencias indemnizatorias por este motivo.

Por lo que, entonces, la excepción **carece de fundamento** respecto de aquella.

24º.- Vigésima cuarta excepción. La de compensación.- La aduce la convocada como medio exceptivo.

Como quiera que en el caso examinado se establecen las condiciones relativas a las obligaciones recíprocas por condenas en contra del demandado (en las pretensiones quinta, séptima, décima primera, décima tercera, décima quinta y décima séptima de la demanda) y en contra del demandante (en la pretensión número seis de la demanda de reconvenición en la suma de \$33.246.306.00) que tienen los contratantes, el uno para con el otro, que prevé la ley, **se acoge esta excepción en la parte resolutive** (Res.primera.1), conforme a la ley (Art.282, inciso 1º. C.G.P.).

25º.- Vigésima quinta excepción.- Prescripción de cualquier otro derecho.- Invoca la convocada "*la excepción de prescripción de cualquier clase de derecho que se encuentre prescrito*" y obligado "*a proponer (la).....para que el juez pueda declararla probada*".

Al respecto, estima el Tribunal que como quiera que la "*excepción de prescripción*" se encuentra dirigida a la extinción de una obligación o derecho o acción determinada de una persona en concreto, como la otra parte contratante (Arts.2535, 1625 num.10 del C.Civil), que tiene el derecho a conocer y contradecir dicha alegación, ello impide la formulación de una "*prescripción genérica*". Puesto que así de formulada genéricamente, ella no puede ser susceptible de contradicción por la otra parte. Por lo que su alegación en esta forma, **deja sin fundamento la excepción anteriormente propuesta de manera sustancial y procesal** (Art.282, inciso 1º. C.G.P.).

Por lo tanto, dicha excepción **resulta infundada**.

26º.- Vigésima sexta excepción.- Genérica.- De igual manera, la convocada aduce "*cualquier excepción que pueda desvirtuar las pretensiones y que se encuentren probadas*".

Como quiera que el Tribunal no logra establecer excepciones de mérito distintas a las planteadas por la parte convocada, resulta, en consecuencia, **infundada** (Art. 282 del C.G.P.).

D. Conclusión sobre la demanda principal.

De acuerdo con lo anterior, salvo algunas excepciones de mérito llamadas a tener éxito, la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial se centra, entre otras, en las pretensiones primera, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décima, décima primera, decima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima y décima octava.

4.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Procede ahora el Tribunal al examen probatorio y sustancial de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción por la convocada contra la convocante, arriba señalada.

A. Pretensiones demandadas.

Ab initio precisa el Tribunal la naturaleza jurídica de las pretensiones demandadas, para su correspondiente interpretación, antes de entrar a su estudio concreto.

a.- Pretensiones de condena.

Al respecto, para la doctrina unánime^(68e) las pretensiones de condena son aquellas afirmaciones que una parte hace a otra para que se declare que tiene frente a esta un derecho a que se lo satisfaga y consiguientemente a que se le condene a ello, esto es, se le imponga la obligación o la prestación de hacerlo.

De igual manera se tiene sentado que su formulación puede hacerse integrando la petición declarativa con la petición de condena, o simplemente con la petición de condena, porque esta última lleva implícita la petición declarativa^(68f).

Pero en uno y otro caso, la pretensión suele fundarse (causa petendi) en el incumplimiento del deber y consiguiente desconocimiento que tiene la otra parte del derecho del demandante, esto es, en el incumplimiento correspondiente, bien sea el pago de la indemnización, ora la no restitución de la cosa de propiedad ajena.

^{68e} Así lo ha entendido la doctrina cuando señala que “la condena, por tanto, no es otra cosa que la orden de prestación dirigida por el juez al obligado, a cargo del cual se haya previamente declarado la existencia de una obligación jurídica” (Rocco, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Edit. Temis. Bogotá. Vol.II. 1976. Pag.235 y ss.

^{68f} “Mediante esta acción el actor pide al juez se imponga al demandado determinada prestación”, por lo que “la acción de condena persigue, pues, dos cosas la declaración del derecho y la posibilidad de ejecución” (Morales, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Edit. ABC Bogotá. Tomo I. 1973. No.161).

b.- Interpretación de las pretensiones de la demanda de reconvencción.

Ciertamente como lo dice la llamada en garantía, la demanda de reconvencción sub examine solo contempla explícitamente "*condenas en sumas de dinero*" por conceptos de devolución de glosas, excesos en el cálculo y pago de remuneración por servicios de alto costo y pago de cápitás, por reembolso y por pago de multas, sin que se refiera explícitamente a "*incumplimientos de obligaciones por parte de la Unión Temporal*", con lo cual tiene que ser congruente el Tribunal al proferir su fallo.

Sin embargo, la llamada en garantía guarda silencio en la facultad que le asiste al Tribunal no solo para "*interpretar la demanda de manera que permita decidir en el fondo del asunto*" y proceder, conforme a su resultado, a fallar congruentemente (Arts.42, num.5 y 281 del C.G.P.). Por lo que, en ejercicio de dicha atribución y la naturaleza de la acción incoada en la demanda de reconvencción, respecto de las de "*condena*", es preciso entender que todas ellas encierran una declaración de incumplimiento del deber para satisfacer el derecho, que se concreta en los hechos que como causa petendi se sustenta más adelante. De allí que, en su oportunidad, el Tribunal analizará los correspondientes incumplimientos a efecto de poder establecer la prosperidad o no de dichas pretensiones de reconvencción, y, si fuere el caso, de las pretensiones contenidas en el llamamiento de garantía, que, a su vez, se basan en la eventual condena e incumplimiento de las primeras.

B. Acervo probatorio pertinente.

Siguiendo el orden de las pretensiones formuladas en la demanda con sus respectivos fundamentos, estimadas bajo juramento en las cantidades de \$62.639.987.012 como capital y de \$80.787.383.418 como intereses moratorios, entra ahora el Tribunal a su correspondiente estudio.

a. Pretensiones relativas al reembolso de los pagos por servicios de alto costo.

Se refieren a los servicios ejecutados y pagados, que, a juicio del reconviniente (FOMAG), deben reembolsarse.

1º.- Pretensiones (Petición y fundamento).- En la **pretensión número 1** con sus subnumerales, pretende el Fondo el reconocimiento y pago o reembolso del valor de la glosa de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada, en virtud de acuerdos especiales con intereses moratorios y la condena correspondiente, con las pretensiones subsidiarias del reembolso del valor de las glosas, recuperación del mismo valor y condena por enriquecimiento sin justa causa. Por lo tanto, procede el Tribunal a establecer su correspondiente demostración de conformidad con el contrato y la ley.

2º.- Regulación de los acuerdos de pago.- Primeramente precisa el Tribunal que si el contrato estatal tiene por fin asegurar la prestación del servicio objeto del mismo y, en este caso, la prestación de los servicios de salud y los derechos de las partes contratantes, especialmente el derecho del contratista al pago de la remuneración correspondiente (Arts.3º. y 5º. Num.3 de la Ley 80 de 1993), también lo es que, debido a alteraciones posteriores, la ley no solamente contempla la posibilidad de "*acuerdos y pagos necesarios sobre.....formas de pagos adicionales*" (Art.27, inciso 2º., Ley 80 de 1993), sino que también exige que se interpreten teniendo en cuenta, de una parte, de acuerdo con el principio de la ecuación contractual de mantenimiento de la "*igualdad o equivalencia*" de los derechos y obligaciones "*al momento de contrata*", la buena fe, la igualdad y el equilibrio de las prestaciones y derechos que caracterizan a los "*contratos conmutativos*" (Arts.28 y 27, inciso 1º., Ley 80 de 1993) y las normas especiales, y, en subsidio, las normas civiles y mercantiles pertinentes (Art.13 Ley 80 de 1993).

Como quiera que el reconviniente en el desarrollo de su demanda **señala como fundamento** no solo "*glosas o facturas de alto costo*" sino también su "***pago de manera anticipada***", el Tribunal si bien las encuentra acreditadas, no es menos cierto que **no sustentan por sí mismas**, de acuerdo con el contrato y la ley, el derecho al reembolso allí reclamado.

Porque ciertamente en ellos (que se describe en cantidad de nueve) se acuerdan, como lo dice la entidad contratante, los pagos de 1001 de dichas facturas de alto costo con la obligación del contratista de "*realizar los ajustes correspondientes a los acuerdos presentados, so pena de no realizar el saldo pendiente*" y se otorga autorización al FOMAG para "*descontar de la siguiente cápita aquellos valores glosados que surjan posterior a la revisión definitiva de lo facturado y que excedan al pago allí (aquí) mencionado*" e

igualmente se conviene que el prestador “*renuncia a cualquier reclamación judicial y económica derivada de los pagos que se efectúen*”.

Pero también lo es que tales acuerdos tienen un alcance limitado: En primer término, porque siendo acuerdos de ejecución de pagos de obligaciones contractuales sujetas a las reglas del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales, a las legales y reglamentarias pertinentes, ellos no solamente resultan eficaces cuando se ajusten a ellas, especialmente en la prestación de servicio y en cuanto al pago del precio y a las glosas pertinentes oportunamente formuladas. Por lo que el reconocimiento y pago de los servicios facturados se sujeta al régimen de glosas que más adelante se determinan, especialmente a su formulación, oportunidad y trámite.

En segundo término, porque sus contenidos también resultan limitados, en cuanto, de una parte, no regulan ninguna posibilidad de reembolso, sino únicamente la posibilidad de descuento; y de la otra, porque esta posibilidad se limita al descuento de la siguiente cápita, lo cual indica su reconocimiento durante la vigencia del contrato, que es cuando se hacen los pagos, y no para la liquidación del mismo.

3º.- Regulación de las glosas.- Lo anterior obedece a que las glosas en que se funda lo reclamado desatienden las reglas legales y reglamentarias aplicables al efecto (supra No.5.2.1.A.c.), tal como más adelante se indica. Ello se debe, de una parte, a que sujetándose la reclamación y pago de las facturas de alto costo no solamente a lo convenido en el contrato, sino también a las disposiciones legales, especialmente a las que se refieren la Ley 1438 de 2011 (Art.57) y el Decreto 4747 de 2007 (Art.2º.), tal como se expusiera en su oportunidad (supra No. 2.2.1.A.c), **era imperativo sujetarse a la presentación oportuna de dichas glosas**, esto es, “*dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes.... las glosas a cada factura (...)*” (Art.57 de la precitada Ley); so pena de entenderse aceptada, evento en el cual, como lo dice la Superintendencia Nacional de Salud (en boletín jurídico No.51 de 2020), “*sin que se presenten objeciones, se entiende aceptada y deberá ser pagada*”.

4º.- Extemporaneidad de las glosas y efectos de los acuerdos de pago.- También aparece demostrado que dichas glosas, de una parte, se han hecho de manera **extemporánea**, esto es, mucho después del plazo anteriormente mencionado (más de tres años), y, de la otra, que si los **acuerdos especiales de pago** que condicionaban la

extinción de estos últimos a la posterior formulación y verificación de las glosas, debían entenderse del "*modo más racional*" (Art.1540, inciso 1º., C.Civil) y lícito (Art.1532 del C.Civil), como los hechos en forma oportuna de acuerdo con los reglamentos de las glosas (Art.21 del Decreto 4747 de 2007, Art. 7º. del Decreto 1281 de 2002 y Arts. 23 y 24 del Decreto 4747 de 2007, subrogado por los artículos 57 y 56 de la ley 1438 de 2011), no puede menos que entenderse que **dichos acuerdos no autorizaban la formulación y comprobación de dichas glosas en cualquier tiempo, ni autorizaban hacerlo de cualquier manera, esto es, periódicamente o al final en la liquidación correspondiente.**

5º.- Pagos posteriores.- Por lo tanto, si esta actividad se efectuó extemporáneamente o de una forma diferente, ella no tuvo como finalidad, como debería serlo, la de verificar los requerimientos y oportunidad para la procedencia de los pagos, sino, por el contrario, con ella, entonces, **se pretendía posteriormente utilizar abusivamente la facultad de glosar** (contrariando el Art.830 del C. de Co.), para impedir el pago o, en su caso, para obtener la restitución de lo pagado (Supra No.2.2.1.B.b.3º.). **Por lo que si los pagos causados aceptados en este proceso arbitral quedaron en firme**, por haber fallado la condición extintiva de la glosa inoportuna ilícitamente efectuada (tal como se desprende del Art.1539 del C.Civil), se concluye, entonces, que la pretensión bajo examen conjuntamente con sus subnumerales carece de fundamento.

6º.- Eficacia de los pagos hechos frente al cobro de facturas glosadas extemporáneamente.- Porque "si quienes están obligados al pago de servicios, no podían (el texto dice "no podrán") *condicionar el pago a...requisitos distintos de autorizaciones previas o contratos y a la demostración efectiva de la prestación..... cuando se presentan glosas*", y, por lo tanto, en caso contrario estaban obligados a "efectuar el pago de lo no glosado" (Art. 7º. del Decreto 281 de 2002), **es lógico entender que si no se formulaba ni se comunicaba (como lo dice la norma: "formularán y comunicarán") las glosas dentro de los veinte (20) días siguientes a cada factura (Arts.57 y 56 de la Ley 1438 de 2011, aplicable al caso sub examine, que modificó el anterior artículo 23 del Decreto 4747 de 2007), no solo precluye esa facultad sino que las glosas hechas extemporáneamente pierden sus efectos vinculantes, salvo aquellas "glosas nuevas después de una glosa inicial".**

De allí que, dada **la extemporaneidad** de las glosas mencionadas, el Tribunal encuentre acreditada la inoponibilidad de dichas **glosas extemporáneas** formuladas después de haberse pagado y aceptado y, más aún, después de haber vencido el período de vigencia del contrato. Pues, se repite, si *“quienes están obligados al pago de los servicios no pueden condicionar el pago de las prestaciones.....a requisitos de la existencia de autorizaciones previas o de contrato, cuando se requiere y a la demostración del servicio cuando se presentan glosas....”*, ello indica que, de un lado, **no puede condicionarse el pago a la terminación del contrato ni mucho a menos a su liquidación**, porque en ambos casos ya no rige este último; y, del otro, porque es indispensable que las glosas se hagan durante la existencia o vigencia del contrato y no después del mismo, a fin de que durante dicha ejecución pueda hacerse la verificación y el control correspondiente, desde luego, sin perjuicio de hacer los balances y ajustes al cierre de las cuentas al momento de la liquidación.

7º.- Conclusión.- Por lo expuesto, esta pretensión de reembolso del valor pagado de las facturas glosadas extemporáneamente, **resulta infundada**.

b. Pretensiones sobre base del 15% para calcular reembolsos de alto costo.

Procede el Tribunal a su correspondiente estudio.

1º.- Determinación (Peticiones y fundamentos).- Sobre esta pretensión declarativa y de condena (**las pretensiones No. 2 incluidos sus subnumerales**) por reembolso al Fondo Único de alto costo de aquellos pagos que los valores superiores al quince (15%) por ciento tomando como base la UPC y no la UPCM, que se encuentra acreditado en el proceso, tampoco encuentra el Tribunal que sirvan de fundamento para las peticiones de devolución, pago de lo no debido, recuperación del exceso por el indebido cálculo y enriquecimiento injusto, con las consiguientes condenas del exceso correspondiente.

2º.- Ausencia de fundamentos legales.- Dicha ausencia descansa en las siguientes razones:

2º.-1.- Juridicidad de los pagos (Validez).- La primera razón consiste en que **si el pago hecho con base en el quince por ciento (15%) de la UPC no solo se ajustó**

a una de las estipulaciones del contrato, a sus aclaraciones y a su interpretación consentida por ambas partes contratantes, que, como quedara expuesto en el estudio de la demanda principal (supra No.4.1.B.a.3º.), **estuvo conforme a derecho**, y como también se ejecutó con vinculación jurídica para ambas partes (Supra No.4.1.B.c-5º.); **mal puede decirse** que exista un exceso ilegal y ajeno al contrato sobre dicho cálculo. Y lo anterior encuentra mayor asidero en el evento en que dicha aplicación hubiese sido fruto de una transacción (Arts.822 del C. de Co. y Art.1618, 1621, inciso 3º., 1634 y 2482 del C.Civil), tanto más cuanto no se ha reprochado la validez de dichos pagos, ni aparece acreditada demanda oportuna de nulidad de los mismos, que fueron efectuados, según la convocada, sobre la base errónea del UPC y no del UPCM.

2º.-2.- Carácter debido y causado de los pagos.- Concordante con lo anterior, los pagos efectuados, al ser ajustados a derecho, hacen infundada la pretensión sub examine. Por lo que tampoco puede afirmarse, como lo dice la convocada, que se haya originado una obligación por pago excesivo, que, a su vez, sustente un reembolso, o que sirva de fundamento para hablar de pago de lo no debido, o de indebido cálculo, **pues fue pagado lo debido y también fue pagada la cantidad adeudada**. Ni tampoco puede decirse que haya habido enriquecimiento sin causa, pues lo pagado tuvo como fundamento la estipulación contractual interpretada y aplicada de mutuo acuerdo, lo cual es suficiente causa de la obligación cancelada.

3º.- Conclusión.- Por todo lo expuesto, dicha pretensión tampoco **tiene éxito**.

c. Pretensiones sobre devolución del exceso pagado por capitación.

Entra ahora el Tribunal al estudio de estas pretensiones.

1o.- Pretensiones (Peticiónes y fundamentos).- Sustenta el reconviniente en estas pretensiones (las pretensiones No. 3, incluidos sus subnumerales), la principal devolución y las subsidiarias del pago de lo no debido, del pago excesivo contrario de los principios (de buena fe, corrección y justicia) y de enriquecimiento sin justa causa, **con las condenas correspondientes**, en que se hicieron dichos pagos excesivos, de acuerdo con **“la depuración de la base de datos”** hecha por el FOMAG en uso de sus atribuciones legales, debido al incumplimiento y responsabilidad del contratista de sus obligaciones de generar una base de datos que pudiera contener sus

novedades, especialmente en la *“realizar, de manera diaria, la actualización, mantenimiento y depuración de la base de datos de los beneficiarios de los docentes del Magisterio”* haciendo los reportes de *“novedades de ingresos y retiros de usuarios, antiguos, o nuevos y sus datos básicos de afiliación”*.

Además, afirma que ello **fue fruto de un proceso de revisión que comenzó en mayo de 2019**, con intercambio de comunicaciones, y que concluyó en la etapa de liquidación del contrato hacia diciembre de 2019 y complementada en abril de 2020, tomándola en cuenta también para hacer el ajuste de cápita de los años de 2014, 2015 y posteriores.

2º.- Examen probatorio y sustancial.- Luego, para su estudio procede el Tribunal al examen probatorio y sustancial de la elaboración, la finalidad y los efectos vinculantes de la referida depuración de la base de datos.

2º.-1.- Ausencia de colaboración y de depuración bilateral.- En primer lugar, establece el Tribunal que como quiera que dichos fundamentos parten de la base de **un proceso de depuración** hecho a cargo del FOMAG en la época mencionada que involucra incumplimientos parciales del contratista, tal circunstancia es, como arriba se dijo (supra No.4.1.B.c), **demostrativa del cumplimiento defectuoso de ambas partes contratantes:**

De un lado, **el cumplimiento defectuoso del contratista** en su obligación de actualización ya pormenorizada en los términos arriba expuestos, así como **el cumplimiento defectuoso del contratante** en el control adecuado y oportuno (no tardío, para su verificación) y **el incumplimiento de la obligación implícita** de hacer los cruces de las diversas plataformas (que no podía hacer el contratista, como lo dicen todas las declaraciones de los testigos, especialmente la de los encargados de la sistematización), para elaborar la base de datos de pagos.

Y, del otro, en **el incumplimiento de ambos contratantes del deber de cooperación y diligencia** adecuado en la construcción y actualización de la referida base de datos, necesaria para el adecuado cumplimiento de las prestaciones de servicio y de la determinación y pago correspondiente. Por lo que, como en su oportunidad se dijo, **hubo mutuo incumplimiento de los contratantes** en las obligaciones que les

correspondían en esta tarea, sin consecuencias indemnizatorias (Supra No.2.3.C.b. y No.4.1.B.7º.).

2º.-2.- Finalidad de la actualización y de la depuración de la base de datos (para pagos).- En segundo lugar, también reseña el Tribunal que si bien la actualización o vigencia de la base de datos tiene por finalidad establecer periódicamente durante la ejecución del contrato, y finalmente a su conclusión (actualización periódica y actualización final) la realidad de la población usuaria, a fin de determinar consecuentemente no solo los usuarios a quienes debe prestársele el servicio, sino también la base de datos para hacer las liquidaciones y pagos mensuales correspondientes y la liquidación final de las prestaciones debidas (actualización mensual y final), también lo es que la **revisión de dichas bases de datos** (llamada "**depuración de las bases de datos**"), igualmente tiene por finalidad la de corregir oportuna y en forma compartida (con notificación y contradicción oportuna de la otra parte contratante) las deficiencias detectadas en las bases de datos anteriores, a fin de ajustar las mismas a la realidad periódica o final correspondiente. Por lo que, entonces, dicha depuración periódica o final de dichas bases de datos, suele denominársele "*depuración de las bases de datos*".

Ahora, si bien las primeras actualizaciones de las bases de datos tienen el mérito probatorio suficiente para sustentar los pagos que, con base en ellas, se efectúan; no ocurre lo mismo con el mérito probatorio y sustancial que se le atribuye a la depuración final, puesto que ella depende de la prueba de su conformidad con la ejecución contractual debidamente contradicha. Porque, en vista de que "**dicha depuración final de la base de datos**" solo se hizo de manera unilateral por encargo del FOMAG en los últimos meses de vigencia del contrato, complementándose después, sin que cumpliera **su finalidad de ajustar los pagos** a ella, y sin la contradicción oportuna del contratista, su valoración probatoria, no restringe los pagos efectuados, con el consentimiento de la convocada, cuando ellos resultan ajustados, de un lado, a la realidad contractual de la que se tenía conocimiento, y, del otro, a la finalidad legal de permitir el cumplimiento de "*todas las obligaciones que en materia prestacional debía atender el Fondo*" (num.3 del Art.5º.de la Ley 91 de 1981).

2º.- 3.- Efectos de la depuración final de la base de datos encargada por el FOMAG.- De allí que también señale el Tribunal que dicha **depuración unilateral**

hecha por la Auditoría encargada por FOMAG, sin la debida intervención del contratista, solo tiene, como arriba se dijo, una eficacia distinta a la que se pretende en la demanda de reconvención, de servir de base para obtener el reembolso de lo que no se ajuste a ello.

i.- Pagos efectuados.- En primer término, porque si las bases de datos tienen por finalidad permitir "*cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el fondo*" (num.3 del Art.5º. citado), mal puede tomarse como fundamento para quitarle efectos jurídicos a los pagos y obtener el reembolso de lo pagado de buena fe (Art.1634, inciso 2º., del C.Civil) por obligaciones causadas anteriormente, a menos que se demuestre que lo ejecutado en dicha época se hizo de manera fraudulenta, dolosa o abusiva (Supra No.4.1.B.c.5º.).

ii.- Eficacia de los pagos efectuados (Ausencia de fraude, dolo o abuso del receptor. Buena fe).- En segundo término, porque hay ausencia de prueba directa que demuestre la eficacia vinculante que genere la obligación de reembolso. Pues, si, de un lado, hay que reconocer en ambas partes contratantes la **buena fe y confianza legítima que tuvieron en el cumplimiento de lo ejecutado**, y del otro, porque si existiendo la posibilidad de establecer fraude, dolo o abuso que desvirtúe dicha presunción, no existe prueba en este proceso que estos últimos fenómenos se hayan presentado.

Puesto que si bien la depuración de la base de datos mencionada muestra, desde luego, insuficiencias de las bases anteriores, representativas de inexactitudes por omisiones, errores o cambios de política o directrices por parte del FOMAG, o desconocimientos por parte de terceros, etc. no lo es menos que **tampoco aparece acreditado dolo, fraude o abuso** por parte de los contratantes en dicha tarea, que sustente la obligación de reembolso o recobro pertinente (Supra No.4.1.B.c.5º.).

De allí que al no encontrarse demostrado dolo, fraude o abuso en las inexactitudes mencionadas, tampoco resultan procedentes las peticiones de devolución de valores pagados en exceso por capitación, **cuando fueron pagados de buena fe** con fundamento en las bases de datos tenidas a su consideración en ese momento (Art.1634, inciso 2º. del C.Civil).

3º.- Conclusión.- Por consiguiente, no se encuentra probada dicha pretensión.

d. Pretensiones por multifiliación.

Son también pretensiones especiales de la reconvencción.

1º.- Pretensiones (Peticiones y fundamentos).- En ellas (**la pretensión planteada bajo el numeral 4**) la reconviniente, solicita, que de ser aplicable el artículo 16 de la ley 1797 de 2016, en lo cual discrepa, en el evento de no descuento de derechos económicos relacionados con los usuarios multifiliados o que no tiene derecho a la devolución de sus cápitass, se declare que la convocante *“tiene la obligación de atender y reconocer esas reclamaciones”* de los actores del sistema general de seguridad social en salud.

Como quiera que dichas pretensiones **se fundan en el cumplimiento del FOMAG** *“en el marco de la depuración de la base de datos”* respecto del retiro de los afiliados con afiliación múltiple (o multifiliados) (hecho No.75) que, a su juicio, implican que la entidad *“que recibió la unidad de pago por capitación o que tiene la responsabilidad de atender al usuario”* debe asumir el reconocimiento de las reclamaciones (Art. 16 de la ley 1797 de 2016), el Tribunal no las encuentra fundadas.

2º.- Examen.- Analizadas las pretensiones bajo examen, el Tribunal no les encuentra fundamento por las siguientes razones:

En primer lugar, porque, a pesar de referirse el artículo 16 de la Ley 1797 de 2016 a un asunto de multifiliación, su contenido no recoge una mera regulación del flujo de los recursos económicos que se encuentran sujetos al régimen excepcional del FOMAG (Art. 279 de la Ley 100 de 1993), sino que se trata de una regulación que **hace parte del régimen de contratación de prestación de servicios médico asistenciales**, tal como se expresara en su debida oportunidad (supra No.2.2.1.A.c). Por consiguiente, se trata de **una disposición aplicable al caso sub examine**.

En segundo lugar, porque la pretensión que aquí se examina también **carece de fundamento**: De un lado, porque, correspondiéndole al FOMAG la carga de indicarlos y probarlos, por encontrarse mayormente habilitado para ello (Art.167, inciso 2º., C.G.P.),

no precisó en el hecho setenta y cinco los casos concretos de multifiliados respecto de los cuales se hace la petición correspondiente, lo que impide la contradicción adecuada pertinente (Art.42 num.5 C.G.P.); y del otro, porque, como antes de dijo, dicha depuración no comprende lo ejecutado de buena fe con base en las anteriores bases de datos que se tenían a consideración.

3º.- Conclusión.- Por lo expuesto, las pretensiones bajo análisis no prosperarán, y así, se declarará.

e. Pretensiones sobre actividades máximas en salud.

Procede ahora el Tribunal a estudiar las pretensiones mencionadas.

1º.- Determinación.- En ellas (**las pretensiones formuladas bajo el numeral 5**) solicita el reconviniente que se declare que las actividades de salud ocupacional tienen los topes máximos definitivos en la matriz 7ª y que no hay derecho a reconocimiento y pago que superen los topes máximos allí mencionados, porque así lo disponía la cláusula octava del contrato y porque **dicha matriz que los limitaba a cincuenta por año**, fue desbordada.

2º.- Examen (Fundamentos).- En este aspecto encuentra el Tribunal, tal como se dijera en su oportunidad (Supra No.4.1.B.b.), que si bien las partes contratantes habían convenido de manera flexible el límite de las actividades por salud ocupacional, debido a las aclaraciones allí mencionadas, también es cierto que igualmente **se precisó esa flexibilidad como un límite** al decir que las actividades que se pagarían eran, de un lado, las que se encontraran "*dentro del marco fijado en las matrices 3 A-1 y 7 A-1*"; y, del otro, las superiores que fueran autorizadas por el Gerente.

Pues se señaló que "*en caso de establecerse la necesidad de realizar actividades por encima de las establecidas en las matrices éstas se podrían (podrán) hacer cuando fuesen (sean) autorizadas previamente por la Gerencia de Salud del FOMAG y se demuestre su ejecución*".

Por lo que, como en su oportunidad se dijo, tiene razón el reconviniente en su pretensión de la existencia de esas metas, fijadas en cincuenta (50) eventos por año, lo cual se

entiende, como lo dice la mencionada aclaración, sin perjuicio de la autorización de la Gerencia de Salud de FOMAG, que no solo puede ser “*previa*”, como lo dice la aclaración, sino que también puede ser posterior, en vista de que se trata en este caso de un control posterior de dicha actividad reconocido por el FOMAG.

3º.- Conclusión.- Por lo tanto, esta pretensión **resulta próspera.**

f. Pretensiones sobre pagos de fallos de la Superintendencia Nacional de Salud.

Seguidamente entra el Tribunal Arbitral al estudio de las referidas pretensiones.

1º.- Pretensiones (Peticiónes y fundamentos).- Sobre tales pretensiones (**formuladas bajo el numeral 6**) en que se solicita que se declare el derecho a repetir y, en subsidio al reembolso de lo pagado por fallo de la Superintendencia Nacional de salud con las condenas correspondientes y sus intereses moratorios y, subsidiariamente los remuneratorios, la corrección monetaria y los accesorios que se estimen procedentes, que se fundan en aquellas decisiones judiciales de dicha dependencia que por negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud, en la prestación de los servicios (Art.41 Ley 1122 de 2007), a la que, según el contrato (cláusula segunda, cuarta y párrafo 4º. de la cláusula treinta y cinco del contrato), no solo estaba obligado el contratista, sino que era responsable frente a terceros.

Previamente al estudio del acervo probatorio precisa el Tribunal la regulación concerniente al asunto sub examine.

2º.- Regulación sustancial de los efectos de la prestación de servicios médico asistenciales.- Ellos se presentan de manera diversa según se trate de la relación entre los afiliados o beneficiarios y la entidad encargada, o la relación entre ésta con el prestador de servicio.

2º.-1.- Relación entre afiliados o beneficiarios y el comitente.- Tratándose de la relación que existe entre los afiliados y beneficiarios de los servicios médico asistenciales y el comitente encargado de otorgarle esos servicios, el Tribunal precisa que si bien los

primeros tienen el derecho a su obtención, también es cierto que, en caso de asumir los costos, igualmente tienen el derecho al reembolso correspondiente. En efecto:

i.- Usuarios y comitente de los servicios.- Tal como se dijera en su oportunidad, los afiliados y beneficiarios del Magisterio tienen el derecho y, correlativamente, el FOMAG, tiene la obligación de la prestación de servicios médico asistenciales. Sin embargo, **el FOMAG puede cumplir su obligación de una de éstas dos formas:**

La una, por conducto de la **institución prestadora de servicios**, a quien, en virtud de contrato, se le encarga para hacerlo a nombre de dicho Fondo, y con base en la contraprestación allí convenida (que puede ser, según el caso, la contraprestación incluida en la cápita, la compensación especial por alto costo, la compensación por el evento correspondiente, etc.). Y la segunda, la que puede hacer directamente el fondo de **manera directa o mediante otras instituciones autorizadas para ello**. En uno y otro evento, el comitente, al dar cumplimiento a dicha obligación, satisface directamente el derecho del afiliado o beneficiario sin que surja una obligación consecucional.

ii.- Encargado directo o indirecto de prestar el servicio.- Sin embargo, en el evento en que el FOMAG incumpla dicha prestación de servicios, bien sea porque dicho incumplimiento sea atribuido al prestador o, en definitiva, al mismo FOMAG, y, por este motivo, corresponda al afiliado o al beneficiario del Magisterio asumir los costos de la prestación de servicios médico-asistenciales, este último, sin lugar a dudas, adquiere el derecho sustancial a obtener el reembolso por parte del FOMAG. Porque, al no haber cumplido este último su obligación de prestación del servicio mencionado, causó daño emergente a aquel, consistente en haber asumido los gastos correspondientes (Arts.1613 y 1614 del C.Civil), los cuales, en garantía de su derecho, no solo dan lugar a la intervención de la jurisdicción de la Superintendencia de Salud, sino también al juzgamiento y condena al reembolso de dichos gastos (Art. 41 de la Ley 1122 de 2007).

2º.2.- Relación entre comitente y prestador de servicios.- En tanto que en la relación entre el comitente y el prestador del servicio, pueden presentarse efectos especiales, según que sea este último o aquel el que haya efectuado el cumplimiento, lo cual se sujeta a lo convenido en el contrato.

i.- Cumplimiento por el prestador y derecho a la contraprestación.- Por consiguiente, si **el prestador es el que da cumplimiento** al servicio médico asistencial, quedará enmarcado dentro del contrato y tendrá derecho a la contraprestación allí convenida.

ii.- Cumplimiento y pago de la contraprestación por el comitente. Reembolso.- En tanto que **si es el comitente es el que ha dado cumplimiento directo al contrato**, por sí mismo o por un tercero, con la prestación del servicio al afiliado o beneficiario, se hace necesario distinguir su incidencia en la obligación de la prestación del servicio y en la obligación de contraprestación.

Pues en relación con la primera, el FOMAG habría cumplido su obligación, pues a él le está asignada dicha garantía para los afiliados y beneficiarios.

En tanto que con relación a la **obligación de contraprestación** que se tiene para con el prestador del servicio será necesario distinguir **si ella se encuentra incluida o no dentro de la contraprestación** correspondiente. Pues, si por la “*cápita*” o por la “*remuneración especial*” (por prestación de servicio de alto costo o por otro distinto) el prestador estaba obligado a **prestar dichos servicios** y no los prestó, indudablemente adquiere la obligación a reembolsar al FOMAG lo recibido o pagado por tal concepto o a hacer la deducción correspondiente.

En tanto que si el prestador no ha percibido nada por dicho motivo porque la contraprestación no está incluida para la prestación del servicio en la *cápita*, o porque no se ha reclamado como prestación especial de alto costo, o porque no se ha reclamado prestación en ese evento, lógicamente dicho prestador no tiene nada que reembolsarle o reconocerle descuento al FOMAG.

3º.- Reclamación sub examine.- Siendo así las cosas, procede el Tribunal a su estudio previa su apreciación probatoria.

3º.-1.- Apreciación probatoria.- Al respecto encuentra el Tribunal que en el caso sub examine si bien los fallos de la Superintendencia de Salud fueron condenatorios contra el FOMAG, a quien se encontró como responsable del incumplimiento de las obligaciones comprendidas dentro de la seguridad social a su cargo, relacionadas con los afiliados

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

Marleny Mojica Gómez, Ana Mercedes Carvajal Hernández y Rosa Aminta Bermont Arocha (pues no aparece prueba de pago respecto de Estela Paulina Ojeda Torres), lo cierto es que ello obedece a la no prestación del servicio por parte de la Unión Temporal, estando obligado a ello, en virtud de la "*cuota cápita correspondiente*".

Por consiguiente, el Tribunal encuentra acreditado que, por este incumplimiento del prestador, el comitente tuvo que reembolsar a los afiliados arriba mencionados los gastos por los costos asumidos por ellos directamente en **cantidad de \$33.246.306**, por lo que será indispensable, entonces, entrar al estudio de la responsabilidad por dicho reembolso.

Sin embargo, el Tribunal no entra a estudiar el fallo judicial con el correspondiente pago respecto de Alcira León Lizarazo, que ahora, en las alegaciones, reclama la convocada (por valor de \$2.184.300) dentro del reembolso total reclamado (que asciende a \$35.430.606 como lo dice en sus alegaciones, y no al reembolso total de \$33.246.306, como fuera solicitado en la demanda de reconvención), ya que, al no incluirse, ni indicarse dentro de los fundamentos de hecho de las referidas pretensiones (como se relata en el hecho número 94), el principio legal de la congruencia (Art.281 del C.G.P.) impone a este Tribunal Arbitral limitar su juzgamiento a lo demandado en sus peticiones y fundamentos de hecho, tal como arriba fue señalado.

3º.-2.- Reembolso o descuento por lo pagado.- Como quiera que dichos costos, en virtud de la obligación de prestación de servicios debidamente remunerada con la contraprestación convenida en el contrato médico asistencial, debieron ser asumidos por el prestador y no lo fueron sino por el comitente, este último, desde luego, adquiere, a título de indemnización, el derecho al reembolso o descuento correspondiente.

Porque si el precitado parágrafo 4 de la cláusula treinta y cinco del contrato establece que **las partes contratantes responden frente a terceros** en la forma de que "*cada una de las partes es responsable de sus propios actos y de las obligaciones que adquiera, se impone, entonces, la responsabilidad del contratista que haya sido condenado por dicha Entidad Pública*". Y porque si el numeral 2.4.2 del apéndice 5 A establece que "*para efectos de pago, el contratista se obliga a cancelar dentro de los quince (15) días hábiles de presentación de la factura, los valores correspondientes a la atención*", queda

entendido y si así lo autoriza el contratista con la suscripción del contrato que “*la Fiduprevisora S.A. descontará la suma facturada cuando supere el plazo establecido*”.

Además, este derecho al reembolso o descuento en favor del FOMAG resulta acorde con una interpretación equitativa del contrato en materia de reembolso, tanto para el contratista, como para el contratante (Arts.871 y 822 del C. de Co.; 768 y 769 del C.Civil; y el inciso final del Art.283 del C.G.P.). Porque si bien el contratista **tiene derecho al reembolso**, por aquello que pague frente a terceros cuando no está obligado a ello, resulta lógico, que dicho reembolso también se predique **del contratante FOMAG**, cuando éste, por incumplimiento del prestador, asume la obligación directa por orden judicial. En otros términos, si el FOMAG asume directamente los costos económicos en virtud de los fallos, por no prestación de los servicios que le corresponden al prestador, a este último, al ser responsable de los mismos, también “*se (le) descontará*” por la Fiduprevisora.

4º.- Conclusión.- Por lo que, entonces, la pretensión **sería fundada**, en la cantidad de \$33.246.306.

Con todo, como quiera que certidumbre jurídica de esta obligación al reembolso solamente surge en el presente proceso arbitral en donde la convocada (FOMAG) ha demandado (en reconvención) a la Unión Temporal, y no en los procesos adelantados ante la Superintendencia de Salud contra el FOMAG, lógicamente hay que establecer que los intereses moratorios que de dicho incumplimiento surgen, solamente se reconocerán, conforme a la ley, desde la notificación del auto No. 5 de 26 de octubre de 2020, admisorio de la demanda de reconvención (Art.94 inc. 2º. C.G.P.), que se entendió surtida dos (2) días hábiles después de su remisión a las partes (Art. 8º. Inc.3º. Dec.806 de 2020), esto es, el 30 de octubre de 2020. Por lo tanto, habiéndose reconocido la referida obligación de reembolso por el contratista al FOMAG a la suma de \$33.246.306 en virtud de las cancelaciones de tutela ordenadas por la SUPERSALUD, y como la mora para su pago comenzó en el momento de la notificación, se concluye que, de acuerdo con lo pedido resulta imperativo (Arts. 303 CPACA y Arts. 282, 283 C.G.P.), proceder a la determinación del interés moratorio legal, de una y media vez del interés legal corriente bancario (Art. 180 C.G.P. y 884 C.Co.), por el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2020 y la fecha del presente Laudo, de acuerdo con el siguiente cálculo:

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

CONCEPTO	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
Pagos por concepto de fallos de la Superintendencia de Salud	33.246.306	13.219.876

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo						
			No. Resol Superfi	Interes Cte Banca (1)	Interés de mora	Tasa Diaria	Capital	Intereses	Interés acumulado
Inicio	Final								
31/10/20	31/10/20	1	0869	18,09%	27,14%	0,0657968%	33.243.306	21.873	21.873
1/11/20	30/11/20	30	0947	17,84%	26,76%	0,0649870%	33.243.306	648.114	669.987
1/12/20	31/12/20	31	1034	17,46%	26,19%	0,0637514%	33.243.306	656.985	1.326.973
1/01/21	31/01/21	31	1215	17,32%	25,98%	0,0632948%	33.243.306	652.280	1.979.253
1/02/21	28/02/21	28	0064	17,54%	26,31%	0,0640120%	33.243.306	595.832	2.575.084
1/03/21	31/03/21	31	0161	17,41%	26,12%	0,0635884%	33.243.306	655.306	3.230.390
1/04/21	30/04/21	30	0305	17,31%	25,97%	0,0632622%	33.243.306	630.913	3.861.303
1/05/21	31/05/21	31	0407	17,22%	25,83%	0,0629682%	33.243.306	648.914	4.510.217
1/06/21	30/06/21	30	0509	17,21%	25,82%	0,0629355%	33.243.306	627.655	5.137.873
1/07/21	31/07/21	31	622	17,18%	25,77%	0,0628374%	33.243.306	647.567	5.785.439
1/08/21	31/08/21	31	0804	17,24%	25,86%	0,0630336%	33.243.306	649.588	6.435.027
1/09/21	30/09/21	30	0931	17,19%	25,79%	0,0628701%	33.243.306	627.003	7.062.030
1/10/21	31/10/21	31	1095	17,08%	25,62%	0,0625103%	33.243.306	644.195	7.706.225
1/11/21	30/11/21	30	1259	17,27%	25,91%	0,0631316%	33.243.306	629.610	8.335.836
1/12/21	31/12/21	31	1405	17,46%	26,19%	0,0637514%	33.243.306	656.985	8.992.821
1/01/22	31/01/22	31	1597	17,66%	26,49%	0,0644024%	33.243.306	663.694	9.656.515
1/02/22	28/02/22	28	143	18,30%	27,45%	0,0664752%	33.243.306	618.760	10.275.275
1/03/22	31/03/22	31	256	18,47%	27,71%	0,0670232%	33.243.306	690.703	10.965.978
1/04/22	30/04/22	28	382	19,05%	28,58%	0,0688846%	33.243.306	641.186	11.607.164
1/05/22	31/05/22	31	498	19,71%	29,57%	0,0709875%	33.243.306	731.556	12.338.721
1/06/22	30/06/22	30	617	20,40%	30,60%	0,0731690%	33.243.306	729.713	13.068.434
1/07/22	6/07/22	6	801	21,28%	31,92%	0,0759262%	33.243.306	151.442	13.219.876

g. Pretensión sobre entrega de paz y salvo con la red contratada.

A continuación entra esta Corporación al análisis de la pretensión mencionada.

1º.- Pretensión.- En ella se formula la pretensión declarativa de condena (**las pretensiones números 7**) sobre la entrega de paz y salvo con la red contratada, con

imposición de multa consagrada en el punto 5 del num.3º. del reglamento apéndice 1 B del pliego de condiciones denominado reglamento para imposición de sanciones en los contratos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es, del 1% por ciento del valor de un mes del contrato, por no presentar oportunamente los documentos, informes y demás requerimientos solicitados por el contratante.

2º.- Alcance contractual y fundamento.- Con relación a esta pretensión señala el Tribunal que, de acuerdo con el parág 1º. de la cláusula décima del contrato, **solamente** cuando existe "*acto administrativo motivado*" o, cuando no existiéndolo, se ha "*determinado*" "*el pago*" y la correspondiente condición de paz y salvo^(68f1).

Porque cuando se señala que el contratante "*está en la obligación de hacerle al contratista..... el pago de todas las sumas de dinero que le adeuda incluyendo el último mes del contrato, siempre y cuando el contratista presente el paz y salvo de la red contratada*", se está indicando claramente que la exigencia del paz y salvo es para hacerle el pago; lo cual indica que, previamente, hay que determinar, todas las sumas de dinero que se le adeuda incluyendo el último mes del contrato. **Es una condición para el pago. Es una garantía para la ejecución del pago y no para la determinación de la liquidación de lo adeudado.** Pues no habiendo facultad para compensación o deducción alguna, la exigencia previa sería inútil.

Sin embargo, de acuerdo con lo convenido en las cláusulas arriba transcritas, para la recepción del pago deberá aportarse el paz y salvo de haber tenido una red para la atención de los servicios a los que estaba obligado el contratista. Pues esta exigencia del parágrafo 1º. de la cláusula décima debe entenderse en armonía con la cláusula cuarta del contrato, en virtud de la cual el contratista se obliga a tener "*una red de servicios*"; esto es, un conjunto de unidades prestadoras, "*para la atención de los servicios de primer nivel de complejidad*", sin que aparezca probado, como lo dice la convocada, convenio

^{68f1} La cláusula décima del contrato y su parágrafo 1º., dicen en lo pertinente, lo siguiente: **El valor del último pago o mensualidad**, adicionalmente a lo previsto en la cláusula anterior, **una vez finalizado el contrato** y no existiendo prórroga del mismo ni celebrado otro contrato con la misma entidad médica, **esta condicionado a que el contratista cumpla a cabalidad las obligaciones establecidas en el presente contrato y los términos de referencia.- Parágrafo 1º.-** La contratante tiene un plazo de 45 días calendarios a partir de la terminación del contrato... **para informarle al contratista que ha incumplido una o varias obligaciones mediante acto administrativo motivado** ... Vencido el plazo indicado sin que se expida el acto administrativo, **la contratante esta en la obligación de hacerlo al contratista.** Y dentro de los diez (10) días calendario siguientes al vencimiento del plazo que tiene para expedir el precitado acto administrativo, **el pago de todas las sumas de dinero que le adeuden, incluyendo el último mes del contrato, siempre y cuando el contratista presente el paz y salvo de la red contratada**".

alguno de responsabilidad del prestador de servicio de pago de cartera y de pago a terceros.

Además, no siendo procedentes en este Tribunal Arbitral, las multas administrativas extrajudiciales que corresponde su imposición al Fondo, y dentro de la vigencia del contrato para conminar su cumplimiento, también **resulta infundada** la pretensión mencionada.

3º.- Conclusión.- Por consiguiente, conforme a lo estipulado en el contrato resulta impropia la pretensión sub examine.

h. Pretensión sobre liquidación.

En esta pretensión (**la pretensión número 8**) en que se solicita que se liquide parcialmente el contrato y, en subsidio, se pide liquidarlo dejando por fuera ciertas materias con la consiguiente condena, porque el FOMAG "*no renuncia a reclamarla*".

Sin embargo, como quiera que dicha pretensión está dirigida a obtener "*una liquidación judicial*", que, por su naturaleza, solo surge, en ausencia de liquidación bilateral o unilateral conforme a la ley, y que se encuentra sujeta a lo que resulte probado en el proceso, tal pretensión **resulta infundada** en cuanto descansa sobre la exclusión voluntaria de ciertas materias con independencia de lo que resulte probado.

i. Pretensión de costas y agencias en derecho.

No se accede a ella en los términos solicitados (la número 9), sino propiamente en los términos de ley (Art.365 del C.G.P.), sin la solidaridad solicitada por el reconviniente (número 6 del citado Art. 365 del C.G.P.), tal como se analizará en capítulo posterior de este Laudo.

C. Excepciones de mérito contra la pretensión de reconvención.

El Tribunal procede a analizar las excepciones formuladas por la convocante y por la llamada en garantía.

a. Excepciones de mérito de la convocante.

Son fundadas en la forma como sigue.

1º.- Fundadas.- Las excepciones de mérito formuladas por la parte convocante, como demandada en reconvención, se encuentran fundadas parcialmente de manera especial, esto es, en la medida en que impidieron la prosperidad de la mayoría de las pretensiones formuladas, salvo las que más adelante se indican.

Porque la de buena fe se encuentra reconocida en el cumplimiento de los acuerdos de pago de servicios de alto costo y la de extemporaneidad de la glosa en las pretensiones primera; la **de buena fe y la de no irse contra sus propios actos**, en las pretensiones segunda y tercera (Supra No.2.1.A.g.1º. y 4.1.B.a.3º.); y la de **inaplicabilidad e ineficacia de la cláusula octava** en lo referente al tope para la determinación del valor de los servicios de alto costo, en la pretensión cuarta (Ibídem).

Sin embargo, en ellas tiene razón la parte excepcionante en su existencia. Con todo, su alcance y reconocimiento allí fueron señalados en lo pertinente; y como quiera que tales aspectos eran también requisitos necesarios para la prosperidad de dichas pretensiones, fueron tenidos en cuenta directamente como hechos impositivos de la prosperidad de las mismas. Por lo que en este sentido se declararán fundadas.

Como quiera que no existen excepciones de la convocada sobre **las demás pretensiones**, el Tribunal no hace pronunciamiento sobre el punto.

2º.- Defensas.- Con todo, en atención a que frente a las pretensiones quinta y sexta cuya prosperidad se ha reconocido, no existen excepciones de mérito, salvo las que pueden deducirse de las alegaciones imprósperas hecha por la convocante en la demanda inicial, aquellas mantienen su vigencia.

b. Excepciones de mérito de la llamada en garantía contra la demanda en reconvención.

Estas excepciones también se encuentran fundadas en lo pertinente.

1º.- Fundadas.- Las excepciones de mérito formuladas por la llamada en garantía se encuentran igualmente fundadas de manera parcial y especial, en la forma como sigue. Las **excepciones de mérito comunes** a todas las pretensiones relativas a la violación de la confianza legítima y de buena fe, a la prevalencia de la voluntad real, interpretación sistémica y práctica del contrato y en contra del estipulante, la del contrato no cumplido; la de extemporaneidad de las glosas en la facturación de servicios de alto costo, la de incumplimiento de las bases de datos, la de ausencia de derecho de devolución del exceso de capitación y del derecho de terceros por multifiliación, la falta de entrega de paz y salvos de la red contratada y la relativa a la liquidación del contrato, se encuentran reconocidas en el desarrollo de la fundamentación de la negación de las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y demás denegadas de la demanda de reconvención, en lo que resulta pertinente y en el alcance allí indicado.

Pero como quiera que tales asuntos se consideraron como **requisitos necesarios para la prosperidad** de dichas pretensiones que no alcanzaron a cumplirse, es preciso entender que el reconocimiento de esta circunstancia debe apreciarse como hechos impositivos que hicieron fracasar la prosperidad correspondiente. Por lo que resulta inoficioso el reconocimiento de tales excepciones de mérito.

2º.- Defensas.- En cambio, como quiera que el Tribunal acogió la **pretensión quinta relativa al tope de las actividades máximas** para las actividades de servicio de salud ocupacional, bajo la consideración de su existencia fija pero flexible al lado de la posibilidad de autorización, se considera inane la excepción correspondiente de la convocante sobre la existencia de un tope generalmente flexible, tal como se expusiera en su oportunidad.

c. Conclusión.

De acuerdo con lo antes expuesto la demanda de reconvención **resulta desestimatoria en todas sus pretensiones, excepto en la quinta, sexta y novena correspondientes, sin perjuicio de lo indicado en la octava correspondiente.**

8. PRETENSIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE SEGURO CONTROVERTIDO.

Estando reunidos, como lo están, los presupuestos procesales necesarios para entrar al estudio de fondo de la controversia planteada en el llamamiento en garantía sobre el contrato de seguro (Supra No.1.1.) enseguida procede el Tribunal a verificar el acervo probatorio y regulación sustancial correspondiente.

5.1 PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Procede ahora el Tribunal a establecer el aspecto probatorio y sustancial allegados al proceso que sustentan dichas pretensiones.

A. Contrato de seguro.

Primeramente encuentra el Tribunal demostrado el contrato de seguro recogido en la póliza de cumplimiento de seguros No.18GU047858, en virtud del cual la compañía Aseguradora de Fianzas S.A.- Seguros Confianza S.A.-y Seguros Generales Suramericana S.A., en proporción respectiva del setenta y cinco por ciento (75%) y del veinticinco por ciento (25%), han coasegurado el cumplimiento por parte de la Unión Temporal UT Oriente Región 5, del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales No.120076006 del 30 de abril de 2012 entre aquella Unión Temporal conformada por la Fundación Oftalmológica de Santander "Foscal", Fundación Médico Preventiva para el bienestar social, Colombiana de Salud S.A. y Nueva Clínica Riohacha S.A., con el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

B. Elementos de la pretensión (Causa Petendi).

Siendo así las cosas, entra ahora el Tribunal al estudio de dicha pretensión, teniendo en cuenta el alcance del contenido y causa de la misma. Puesto que si ella se refiere a la **condena a la llamada en garantía "al pago de las condenas que se impusieron a la Unión Temporal UT Oriente Región 5"**, se hace indispensable proceder a su análisis en general.

a. Ausencia de condenas.

Concordante con lo anterior encuentra el Tribunal que con relación a la acción de reconvención formulada por el FOMAG contra la Unión Temporal UT Oriente Región 5 en la cual se solicitaba la declaratoria de incumplimiento de ésta y su correspondiente condena, no tuvieron éxito, a excepción de las pretensiones quinta y sexta que más adelante se examinan.

Por lo que, al ser absoluta la sentencia en todas ellas, no queda demostrada respecto a las mismas la causa petendi de la presente pretensión contra las aseguradoras.

Por lo tanto, en este aspecto sería impróspera la referida pretensión.

b. Condena en las pretensiones de reconvención.

Sin embargo, como quiera que de dicha reconvención prosperan con condenas dos pretensiones, la quinta y la sexta, que tienen alcances diferentes, es preciso proceder a su análisis.

1º.- Condena por la pretensión quinta de reconvención.- Tal como quedara descrito anteriormente, acogida la pretensión quinta de reconvención (Supra No.4.2.A.e), se declaró que, conforme a la cláusula octava del contrato sub lite, las actividades de salud ocupacional no solo tenían los "*topes máximos definidos en la matriz 7 A*", sino que se declara "*que la Unión Temporal UT Región 5 no tiene derecho al reconocimiento y pago de aquellas actividades que superen los topes máximos*".

Sin embargo, a pesar de que se acoge dicha pretensión declarativa de condena, esta última, conforme a lo que pide el reconviniente, tiene como efecto jurídico impedir o evitar que a la Unión Temporal citada se le reconozcan y paguen dichas actividades, esto es, **que no obtenga contraprestación económica alguna por parte del FOMAG**, lo cual si bien beneficia esta última, no implica erogación adicional alguna. Es un beneficio impeditivo o negativo de no erogación, y no se trata, por el contrario, de un beneficio positivo de erogación o restitución.

Pero como quiera que se trata de una **pretensión fundada en la ocurrencia del siniestro** en un seguro de daños, que implica la necesidad de que **este exista** para su

correspondiente prosperidad (Art.1088 del C. de Co.), que aquí no se presenta, entonces **no sería próspera la reclamación del valor del seguro por la referida condena que no ordena indemnización.**

2º.- Condena en la pretensión sexta de reconvención.- En tanto que al acogerse la pretensión sexta de reconvención (Supra No.4.2.A.f) en cuanto habrá de declararse que el **FOMAG tiene derecho a repetir lo pagado en los fallos judiciales** emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud, en las cantidades solicitadas y probadas, se cumple entonces la causa petendi y el fundamento indemnizatorio correspondiente (Art.1088 del C. de Co.).

Por lo que, entonces, está llamada a **prosperar dicha pretensión** y el Tribunal entra al estudio de las excepciones de mérito, tal como sigue.

5.2 EXCEPCIONES DE MÉRITO CONTRA LA PRETENSIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO CONTRA LAS ASEGURADORAS.

Procede el Tribunal, entonces, al análisis de dichas excepciones de mérito previa su determinación.

A. Determinación.

Da cuenta el expediente virtual correspondiente que las llamadas en garantía han propuesto, como excepciones de mérito, las de caducidad, prescripción, terminación del contrato, ausencia del riesgo asegurado, ausencia de incumplimiento de la Unión Temporal, no realización del riesgo asegurado, ausencia de cobertura, culpa del FOMAG, ausencia de prevención del daño, inexigibilidad de la obligación, falta de demostración del siniestro, violación del principio indemnizatorio, límite de la suma asegurada, compensación, inacumulabilidad de amparo, inexistencia de solidaridad, improcedencia de intereses moratorios y la genérica del caso.

B. Análisis general y particular de las excepciones de mérito.

Debido a la manera como han sido formuladas las excepciones de mérito y al análisis que hasta ahora ha hecho, el Tribunal procede a su examen de manera general y particular en lo pertinente.

a. Examen general.

Como quiera que la mayoría de las excepciones de mérito aquí formuladas van dirigidas a destruir o eliminar las pretensiones de condena que se han solicitado por parte de la llamante en garantía contra las llamadas en garantía, que no prosperan, este Tribunal, siguiendo el criterio jurisprudencial tradicional⁽⁶⁹⁾, considera necesario proceder al estudio de dichas excepciones de mérito en la siguiente forma:

En primer lugar, procederá al estudio de la caducidad, por cuanto esta última tiene eventual incidencia en la acción contenciosa de incumplimiento del contrato estatal y eventual incidencia en el presupuesto procesal de la competencia para el conocimiento de dicha controversia.

En segundo lugar, procederá al estudio de la prescripción extintiva alegada⁽⁷⁰⁾, por la eventual incidencia de esta excepción en la acción reclamatoria del seguro de la parte convocada contra las llamadas en garantía dentro del presente proceso arbitral, que, como es lógico, presupone la oportunidad y vigencia de la acción de responsabilidad contractual antes mencionada.

En tercer lugar, procederá el Tribunal al estudio de las demás excepciones de mérito.

Además, como quiera que algunas de **dichas excepciones de mérito pueden tener incidencia en las declaraciones de incumplimiento y de condena del contratista que se han acogido en las pretensiones 5 y 6 de la demanda de reconvención**, procede entonces el Tribunal a su correspondiente estudio, tal como se ha indicado.

b. Excepción de mérito de caducidad.

Previamente precisa el Tribunal su formulación, para luego abordar su correspondiente examen.

⁶⁹ La Jurisprudencia contenciosa ha sido unánime en señalar que en casos como los arriba citados “habrá que establecerse si en el caso se presentó la prescripción....del artículo 1081 del C. de Co. y la caducidad....del artículo 136 del CPACA y cual de ellos ocurrió primero, debido a que ambos asuntos pueden tener cabida en este asunto” (Sentencia del 6 de diciembre de 2017 del C.de Estado).

⁷⁰ También la jurisdicción contenciosa no solo distingue entre la caducidad contenciosa y la prescripción extintiva del artículo 1081 del C. de Co. y precisa que “al paso que la caducidad se debe tener como un presupuesto de la competencia del juez para entrar a conocer el caso, y, por tanto de carácter irrenunciable” (Sentencia del 19 de febrero de 2019 de la Secc.3ª. del C.de Estado).

1º.- Formulación.- Dice el excepcionante que habiendo estado *“el amparo de cumplimiento..... hasta el 22 de agosto de 2018 y el amparo de pago anticipado hasta el 28 de agosto de 2018”*, la *“caducidad de la acción contractual se configuró a más tardar el 28 de agosto de 2020”*, por lo que, al haberse presentado el llamamiento en garantía, *“el 30 de septiembre de 2020”*, fue hecho *“un mes después de que se hubiese configurado la caducidad de la acción contractual contra la aseguradora”*.

2º.- Naturaleza contenciosa de la caducidad alegada.- Al respecto, precisa el Tribunal que si bien existe una **relación de dependencia entre el contrato estatal de prestaciones de servicios médico-asistenciales y el contrato de seguro de cumplimiento** del mismo, así como de las acciones y plazos para el ejercicio de las responsabilidades derivadas de uno y otro contrato; también lo es, como arriba quedó expuesto, que entre ellos no solo existen diferencias en su naturaleza sino también en su tratamiento jurídico.

Por lo que, entonces, una es la **naturaleza contencioso administrativa** de la acción fundamentada en el contrato estatal y el plazo de caducidad previsto para su ejercicio, y otra la naturaleza privada de la acción de reclamación de seguro derivada del contrato de seguro correspondiente y el plazo de prescripción establecido para el mismo; aún cuando exista una relación de dependencia entre una y otra en su ejercicio y resultado.

3º.- Procedencia de la excepción de mérito de caducidad contenciosa frente a la acción reclamatoria del seguro.- Previamente precisa el Tribunal que la excepción de procedencia de la excepción de la acción contenciosa de carácter contractual, consagrada en el CPACA (Art. 136 y ss.), frente a la acción reclamatoria del seguro por parte de la Entidad Pública asegurada, solo tiene un alcance consecuencial respecto de esta última, por las razones que a continuación se exponen.

En primer término, porque la referida excepción de caducidad se encuentra limitada en su objeto, en cuanto persigue enervar la pretensión que se ha incoado en la demanda inicial del contratista contra la entidad contratante que, según el libelo, ha incumplido el contrato estatal y que, según su demanda de reconvención, la entidad contratante le atribuye al contratista el incumplimiento de sus respectivas obligaciones.

En segundo término, porque, no obstante, lo anterior, si bien dicha caducidad afecta las pretensiones derivadas por incumplimiento del contrato estatal, no es menos cierto que tal afectación también puede tener incidencia en la pretensión reclamatoria del seguro que formula la entidad pública en el mismo proceso arbitral, como asegurada, contra las compañías aseguradoras pertinente. Porque si bien esta última pretensión, la reclamatoria del seguro, tiene una naturaleza mercantil y se encuentra regulada por el Código de comercio, que respecto de dicha pretensión mercantil, no contempla el fenómeno de la caducidad sino de la prescripción extintiva (como se verá más adelante), no es menos cierto que si en la hipótesis mencionada, la pretensión reclamatoria del seguro, se encuentra sujeta a la existencia del derecho en favor de la entidad contratante por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, es lógico entender que ello no se presenta cuando ha caducado la acción contenciosa contractual que permitiría la posibilidad de poder establecer dicho incumplimiento.

Por lo que, en este último caso, resulta procedente y fundada la excepción de caducidad de la acción contenciosa frente a la pretensión reclamatoria del seguro. Puesto que la extinción, por caducidad, de aquel derecho a obtener el incumplimiento del contratista, impide consecuentemente la procedencia de la reclamación del seguro. Pero en este evento, el plazo de caducidad sigue siendo el mismo regulado por el artículo 136 del CPACA y, por tanto, deberá computarse de acuerdo con dicha norma y la jurisprudencia sobre la misma, sin perjuicio, desde luego, de su trascendencia en la extinción del derecho a la reclamación del seguro.

En tanto que no siendo prospera la excepción de caducidad contenciosa, ella tampoco tiene incidencia en la pretensión reclamatoria del seguro, pero ello no impide, como lo ha reconocido la jurisprudencia, que respecto de esta última pretensión mercantil, pueda darse la prescripción extintiva del Código de Comercio ⁽⁷¹⁾

4º.- Examen del caso sub examine.- Siendo así las cosas, el Tribunal no solo no encuentra probada la caducidad contenciosa administrativa formulada por el FOMAG frente a la demanda principal que le adelantó la Unión Temporal Región 5 (Supra No.4.1.C.a), sino que tampoco ahora encuentra probada la excepción de caducidad

⁷¹ Al respecto, la jurisprudencia contenciosa ha sido enfática en señalar que “la regulación de la caducidad de la acción no desplaza la eventual aplicación de la figura de la prescripción, no obstante lo cual el término de la prescripción no puede ser invocado para ampliar o reabrir el plazo de caducidad de la acción fijado por la ley” (Sentencia del 6 de diciembre de 2017 de la Secc.3ª. del C.de Estado).

mercantil sub examine de la reclamación del seguro, que han formulado las aseguradoras contra el FOMAG por las pretensiones del llamamiento en garantía, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque si la caducidad alegada por las llamadas en garantía, es la caducidad contenciosa computada ordinariamente en la forma arriba señalada, con incidencia consecencial en el derecho reclamado en la pretensión del seguro reclamado por el FOMAG, dicho fenómeno extintivo no se presenta en este caso. Puesto que habiendo terminado el contrato el 28 de febrero y liquidado el 2 de noviembre de 2018 y siendo el plazo de caducidad con el descuento correspondiente que se extiende hasta el 19 de febrero de 2021 (período inicial de caducidad entre el 3 de noviembre de 2018 y el 3 de noviembre de 2020, que, por el descuento por pandemia, se extiende hasta el 19 de febrero de 2021) (Supra No.4.1.C.a), y habiéndose presentado el llamamiento en garantía el 30 de septiembre de 2020, resulta entonces, oportuno el ejercicio de la pretensión contenida en el correspondiente llamamiento en garantía. Por lo tanto, en este aspecto, no se consuma la caducidad alegada.

En segundo lugar, porque si la excepción de caducidad aquí alegada es la misma contenciosa, con un cómputo especial desde el 22 o el 28 de agosto de 2018 (como lo aducen las llamadas en garantía en que termina el amparo de cumplimiento y el amparo de pago anticipado) hasta el 28 de agosto de 2020, que, a juicio de dichas aseguradoras, deja por fuera el llamamiento de garantía presentado el 30 de septiembre de 2020; también hay que concluir que tampoco se estructura la caducidad alegada. Porque, como arriba se dijo, dicho cómputo alegado no se ajusta a la regulación del artículo 136 del CPACA sobre la oportunidad en que deben presentarse las acciones sobre controversias de contratos estatales.

En tercer lugar, porque si la excepción de caducidad que aducen las aseguradoras, no se refiere a las acciones contenciosas, sino a las pretensiones contenidas en el llamamiento en garantía, también está llamada al fracaso porque esta caducidad no está consagrada expresamente en el Código de Comercio, sino que, por su parte, dicho Código lo que consagra es el fenómeno de la prescripción (Art.1081 del C. de Co.), tal como se verá más adelante.

5º.- Conclusión.- Por consiguiente, en lo cual tiene razón la convocada, resulta infundada la mencionada excepción de caducidad.-

c. Excepción de mérito de prescripción extintiva.

Previamente precisa el Tribunal su formulación, para proceder posteriormente al examen de su procedencia y examen correspondiente.

1º.- Formulación.- Aduce el excepcionante que, de acuerdo con el Artículo 1081 del C. de Co., la acción promovida contra las Aseguradoras se hizo habiendo transcurrido el plazo de prescripción extintiva de dos (2) años contados a partir del momento en que venció el contrato, el 28 de febrero de 2018, en vista de que el llamamiento en garantía se hizo el 30 de septiembre del año 2020.

2º.- Procedencia de la prescripción extintiva del seguro frente a la no caducidad de la acción contenciosa.- Concordante con lo arriba expuesto de la diferencia entre la caducidad de la acción contenciosa contractual y la prescripción extintiva de la acción reclamatoria del seguro, en armonía con la diferencia entre la caducidad y la prescripción, resulta procedente, entonces, que no habiendo caducidad de la primera, puede darse la posibilidad de la existencia de la segunda.

Al respecto, tiene sentada la jurisprudencia contenciosa y la civil que mientras la caducidad afecta el derecho sustancial, es objetiva, aplicable de oficio e irrenunciable, en cambio la segunda afecta la acción, es subjetiva, alegable y renunciable. De allí que teniendo una regulación diferente respecto de pretensiones distintas, la una referida a la pretensión del incumplimiento del contrato estatal, y la otra relativa a la pretensión reclamatoria del seguro, pueden tener tratamiento jurídico diferente⁽⁷²⁾

3º.- Prescripción extintiva de la reclamación del seguro.- Ciertamente la jurisprudencia civil de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Contenciosa del Consejo de Estado, han admitido, en aplicación del Artículo 1081 del C. de Co., la prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años a partir del **conocimiento del incumplimiento** del contrato o cuando llega el **vencimiento del plazo** en que podía

⁷² *Ibíd.*

cumplirse (casación civil del 18 de diciembre de 2012 y 24 de julio de 2006), o a partir del **acto administrativo**⁽⁷³⁾

Sin embargo, teniendo en cuenta la **naturaleza de ejecución sucesiva** con prestaciones periódicas del contrato estatal médico asistencial garantizado, que permiten distinguir dentro de su ejecución los cumplimientos o incumplimientos parciales y provisionales, de los cumplimientos e incumplimientos en total y definitivos del correspondiente contrato, el Tribunal considera que el conocimiento del incumplimiento total y definitivo del contrato⁽⁷⁴⁾, solo puede entenderse establecido con relación a su consolidación definitiva y a su reconocimiento en la acción correspondiente.

Por lo tanto, una cosa es el ejercicio de las **acciones contractuales** directas de incumplimiento del contrato de prestación de servicio médico asistencial, la inicial del contratista contra la entidad contratante y la posterior de reconvención de incumplimiento de esta última contra aquel, y otra, la **acción reclamatoria del seguro** de la entidad pública asegurada contra los aseguradores⁽⁷⁵⁾.

4º.- Análisis del caso sub examine.- Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se hace necesario distinguir entonces los períodos de caducidad y los de prescripción, el uno referido a la acción contenciosa, y el otro concerniente a la acción mercantil reclamatoria del seguro.

Porque, en el primer caso, **el período de la acción declarativa**, comenzaría a partir del momento en que se conoció o debió conocerse dicho incumplimiento, esto es, de

⁷³ Sala Plena del Consejo de Estado del 24 de mayo y Sección Tercera del 11 de septiembre del 2012.

⁷⁴ En este sentido coincide la jurisprudencia nacional, tanto civil como contenciosa administrativa, al decir que en los seguros de cumplimiento el "siniestro" ocurre "con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada" (Casac.civil del 7 de mayo de 2002), y en que dicho incumplimiento se configura con "la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado o el cumplimiento defectuoso", y cuando se presenta el "incumplimiento definitivo" por "imposibilidad absoluta sobreviniente, por expiración del plazo y frustración del contrato y decisión inequívoca de la administración de no ejecutar el objeto contractual" (Sentencias del 7 de mayo de 1991 y 11 de mayo de 1998, de la Secc.3ª. del C.de Estado).

⁷⁵ La jurisprudencia contenciosa administrativa también coincide con la jurisprudencia civil, cuando señala que "en el seguro de cumplimiento opera de una parte, la prescripción ordinaria, con todos los aspectos que la caracterizan, particularmente en lo que se refiere a la base subjetiva, lo que supone que el de curso prescriptivo empezara a correr desde el momento en que los interesados tengan -o deban haber tenido- conocimiento del siniestro, que en el caso concreto del seguro de cumplimiento, si se ha manifestado, estará dado por la floración del incumplimiento, en términos muy simples y sin eufemismos" (Sentencias del 22 de abril de 2009 y 16 de julio de 2015 de la Secc.3ª. del C.de Estado).

incumplimiento del contrato médico asistencial promovida por la parte convocante contra la convocada, cuando una vez vencido, el 28 de febrero de 2018, ha debido establecerse mediante la **liquidación convencional** procedente entre el 1º. de marzo de 2018 y el 1º. de septiembre de 2018; o, en su caso, ha debido establecerse mediante **liquidación unilateral de la administración** entre el 1º. de septiembre y el 4 de noviembre de 2018, **momento a partir del cual comienza el plazo de caducidad de dicha acción contractual, tal como anteriormente se dijo.**

En tanto que, en el segundo caso, esto es, el período de la prescripción de la **acción reclamatoria del seguro** formulada por la convocada contra las compañías aseguradoras, que se funda en el incumplimiento del contrato por la parte convocante prestadora del servicio, hay que tenerla **por formulada oportunamente cuando ha sido presentada dentro del mismo proceso en el tiempo consagrado y computado de acuerdo con el Código de Comercio**, esto es: En la prescripción ordinaria de dos años el período comienza a partir del momento en que el interesado *"haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción"*, o sea, de la ocurrencia del siniestro consistente en la *"ocurrencia del incumplimiento del contratista"* (Art.1081, inciso 1º., 1077, 1072 y 1054 del C. de Co.). Y en la prescripción ordinaria de cinco años, el período comienza a partir del *"momento en que nace el respectivo derecho"*, o sea, a partir de la ocurrencia del siniestro (Arts.1081, inciso 2º., 1077, 1072 y 1054 del C. de Co.)(⁷⁶).

Siendo así las cosas, ello acontece en el primer caso sub examine a partir del momento en que, por tal circunstancia la convocada debió tener o tuvo conocimiento del incumplimiento del contratista, lo que se daría, a la expiración del contrato el 28 de febrero de 2018 o, en su caso, a partir del conocimiento en que la misma convocada le haya informado a la Unión Temporal su incumplimiento, dentro del plazo convenido (45 días) en el contrato (cláusula décima, párrafo 1º.). Pues, indudablemente son estos dos momentos en los cuales la entidad pública asegurada debió tener o tuvo conocimiento del incumplimiento de las obligaciones del contrato de prestación de servicios médico asistenciales, por parte del contratista, prestador de dichos servicios, incumplimiento que fue el fundamento de la pretensión de responsabilidad formulada por la convocada contra

⁷⁶ Pues "una y otra de estas especies de prescripción, en línea de principios, pueden afectar tales acciones que surgen del contrato de seguro, según el artículo 1081 del C. de Co. (Casac.Civil del 6 de febrero de 2002, reiterada en junio de 2007).

la convocante en la demanda de reconvención, y que también lo fue en la pretensión reclamatoria del seguro formulada por la convocada contra las llamadas en garantía, de acuerdo con la póliza de cumplimiento que lo amparó. Por lo tanto, dicho incumplimiento del contratista, amparado por la referida póliza, constituye el momento a partir del cual surgió en favor de la convocada la posibilidad de hacer la reclamación del seguro a las llamadas en garantía, para los efectos del cómputo de la prescripción a que se ha hecho mención (Arts.1077 y 1981 del C. de Co.)⁽⁷⁷⁾ .

De allí que no le asista razón a la convocada cuando expresa que esta última no pudo tener conocimiento del incumplimiento al vencimiento del contrato el 28 de febrero de 2018, sino únicamente *"hasta el 18 de junio de 2020 con el proyecto de liquidación finalizado"*, ya que, a su juicio, era el momento en que podía conocer, debido al cruce de cuentas, la existencia del incumplimiento por parte de la convocante. Lo primero obedece a que, cuando la convocada en su demanda de reconvención afirma que la convocante incumplió el contrato dentro de su vigencia, en muchas de sus obligaciones, como las de no actualización diaria de la base de datos, el no control de la multifiliación, la violación de los límites máximos en actividades en salud, la no prestación de servicios que generaron fallos condenatorios por la Superintendencia, etc. ello implica que, por lo menos, al finalizar el contrato el 28 de febrero de 2018, hubiese tenido conocimiento de esos incumplimientos, para efectos de su reclamación judicial. Y lo otro, porque, si el derecho a reclamar el valor del seguro surge *"ocurrido el siniestro"*, el cual *"da origen a la obligación del asegurador"* (Art.1054 del C. de Co.), lo cual acontece en la póliza de cumplimiento con el incumplimiento del contratista, es allí, entonces, en que, conocido o debido conocer el mismo, debe computarse el término de la prescripción (Art.1081 del C. de co.). Lo cual es diferente a la reclamación posterior, de manera extrajudicial o judicial, en la que *"al asegurado"* le corresponde *"demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso"* de la que el asegurador es el responsable (Art.1077, inciso 1º. C. de Co.), lo que, por tanto, indica que la determinación y demostración de la cuantía, no es un requisito previo para el cómputo del plazo prescriptivo, sino que, por el contrario, es posterior a su iniciación y materia del trámite extrajudicial o judicial de su correspondiente reclamación. Por lo tanto, contrariamente a lo que dice la convocada, no es en el momento en que se establece la cuantía, ni mucho

⁷⁷ El "vencimiento del contrato" es el momento del conocimiento del incumplimiento, porque si hasta ese día la sociedad afianzada tenía la posibilidad de cumplir lo estipulado, resulta diáfano que si el acreedor de la respectiva prestación no la recibió en esta fecha, necesariamente se entiende que ahí mismo tuvo que conocer el incumplimiento" (Casac.Civil del 20 de septiembre de 2010).

menos el saldo de lo quedado a deber, lo que determina el momento prescriptivo. Puesto que aquel es el momento final de la liquidación de lo que queda a deberse, el cual es distinto del momento en que previamente se incumplieron las obligaciones, que es lo que se tiene en cuenta y, a lo sumo, el momento en que a la finalización del contrato se consolida el incumplimiento.

4º.- Conclusión y costas.- Por consiguiente, esta excepción de prescripción extintiva resulta próspera y, por lo tanto, extingue en favor de las aseguradoras el derecho a reclamar en el llamamiento en garantía el seguro en todas las pretensiones que se han basado en el incumplimiento del contratista, incluyendo aquellas en que se declaró incumplido el contratista por violación de los topes máximos (petición 5) y la que se basó en el incumplimiento y el reembolso de lo pagado por fallos judiciales (petición 6) en que se condenó al contratista en la demanda de reconvención.

De allí que como consecuencia de la prosperidad de esta excepción de mérito de prescripción extintiva formulada por las aseguradoras Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A., se impone, entonces, condenar a la parte vencida en ella, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), al pago de los gastos y costas del llamamiento en garantía, causados dentro de este proceso arbitral, en favor de aquellas Aseguradoras, cuya cuantías respectivas se fijan más adelante.

d. Examen de las demás excepciones de mérito.

Entra ahora el Tribunal al estudio de las demás excepciones de mérito formuladas.

1º.- Formulación.- También aduce la llamada en garantía, como excepciones de mérito, que el FOMAG violó las garantías de modificación contractual y de incumplimiento del contrato de prestación de servicios, así como el principio indemnizatorio pertinente, a lo cual agrega las excepciones de mérito de compensación y de inexistencia de solidaridad.

2º.- Examen inoficioso.- Es verdad averiguada que si las excepciones de mérito tienen por objeto impedir, modificar o extinguir el derecho que resulta viable dentro de la pretensión que ha sido formulada, y que si esa excepción afecta la totalidad de la misma,

basta de que prospere una de ellas, para que sea inútil el estudio de las demás, lo que entra a precisar el Tribunal.

Ahora, como quiera que la excepción de prescripción extintiva que tiene éxito afecta el poder de acción de la convocada para promover contra las aseguradoras la reclamación del seguro y tiene una extensión total, ello conlleva la extinción de la misma para reclamarlo.

Y como quiera que las demás excepciones de mérito persiguen la extinción de facultades eventuales del derecho que ha prescrito, también resulta inoficioso su análisis. Por consiguiente, teniendo en cuenta que la prosperidad de la excepción de prescripción extingue el derecho que eventualmente tenía la entidad pública asegurada para ejercer la acción y reclamar el valor del seguro de las compañías aseguradoras, ello hace inútil e inoficiosa el estudio de las demás excepciones mencionadas. Pues si estas como excepción presuponen la existencia del derecho a acudir a dicha pretensión dentro de este proceso arbitral que con dichas excepciones pretenden modificar o extinguir, lógicamente si este, por prescripción, no existe, el estudio de aquellas resulta inane.

Por consiguiente, el Tribunal no hace pronunciamiento sobre dichas excepciones, por sustracción de materia.

5.3 CONCLUSIÓN.

Por todo lo expuesto, no se abre paso el reconocimiento de la excepción de mérito de caducidad, pero si resulta prospera la excepción de prescripción extintiva estudiada en favor de las llamadas en garantía, sin que sea necesario hacer pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito, siendo, entonces, desestimatoria todas las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía por la convocada contra las aseguradoras demandadas.

9. VALORACIÓN DE LA ESTIMACIÓN BAJO JURAMENTO.

En vista de que, conforme con el Artículo 12 de la Ley 1563 de 2012 y los Artículos 82, num.7 y 206 del C.G.P., en caso de estimación irrazonable de la indemnización reclamada bajo juramento que exceda el 50% de la cantidad que resulte probada, el Juez queda facultado para imponer la sanción económica del 10% de la diferencia en favor de la otra

parte, el Tribunal no encuentra que en el caso sub examine se den los presupuestos legales para su aplicación.

Pues si bien ciertamente las estimaciones bajo juramento de las pretensiones novena de la demanda principal acogida parcialmente, y en las pretensiones cuarta y séptima de la misma que fueron denegadas, revelan un exceso en dicho porcentaje; lo cierto es que ellas **se formularon de manera razonable de acuerdo con la complejidad de la controversia**. Ya que del contenido y ejecución del contrato controvertido, debió exponerse en el Laudo una pluralidad de razones jurídicas sustanciales y probatorias para poder resolver dicha controversia, **sin que en ella se hubiese establecido abuso en su formulación**, de lo cual se desprende, entonces, su estimación razonable.

Algo semejante acontece con la estimación bajo juramento de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención de la convocada y la concerniente al llamamiento en garantía formulada por ésta última contra las aseguradoras, tanto más cuanto la denegación de ambas demandas, no obedece a aspectos probatorios de la falta de demostración de los hechos e indemnizaciones que se reclaman, sino, por el contrario, a aspectos jurídicos sustanciales, ajenos a la estimación bajo juramento.

Por lo tanto, no encuentra el Tribunal Arbitral razón para el ejercicio de dicha atribución.

10. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES – ARTÍCULO 280 DEL C.G.P.

El artículo 280 del C.G.P. –referente al contenido de las sentencias– establece en la parte final de su inciso primero que *“el juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”*.

En el caso que ocupa al Tribunal, las partes y sus respectivos apoderados tuvieron un comportamiento ceñido a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

11. COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

En sus respectivos escritos, cada una de las partes solicitó al Tribunal condena en costas. Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.”*

En materia de costas y agencias en derecho, este proceso se regula por la Ley 1563 de 2012 y por el Código General del Proceso, norma que dispone en su artículo 365 lo siguiente:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

“Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

“2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.(...)"

Efectuada la evaluación de las decisiones adoptadas en este Laudo, y teniendo en cuenta lo que para cada una de las partes, así como para las sociedades llamadas en garantía, representa el resultado del proceso, en aplicación del artículo citado, se impondrá condena en costas de acuerdo con las liquidaciones que se consignan a continuación.

A. Condena en costas respecto de la controversia contenida en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención y en sus respectivas contestaciones

Efectuada la evaluación de las pretensiones y defensas de las partes, así como el monto de las condenas a cargo de cada una, el Tribunal impone a cargo de la parte convocada una condena en costas equivalente al 75% de las sumas de gastos y honorarios fijados en el proceso, así como las agencias en derecho, conforme a las liquidaciones que se muestran a continuación. La suma correspondiente a los honorarios fijados respecto del dictamen pericial decretado por el Tribunal no se incluye, pues dicha prueba fue solicitada por la convocada quien asumió el 100% de dichos honorarios.

Honorarios y gastos del trámite arbitral

Concepto	Valor
Honorarios para cada Árbitro	\$ 850.000.000
Total honorarios 3 Árbitros	\$ 2.550.000.000
IVA 19%	\$ 484.500.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 425.000.000
IVA 19%	\$ 80.750.000
Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	\$ 425.000.000
IVA 19%	\$ 80.750.000
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 30.000.000
Total	\$ 4.076.000.000

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

Teniendo en cuenta que la convocada asumió el 50% que le correspondía por este concepto y que de acuerdo con la decisión del Tribunal le corresponde asumir el 75% de esta partida, se le condenará a pagar a favor de la convocante la suma de **mil millones diecinueve mil pesos (\$1.019.000.000)**.

Agencias en derecho

Para la fijación de las agencias en derecho a que se refiere el artículo 366 (2) del citado C.G.P., el Tribunal acudirá a un criterio de *razonabilidad*, toda vez que no advierte tacha en la conducta procesal de las partes o de sus apoderados, quienes, por el contrario, actuaron a lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo. Por lo anterior, considera razonable establecerlas en un total de ciento setenta millones de pesos (\$680.000.000), monto del cual la convocada debe asumir un 75%, de manera tal que esta deberá pagar a la convocante la suma de **quinientos diez millones de pesos (\$510.000.000)**.

Total condena en costas derivada de la demanda principal, la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones

De acuerdo con las liquidaciones anteriores, la convocada deberá pagar a la convocante las siguientes sumas de dinero:

Honorarios y gastos del Tribunal:	\$	1.019.000.000
Agencias en derecho:	\$	510.000.000
Total:	\$	1.529.000.000

A. Condena en costas respecto del llamamiento en garantía formulado contra Seguros Confianza S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A.

Teniendo en cuenta lo expuesto en las consideraciones del presente laudo con relación al llamamiento en garantía, por este concepto se impone a cargo de la parte convocada una condena en costas equivalente al 100% de las sumas de gastos y honorarios fijados así como de las agencias en derecho, conforme a las liquidaciones que se muestran a continuación.

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

Honorarios y gastos del trámite arbitral fijados a cargo de Seguros Confianza S.A.

Concepto	Valor
Honorarios para cada Árbitro	\$ 29.000.000
Total honorarios 3 Árbitros	\$ 87.000.000
IVA 19%	\$ 16.530.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 14.500.000
IVA 19%	\$ 2.755.000
Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	\$ 14.500.000
IVA 19%	\$ 2.755.000
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 5.000.000
Total	\$ 143.000.000

De acuerdo con lo anterior se condenará a la convocada a pagar a favor de Seguros Confianza S.A. la suma de **ciento cuarenta y tres millones de pesos (\$143.000.000)**.

Agencias en derecho

El Tribunal acude a un criterio de *razonabilidad*, toda vez que no advierte tacha en la conducta procesal de la convocada ni de Seguros Confianza S.A., quienes, por el contrario, actuaron a lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo. Por lo anterior, considera razonable establecerlas en un total de **veintitrés millones de pesos (\$23.000.000)**, monto que debe ser asumido en su totalidad por la convocada a favor de dicha aseguradora.

Total condena en costas derivada del llamamiento en garantía formulado contra Seguros Confianza S.A.

De acuerdo con las liquidaciones anteriores, la convocada deberá pagar a Seguros Confianza S.A. las siguientes sumas de dinero:

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5

contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

Honorarios y gastos del Tribunal:	\$	143.000.000
Agencias en derecho:	\$	23.000.000
Total:	\$	166.000.000

Honorarios y gastos del trámite arbitral fijados a cargo de Suramericana de Seguros S.A.

Concepto	Valor
Honorarios para cada Árbitro	\$ 29.000.000
Total honorarios 3 Árbitros	\$ 87.000.000
IVA 19%	\$ 16.530.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 14.500.000
IVA 19%	\$ 2.755.000
Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	\$ 14.500.000
IVA 19%	\$ 2.755.000
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 5.000.000
Total	\$ 143.000.000

De acuerdo con lo anterior se condenará a la convocada a pagar a favor de Suramericana de Seguros S.A. la suma de **ciento cuarenta y tres millones de pesos (\$143.000.000)**.

Agencias en derecho

El Tribunal acude a un criterio de *razonabilidad*, toda vez que no advierte tacha en la conducta procesal de la convocada ni de Suramericana de Seguros S.A., quienes, por el contrario, actuaron a lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo. Por lo anterior, considera razonable establecerlas en un total de **veintitrés millones de pesos (\$23.000.000)**, monto que debe ser asumido en su totalidad por la convocada a favor de dicha aseguradora.

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

**Total condena en costas derivada del llamamiento en garantía formulado
contra Suramericana de Seguros S.A.**

De acuerdo con las liquidaciones anteriores, la convocada deberá pagar a Suramericana de Seguros S.A. las siguientes sumas de dinero:

Honorarios y gastos del Tribunal:	\$	143.000.000
Agencias en derecho:	\$	23.000.000
Total:	\$	166.000.000

III. RESOLUCIÓN

En razón de lo expuesto, este Tribunal convocado para resolver las diferencias entre UNION TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 - conformada por la Fundación Oftalmológica de Santander "FOSCAL", Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., Colombiana de Salud S.A. y Nueva Clínica Riohacha S.A.S.- y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, así como las diferencias entre este último y las compañías ASEGURADORA DE FIANZAS S.A- SEGUROS CONFIANZA S.A. y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con la intervención del Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en decisión unánime,

RESUELVE

PRIMERA.- Decisión sobre las excepciones de mérito de la demanda principal.-

Siguiendo el orden técnico jurídico correspondiente, este Tribunal dispone sobre las excepciones de mérito propuestas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, lo siguiente:

1.- Probadas parcialmente. Declarar probada, conforme a la ley, la excepción vigésima cuarta de compensación formulada por la convocada en contra de la convocante, en la cantidad de **\$33.246.306** reconocida en el presente Laudo en la condena a la convocante y en favor de la convocada en la pretensión número seis de la demanda de reconvención.

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

También se declaran probadas parcialmente las excepciones, décima octava (respecto de los pagos efectuados con base en la UPC y no con relación a los saldos a favor que el FOMAG reclama con base en la UPCM), vigésima primera y vigésima segunda, en los términos indicados en la parte motiva.

2.- No probadas.- Declarar no probadas las excepciones de mérito tercera, octava, novena y décimo quinta, por lo expuesto en las consideraciones.

3.- Infundadas.- Declarar infundadas las excepciones de mérito primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, décima, décima primera, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima sexta, décima séptima, décima novena, vigésima, vigésima tercera, vigésima quinta, vigésima sexta y demás que implícitamente contengan las resoluciones de este Laudo.

SEGUNDA.- Declaraciones y condenas sobre las pretensiones de la demanda principal.- Siguiendo el orden propuesto en esta demanda, con la organización pertinente, este Tribunal adopta las siguientes declaraciones y condenas.

1.- Declaraciones y condenas.- Declarar que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012, y consiguientemente se le condena al pago en favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 de las siguientes sumas:

1.1.- Servicios de alto costo.- Declarar que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 2076-006-2012, con vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, y, en consecuencia, condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG al pago a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, de las facturas a que hace mención la parte motiva, por recobro en la prestación de servicios de alto costo, en la cantidad de **\$55.774.742.810**, y a la suma de **\$24.803.532.126**, por concepto de intereses moratorios (pretensiones primera, tercera y cuarta).

1.2.- Servicio de salud ocupacional.- Declarar que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012 y la matriz 7 A-1 de la aclaración No. 2 del pliego de condiciones, con vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, y, en consecuencia, condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG al pago a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 de las cinco (5) facturas conciliadas y auditadas Nos. 1536, 1556, 1583, 1640 y 1674 sobre la prestación de servicios de salud ocupacional, en la cantidad de **\$6.661.759.549** y la de **\$2.962.544.669** por concepto de intereses moratorios (pretensiones quinta, sexta y séptima).

1.3.- Servicios por orden de tutela.- Declarar que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012 al no pagar oportunamente las facturas por los servicios de salud ordenados por sentencias de tutela arriba citadas (pretensión décima), y, en consecuencia, condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG a pagar en favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, las sumas de **\$3.251.497.385** correspondientes a su valor, y, de **\$1.445.970.269** en razón a los intereses moratorios (pretensión décima primera).

1.4.- Servicios de promoción y prevención.- Declarar que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012 al no pagar oportunamente las facturas de servicios de promoción y prevención (pretensión décima segunda), y, en consecuencia, condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG a pagar en favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 el valor de dichas facturas, en cantidad de **\$2.312.837.535**) y al pago de los intereses moratorios, en cantidad de **\$1.028.539.751** (pretensión décima tercera).

1.5.-Saldo de facturas de alto costo.- Declarar que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012 al no pagar oportunamente el saldo de las facturas de alto costo de mayo de 2012 a septiembre de 2013 (pretensión décima cuarta), y, en consecuencia, condenar al FONDO NACIONAL DE

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG a pagar en favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, la suma de **\$992.125.203** y al pago de la suma de **\$441.207.043** por intereses moratorios, en los términos expuestos en la parte motiva (pretensión décima quinta).

1.6.- Devolución última cápita.- Condenar, de acuerdo con la interpretación indicada en la parte motiva, al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG a pagar en favor de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 la devolución de la retención de la última cápita del contrato, en su capital por un valor de **\$17.230.983.924**, y los intereses moratorios correspondientes por un valor de **\$7.662.774.256** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva (pretensión décima séptima).

2.- Liquidación judicial.- Ordenar la liquidación judicial del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012, celebrado entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG y la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 (pretensión décimo octava), teniendo las condenas adoptadas en el presente Laudo y las compensaciones y extinciones allí mismo reconocidas.

3.- Plazo de cumplimiento.- Condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG a cumplir el presente Laudo (pretensión décima novena), en los términos de los artículo 192 y 195 del CPACA.

4.- Intereses moratorios de las condenas del Laudo.- Disponer que las cantidades a las cuales se refiere la anterior resolución (segunda) devenguen los intereses moratorios a partir la ejecutoria del Laudo y de acuerdo con los requerimientos de ley (incisos 3º. y 6º. del Art.192 y 195 del CPACA).

5.- Denegaciones.- Denegar parcialmente las pretensiones quinta, sexta, séptima, relacionadas con las facturas no conciliadas de salud ocupacional, y **en forma total** las pretensiones octava, novena, décima sexta y décima novena de la demanda principal, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

TERCERA.- Decisiones sobre las excepciones de mérito contra las pretensiones de reconvención.- Siguiendo el orden técnico jurídico correspondiente este Tribunal

dispone sobre las excepciones de mérito formuladas por UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 en la contestación de la demanda en reconvención y las excepciones de mérito contra dicha demanda propuestas por las llamadas en garantía (COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- SEGUROS CONFIANZA S.A. y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.), este Tribunal dispone:

1.- Excepciones de mérito de la reconvención.- Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por la reconvención UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, de buena fe, no venire contra actos propios, ilegalidad y extemporaneidad de las glosas; y fundadas parcialmente, en los términos arriba señalados, las excepciones de mérito de inaplicabilidad e ineficacia y las demás excepciones propuestas o encontradas probadas por este Despacho en los términos expuestos en la parte motiva.

2.- Excepciones de mérito de las llamadas en garantía.- Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por las Aseguradoras contra las pretensiones de reconvención, en los términos allí expuestos, sobre confianza legítima y buena fe, prevalencia de voluntad real, interpretación sistemática, interpretación práctica, resolución contra estipulaciones, contrato no cumplido, no reembolso del valor glosado a facturas de alto costo, a la base del quince (15) por ciento UPC para calcular los reembolsos de alto costo, etc. los relativos al derecho a la devolución del exceso pagado por capitación, la de reclamación de terceros por multifiliación y demás formuladas o encontradas demostradas o decididas implícitamente en el presente Laudo.

3.- Excepción de mérito de no reconocimiento del exceso del tope contractual.- Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por las mismas Aseguradoras contra la pretensión de no reconocimiento del exceso ordenado en la prestación de servicios ocupacionales del tope máximo y la formulada contra la pretensión de reconvención de lo pagado por los fallos emitidos por la Superintendencia de Salud, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTA.- Declaraciones y condenas de las pretensiones de la demanda de reconvención.- Siguiendo el orden técnico jurídico propuesto en el libelo demandatorio correspondiente, el Tribunal decide:

1.- Declaraciones y condenas.- Acceder a las pretensiones cinco y seis de la demanda de reconvención, y, en consecuencia:

A.-Declaración negativa.- Declarar que, conforme a los documentos que recoge el contrato sub examine, las actividades de salud ocupacional tienen toques máximos definidos en la matriz 7 A y que, por tanto, la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 no tiene derecho al reconocimiento y pago de aquellas actividades que superen dichos toques (pretensión cinco de la demanda de reconvención).

B.-Declaración de condena.- Declarar que, conforme a la interpretación del párrafo cuarto de la cláusula treinta y cinco del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-006-2012, la contratante aquí reconviniendo, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, como pagadora de los servicios a usuarios por orden de fallos de la Superintendencia de Salud que estaban a cargo de la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, tiene derecho al reembolso y al pago por parte de su responsable; y, en consecuencia, condenar a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5 al pago de las sumas de **\$33.246.306** correspondiente a su valor, y a la suma de **\$13.219.876** como intereses moratorios, en los términos indicados en la parte considerativa (pretensión seis de la demanda de reconvención).

2.- Denegación.- Denegar las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, séptima y octava principales y subsidiarias de la demanda de reconvención.

En relación con la pretensión novena, se dispone atenerse al efecto legal correspondiente.

QUINTA.- Decisiones sobre las excepciones de mérito contra la pretensión formulada en el llamamiento en garantía.- Siguiendo el orden técnico jurídico correspondiente este Tribunal dispone sobre las excepciones de mérito propuestas por las Aseguradoras contra el llamamiento en garantía, lo siguiente:

1.- Declarar no probada la excepción de mérito de caducidad formulada por las Aseguradoras contra la acción de llamamiento en garantía promovida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG contra las Aseguradoras SEGUROS CONFIANZA S.A. y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

dentro de la acción contenciosa iniciada por la convocante UNIÓN TEMPORAL REGIÓN 5 contra el FOMAG, en los términos expuestos en la parte motiva.

2.- Declarar probada la excepción de prescripción extintiva de todas las pretensiones reclamatorias del seguro formuladas en el llamamiento en garantía promovido por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG contra las Aseguradoras SEGUROS CONFIANZA S.A. y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A dentro de la acción contenciosa iniciada por la UNIÓN TEMPORAL REGIÓN 5 contra el FOMAG en los términos expuestos en la parte motiva.

3.- Declarar, como consecuencia de la anterior decisión, innecesario hacer pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito arriba mencionadas, tanto comunes, como especiales, y, en particular, y las de violación de garantía, incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, violación del principio indemnizatorio, compensación e inexistencia de solidaridad, etc.

SEXTA.- Declaraciones sobre las pretensiones y condenas contenidas en el llamamiento en garantía.- Teniendo en cuenta lo dispuesto en la decisión anterior, este Tribunal decide: **Absolver** a las mencionadas Aseguradoras de las pretensiones que fueran formuladas en el llamamiento en garantía por los eventuales incumplimientos y condenas del contratista.

SEPTIMA.- Costas y gastos del proceso .- Hacer las siguientes condenas:

1.- Condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG a pagar a la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 5, por concepto de costas y agencias en derecho la suma de **\$1.529.000.000.**

2.- Condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG a pagar, por concepto de costas y agencias en derecho derivadas del llamamiento en garantía, las siguientes sumas:

- A Seguros Confianza S.A. la suma de **\$166.000.000.**

- A Seguros Generales Suramericana S.A. la suma de **\$166.000.000.**

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**

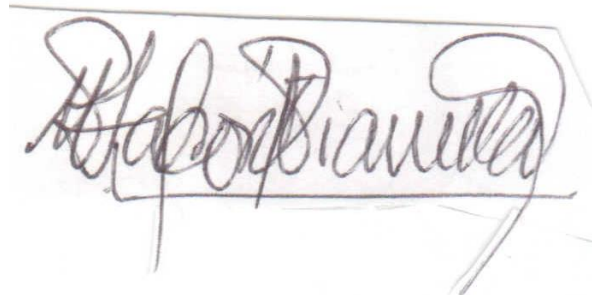
OCTAVA.- Abstenerse de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.

NOVENA.- Honorarios.- Disponer que se entregue a los Árbitros y a la Secretaria del Tribunal, el saldo de sus honorarios y que rinda el Presidente cuentas de la partida destinada para gastos, ordenando las restituciones a que haya lugar.

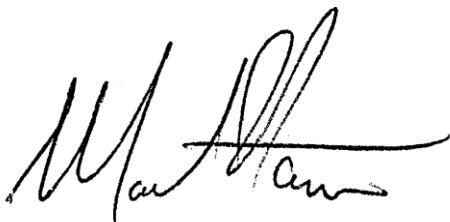
DÉCIMA.- Copias.- Disponer la expedición de copias auténticas del presente Laudo con las constancias de ley.

DÉCIMA PRIMERA.- Archivo.- Disponer que en firme esta providencia se entregue para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art.47 de la Ley 1563 de 2012).

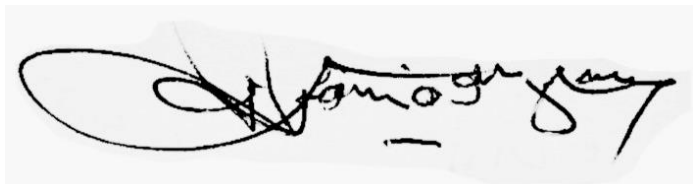
Notifíquese y Cúmplase.



Pedro Rafael Lafont Pianeta
Presidente



Martín Gustavo Ibarra Pardo
Árbitro



José Felipe Navia Arroyo
Árbitro

Tribunal Arbitral de
Unión Temporal Oriente Región 5
contra

**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG del cual Fiduciaria La Previsora S.A. –
Fiduprevisora S.A. actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FOMAG**



Gabriela Monroy Torres
Secretaria