

## TRIBUNAL DE ARBITRAJE

### PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG

### CONTRA

### UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2

### LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Tribunal de Arbitraje constituido para decidir en derecho las controversias suscitadas entre el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.)**, como Parte Convocante, y la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2**, como Parte Convocada, proceso en el que interviene **LIBERTY SEGUROS S.A.** y **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, como Llamadas en Garantía, Tribunal integrado por los Árbitros Doctores **JOSÉ PABLO DURÁN GÓMEZ**, quien preside, **EURÍPIDES DE JESÚS CUEVAS CUEVAS** y **HERNANDO HERRERA MERCADO**, así como por el Secretario **HENRY SANABRIA SANTOS**, profiere en derecho el presente Laudo Arbitral después de agotadas en su integridad las etapas procesales previstas en la Ley.

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

##### 1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

Los extremos en este proceso arbitral son los siguientes:

### 1.1. Parte Convocante

La Parte Convocante en el presente proceso es el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG**, identificado con NIT. 830.053.105-3, cuya vocera y administradora es **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, identificada con NIT. 860.525.148-5, sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 25 del 29 de marzo de 1985 de la Notaria 33 del Círculo Notarial de Bogotá, transformada en Sociedad Anónima mediante Escritura Pública No 0462 del 24 de enero de 1994 de la Notaria 29 del Círculo Notarial de Bogotá.

El referido Patrimonio Autónomo fue constituido mediante Contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990, otorgada en la Notaría 44 del Círculo de Bogotá por el Ministerio de Educación Nacional (fideicomitente) y por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

En esta providencia la Convocante se identificará como el **“FOMAG”** o la **“Parte Convocante”**.

### 1.2. Parte Convocada

La Parte Convocada en el presente proceso es la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2**, identificada con NIT 900.540.569-1, constituida por documento privado del 31 de mayo de 2012, debidamente representada e integrada por las siguientes personas jurídicas:

**1.2.1. COSMITET LTDA – CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA.**, identificada con NIT 830.023.202- 1.

**1.2.2. PROINSALUD S.A. – PROFESIONALES DE LA SALUD S.A.**, identificada con NIT 800.176.807-4.

**1.2.3. SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A., CLÍNICA EMCOSALUD S.A.**, identificada con NIT 813.005.431-3.

**1.2.4. FONDO ASISTENCIAL DEL MAGISTERIO DEL CAQUETÁ LTDA. FAMAC LTDA.**, identificado con NIT 800.113.949-1.

**1.2.5. UNIDAD MÉDICO ASISTENCIAL DEL PUTUMAYO E.U. UNIMAP E.U.**, identificada con NIT 800.188.271-9.

En esta providencia la Convocada se identificará como **“UT MAGISALUD 2”** o la **“Parte Convocada”**.

### 1.3. Llamadas en Garantía

Las Llamadas en Garantía en este proceso son:

**1.3.1. COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, identificada con NIT 860.037.013- 6.

**1.3.2. LIBERTY SEGUROS S.A.**, identificada con NIT 860.039.988-0.

En esta providencia las llamadas en garantía se identificarán como “**LIBERTY**”, “**MUNDIAL DE SEGUROS**” o las “**Llamadas en Garantía**”.

Desde ya se deja sentado por el Tribunal de Arbitraje que en el punto de la capacidad para ser parte (artículo 53 del Código General del Proceso) y la capacidad para comparecer al proceso (artículo 54 ibídem) no existe discusión alguna, pues las partes cuentan con aptitud jurídica para intervenir en este juicio arbitral y, además, se encuentran representadas judicialmente con arreglo a la Ley.

## 2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la Cláusula 23 del “*CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES No. 12076-011-2012 ENTRE FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A. Y UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2*”, cuyo contenido es del siguiente tenor:

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

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

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

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

*El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes en un término máximo de treinta (30) días a partir de la notificación de la parte convocante. En caso de no ser posible, serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá de la lista que tenga para el efecto.*

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

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

*Los gastos relacionados con ocasión de la aplicación de la presente cláusula serán pagados por el CONTRATISTA y el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. Todos los costos que se generen durante el trámite arbitral, en la etapa probatoria, serán sufragados por la parte que solicite la práctica de la prueba, a menos que los árbitros dispongan otra cosa.*

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

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

La validez del Pacto Arbitral no fue discutida por ninguna de las Partes en este proceso y la competencia del Tribunal quedó definida en la providencia mediante la cual se dispuso que el Tribunal contaba con plenas atribuciones para resolver

las controversias, de acuerdo con las precisas consideraciones que allí quedaron plasmadas.

### **3. SÍNTESIS DEL LITIGIO**

#### **3.1. Las pretensiones**

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral son las siguientes:

***“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***

*Declarativas*

***1.1.- Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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 del memorando del 15 de septiembre de 2014.***

***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 del memorando del 15 de septiembre de 2014.***

***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 MAGISALUD 2 el valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada en virtud de acuerdo especiales de reconocimiento y pago y del memorando del 15 de septiembre de 2014.***

***1.1.3.- En subsidio de lo anterior, declarar que hay enriquecimiento sin justa causa a favor de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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 MAGISALUD 2 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 del 15 de septiembre de 2014, en la cifra que resulte probada en el proceso.

**1.3.-** Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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 moratori 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 MAGISALUD 2 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 MAGISALUD 2 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 MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijarel Tribunal.

**2.- Pretensiones relacionadas con el derecho del FOMAG a la devolución de valores pagados en exceso por el indebido ajuste de cápita**

*Declarativas*

**2.1.-** Que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, tiene derecho a la devolución de los valores pagados en exceso a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, por el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.

**2.1.1.-** *En subsidio de lo anterior, que se declare que se configuró un pago de lono debido en perjuicio del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y en favor de la UNIÓN TEMPORALMAGISALUD 2, representado en el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.*

**2.1.2.-** *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 MAGISALUD 2 los valores pagados en exceso derivados de un indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.*

**2.1.3.-** *En subsidio de lo anterior, que se declare la existencia de enriquecimiento sin justa causa a favor de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 y en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, al percibir la primera una retribución carente de causa jurídica en el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, representada en el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.*

*Condenatorias*

**2.2.-** *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 a pagar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor correspondiente a las sumas pagadas en exceso por el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017, o en la cifra que resulte probada en el proceso.*

**2.3.-** *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

**2.3.1.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de intereses remuneratorios*

*a la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde la fecha de pago de las cápitas y hasta que se verifique el pago efectivo.*

**2.3.2.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de la indexación o corrección monetaria, desde la fecha de pago de las cápitas y hasta que se verifique el pago efectivo.*

**2.3.3.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijarel Tribunal.*

**3.-** ***Pretensiones relacionadas con el pago de fallos judiciales a favor de usuarios afiliados a la Unión Temporal, emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud o el Tribunal Superior correspondiente, por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la Unión Temporal o de su red***

*Declarativas*

**3.1.-** *Que se declare que en los términos del Parágrafo Cuarto de la Cláusula 35 del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho a repetir contra la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, por el valor pagado con ocasión de los fallos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud o el Tribunal Superior correspondiente, por la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 o de su red en la prestación del servicio a favor de sus usuarios, y las que en lo sucesivo se causen.*

**3.1.1.-** *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 o el Tribunal Superior correspondiente, por la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 o de su red en la prestación del servicio a favor de sus usuarios, y las que en lo sucesivo se causen.*

*Condenatorias*

**3.2.-** Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

**3.3.-** Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

**3.3.1.-** En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

**3.3.2.-** En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

**3.3.3.-** En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijar el Tribunal.

**4.- Pretensiones relacionadas con los costos que debieron ser asumidos por el FOMAG para la atención de un paciente crítico**

*Declarativas*

**4.1.-** Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 está obligada a reembolsar al FONDO NACIONAL DE

*PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, los costos en salud que debió asumir para la garantía del derecho a la vida y a la salud del paciente Daniel Alfaro Montilla Paz.*

**4.2.-** *Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 está obligada a asumir el pago de los valores que estuvieren pendientes de pago, correspondientes a los costos en salud para la garantía del derecho a la vida y a la salud del paciente Daniel Alfaro Montilla Paz.*

*Condenatorias*

**4.3.-** *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 a reembolsar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor que esta última se vio obligada a pagar para la garantía del derecho a la vida y a la salud del paciente Daniel Alfaro Montilla Paz.*

**4.4.-** *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

**4.4.1.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

**4.4.2.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

**4.4.3.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijar el Tribunal.*

**5.- Pretensiones relacionadas con la falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco**

*Declarativas*

**5.1.-** Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012 así como la Circular con radicado 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 y las Resoluciones No. 1995 de 1999 y 839 de 2017, ambas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, por la falta de entrega total de las historias clínicas de Tumaco.

*De condena o consecuencias*

**5.2.-** Que se ordene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 entregar la totalidad de las historias clínicas a la Unión Temporal Salud Sur 2 (nuevo contratista), en cumplimiento de lo previsto en el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, la Circular con radicado 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 y las Resoluciones No. 1995 de 1999 y 839 de 2017, ambas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, entrega que deberá realizarse dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria del Laudo y a satisfacción del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.

**5.3.-** Que como consecuencia del referido incumplimiento, se imponga multa a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, 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”.

**6.- Pretensiones relacionadas con la falta de entrega de paz y salvo con la red contratada**

*Declarativas*

**6.1.-** Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico-

*Asistenciales No. 12076-011-2012, al omitir su obligación de entregar el paz y salvo con la red contratada.*

*De condena o consecuencias*

**6.2.-** *Que se ordene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 entregar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el paz y salvo con la red contratada.*

**6.3.-** *Que como consecuencia del referido incumplimiento, se imponga multa a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, 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”.*

## **7.- Pretensiones relacionadas con la liquidación del Contrato**

*Declarativas*

**7.1.-** *Que se liquide parcialmente el Contrato de Prestación de Servicios Médico- Asistenciales No. 12076-011-2012 del 2 de agosto 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.*

**7.1.1.-** *En subsidio de lo anterior, liquidar el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012 del 2 de agosto 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*

*7.2.- Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 a pagar los saldos resultantes de la liquidación, que son los mismos a que se refieren las pretensiones de ésta demanda.*

**8.- Otras pretensiones**

*8.1.- Que se condene en costas y agencias en derecho a la UNIÓN TEMPORALMAGISALUD 2.*

*8.2.- Que se declare que todas las condenas que se impongan a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.”*

**3.2. Los Hechos**

Los hechos de la demanda arbitral, en síntesis, son los siguientes:

Hechos relacionados con la licitación pública, el proceso de selección abreviada y la celebración del contrato

**3.2.1.** El Consejo Directivo del FOMAG emitió el Acuerdo No. 6 del 1º de noviembre de 2011, a través del cual impartió lineamientos para la contratación de los servicios de salud, estableciendo políticas sobre el modelo de atención, el plan de beneficios, la cobertura, forma de pago, estructura financiera, etc.

**3.2.2.** FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en su condición de vocera y administradora del FOMAG, publicó el 16 de diciembre de 2011 el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. LP- FNPSM-003–2011.

**3.2.3.** En dicha Licitación Pública se sectorizó el territorio nacional en 5 regiones, tal y como se muestra en la página 22 del Pliego de Condiciones.

**3.2.4.** Dentro de dicha licitación presentó propuesta MAGISALUD 2, conformada por COSMITET LTDA. CORPORACION DE SERVICIOS MEDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA., PROFESIONALES DE LA SALUD S.A. PROINSALUD, SOCIEDAD CLINICA EMCOSALUD S.A., FONDO ASISTENCIAL DEL MAGISTERIO DEL CAQUETÁLTDA. y UNIDAD MEDICO ASISTENCIAL DEL PUTUMAYO E.U.

**3.2.5.** Según consta en el acta de adjudicación del 25 de abril de 2012, en el marco de la referida Licitación Pública se adjudicaron las Regiones 2 a 5, y, frente a la Región 1, se declaró que no existían propuestas hábiles.

**3.2.6.** En consideración a lo anterior, FIDUPREVISORA publicó el Pliego de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada No. SA-FNPSM-001-2012, cuyo objeto fue del siguiente tenor:

*“Contratar la prestación de los servicios de salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios en la Región 1 comprendida por los departamentos de Huila, Caquetá, Putumayo, Valle del Cauca, Cauca y Nariño”.*

**3.2.7.** En dicho proceso presentó propuesta MAGISALUD 2, conformada por las mismas personas jurídicas que presentaron la propuesta en la licitación pública y a los que se hace referencia en el numeral 2.4.

**3.2.8.** El 19 de julio de 2012 se publicó el acta de adjudicación para dicha Región a la referida UT MAGISALUD 2.

**3.2.9.** El 2 de agosto de 2012 se suscribió el “*CONTATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES No. 12076-011-2012 ENTRE FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A. Y UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2*”, con el siguiente objeto:

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

**3.2.10.** Con posterioridad a la suscripción del Contrato, se suscribieron las siguientes adiciones y prórrogas: **(i)** Otrosí No. 1 al Contrato de Prestación de Servicios Medico-Asistenciales No. 12076-011-2012 de fecha 28 de julio de 2016; **(ii)** Otrosí No. 2 al Contrato de Prestación de Servicios Medico-Asistenciales No. 12076-011-2012 de fecha 12 de enero de 2017; **(iii)** Otrosí No. 3 al Contrato de Prestación de Servicios Medico-Asistenciales No. 12076-011-2012 de fecha 10 de febrero de 2017; **(iv)** Otrosí No. 4 al Contrato de Prestación de Servicios Medico-Asistenciales No. 12076-011-2012 de fecha 31 de mayo de 2017; **(v)** Otrosí No. 5 al Contrato de Prestación de Servicios Medico-

Asistenciales No. 12076-011-2012 de fecha 29 de septiembre de 2017, y; (iv) Otrosí No. 6 al Contrato de Prestación de Servicios Medico- Asistenciales No. 12076-011-2012 de fecha 31 de octubre de 2017. Cuyos aspectos relevantes fueron la prórroga en el plazo de ejecución y adición del valor del Contrato.

Hechos relacionados con la expedición del Laudo Arbitral del 30 de abril de 2020 y la negativa a su corrección aritmética

**3.2.11.** El 30 de abril de 2020 fue emitido Laudo por el Tribunal de Arbitraje promovido por UT MAGISALUD 2 en contra del FOMAG, mediante el cual se realizaron algunas declaraciones y se impusieron algunas condenas al FOMAG. Sin embargo, la Convocante afirmó en sus hechos que *“ninguna de las materias sobre las que versa éste proceso fueron objeto de discusión en dicho proceso arbitral”*.

**3.2.12.** Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado del FOMAG solicitó corregir un yerro aritmético por un error en el ajuste de la cápita del año 2014, solicitud que fue negada por el Tribunal de Arbitraje al que se hace referencia en el hecho anterior, según consta en el Auto No. 106 del 12 de mayo de 2020.

**3.2.13.** Contra el referido Laudo Arbitral se interpuso recurso extraordinario de anulación por parte del FOMAG, recurso que a la fecha de elaboración de la demanda con la que se dio inicio a este proceso arbitral aún no se había resuelto por la autoridad judicial competente.

Hechos relacionados con el derecho del FOMAG al reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada

**3.2.14.** Con el objeto de garantizar la liquidez necesaria a la UT MAGISALUD 2, las Partes acordaron suscribir acuerdos especiales de reconocimiento y pago, en virtud de los cuales el FOMAG pagó anticipadamente el valor recobrado de las facturas presentadas por el contratista por concepto de servicios de “Alto Costo”, sin realizar la auditoría de manera previa, con el compromiso expreso del contratista que una vez realizadas las auditorías de rigor y, en el evento de resultar saldos a favor del FOMAG, se aceptara el descuento de los valores respectivos de la siguiente cápita del Contrato.

**3.2.15.** En efecto, son consideraciones comunes a los acuerdos de pago, las siguientes:

*“7.- Que en el Acta de Acuerdo de las Mesas de Trabajo Gobierno Nacional – FECODE, suscrita el 10 de septiembre de 2013, se solicitó a la FIDUPREVISORA S.A. agilizar los trámites de revisión y pago de cuentas de Alto Costo, al igual que el Consejo*

*Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de la órbita de sus funciones hizo la misma solicitud en sesión del mes de septiembre de 2013 a FIDUPREVISORA S.A., planteando la necesidad de flujo de recursos que exigela ejecución del Contrato.*

[...]

*9.- Que EL CONTRATISTA se obliga a realizar los ajustes a las cuentas presentadas, como producto de la revisión adelantada, so pena de no poder realizarse el pago del saldo pendiente, en las condiciones aquí establecidas y a seguir cumpliendo lo establecido en el Apéndice 8A de los Pliegos de Condiciones.*

*10.- Que con la suscripción de la presente acta, el contratista autoriza a FIDUPREVISORA S.A., a descontar de la siguiente cápita aquellos valores glosados que surjan posterior a la revisión definitiva de lo facturado y que excedan el pago aquí mencionado.”*

**3.2.16.** En la sección de Acuerdos, las partes establecieron lo siguiente:

*“TERCERO: Que en el evento de resultar un valor de glosas superior al que se encuentre pendiente de pago, comprendido en el período agosto 2012 – julio 2013, el contratista, con la suscripción del presente acuerdo, autoriza de forma expresa e irrevocable al contratante, a descontar ese mayor valor pagado, de la próxima cápita a cancelar.”*

**3.2.17.** Lo transcrito corresponde al Acuerdo de pago para el período agosto de 2012 a julio de 2013. Sin embargo, la misma es análoga en los acuerdos subsiguientes suscritos entre las Partes, con el único ajuste del período de prestación de servicios.

**3.2.18.** Los acuerdos suscritos fueron los siguientes: **(i)** Acuerdo de Pago o Memorando No. 1 correspondiente a los períodos entre agosto de 2012 a julio de 2013 cuya fecha de suscripción fue 26 de septiembre de 2013; **(ii)** Acuerdo de Pago o Memorando No. 2 correspondiente a los períodos entre agosto a diciembre de 2013 cuya fecha de suscripción fue 27 de septiembre de 2013; **(iii)** Acuerdo de Pago o Memorando No. 3 correspondiente a los períodos entre enero de 2014 a abril de 2014 cuya fecha de suscripción fue 7 de mayo de 2014; y, **(iv)** Memorando No. 101040301-2014IE-000114 por los saldos del período entre agosto de 2012 a abril de 2014 de fecha 15 de septiembre de 2014.

**3.2.19.** En consecuencia, en la demanda se indicó que los saldos a favor del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 (EXPEDIENTE 123610)**

FOMAG son los siguientes:

Acuerdo de Pago o Memorando No.	Período prestación de servicios	Fecha suscripción Acuerdo	Firma de auditoría	1	2	(3=1-2)
				Valor Pagado Alto Costo	Valor Auditado Sin Glosa	Valor Glosado (Saldo a Favor del FOMAG)
1	Agosto de 2012 a julio de 2013	26-sep-13	UT KPMG JP&CA - CONSORCIO EAC 2015	\$5.286.721.194	\$4.406.651.041	\$880.070.153
2	Agosto a diciembre de 2013	27-dic-13	UT KPMG JP&CA	\$6.304.859.894	\$5.907.369.772	\$397.490.122
3	01-ene-2014 a 30-abr-2014	7-may-14	UT KPMG JP&CA - CONSORCIO EAC 2015	\$3.781.119.299	\$806.993.215	\$2.974.126.084
Memorando No. 101040301-2014IE-000114	Saldos del período 02-agosto-2012 a 30-abr-2014	15/09/2014	UT KPMG JP&CA - CONSORCIO EAC 2015	\$15.372.700.386	\$15.372.700.386	\$0
<b>TOTALES</b>				<b>\$30.745.400.773</b>	<b>\$26.493.714.414</b>	<b>\$4.251.686.359</b>

**3.2.20.** A la fecha de la presentación de la demanda no se habían efectuado los descuentos del valor de la glosa de las facturas, cuyo pago se anticipó y la UT MAGISALUD 2 tampoco había reembolsado dichos valores, no obstante haberse notificado los resultados del proceso de auditoría al contratista.

Hechos relacionados con el derecho del FOMAG a la devolución de valores pagados en exceso por el indebido ajuste de cápita

**3.2.21.** En el numeral 2.9 de los Pliegos de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada No. SA- FNPSM- 001-2012 se estableció:

*“2.9. REAJUSTE AL VALOR DE LA UPCM*

*Al inicio de cada año se ajustará el valor de la UPCM<sup>6</sup> en igual porcentaje al que se ajuste la UPC del Régimen Contributivo teniendo como base la definición que establezca la CRES con respecto a la UPC. No se aplicará ajuste alguno autorizado en la UPC del Régimen Contributivo si este obedece a servicios que se encuentran dentro del plan de beneficios del Magisterio. El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá aplicar cualquier incremento extraordinario en el valor de la UPCM fijada para el Fondo previo estudio que muestre la necesidad de los mismos.”.*

**3.2.22.** Por su parte, en el párrafo primero de la Cláusula Octava del Contrato estipuló lo siguiente en cuanto al ajuste anual de la UPCM:

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

**3.2.23.** Mediante Decreto No. 2560 del 10 de diciembre de 2012 se suprimió y ordenó la liquidación de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), trasladándose al Ministerio de Salud y Protección Social la función de definir el valor de la UPC (numeral 3º del artículo 26 del citado Decreto 2560 de 2012).

**3.2.24.** Para el año 2014 se fijó un incremento del 1,8% en la cápita, sin tomar la actualización del plan de beneficios, según lo certificó el Ministerio de Salud y Protección Social en comunicación 201634200302911 del 29 de febrero de 2016.

**3.2.25.** No obstante lo anterior, mediante comunicación del 1º de septiembre de 2014, el FOMAG había anunciado –de manera errada– que con fundamento en información suministrada por el Ministerio de Salud, el incremento era del 2%.

**3.2.26.** En la revisión poscontractual, se identificó por parte del FOMAG que el incremento real aplicado en el año 2014 y, por ende, los parámetros para la vigencia 2015, fueron del 4,4% y no el 1,8%, lo que significó un incremento adicional del 2,6% sobre lo pactado en el Contrato.

**3.2.27.** Para la vigencia 2015 se aplicó en la cápita un incremento del 6,06% de acuerdo con la Resolución No. 5929 de 2014 expedida por el Ministerio de Salud y certificada por dicha cartera ministerial, incremento notificado a la UT MAGISALUD 2 mediante Radicado No. 20150180102223 del 1º de junio de 2015 y retroactivamente se canceló el correspondiente ajuste desde enero de 2015.

**3.2.28.** La base de datos utilizada para calcular el incremento de la vigencia 2015 contempló un incremento del 4,4% para el año 2014, con el cual se realizaron los cálculos para el inicio de la vigencia 2015 y al ser una base acumulativa, se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 (EXPEDIENTE 123610)**

usó esta base para los incrementos de las siguientes vigencias, es decir, para los años 2015, 2016 y 2017.

Hechos relacionados con el pago de fallos judiciales a favor de usuarios afiliados a la Unión Temporal, emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud o el Tribunal Superior respectivo, por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la Unión Temporal o de su red

**3.2.29.** El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 confirió funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver, entre otros, las controversias relativas al reembolso económico de los gastos en que hayan incurrido los usuarios en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

**3.2.30.** En ejercicio de dicha función jurisdiccional, la Superintendencia emitió fallos judiciales en los que impuso obligaciones de pago al FOMAG por acciones u omisiones relacionadas con la prestación del servicio de salud por parte de la UT MAGISALUD 2. Dichos fallos fueron confirmados, en algunas oportunidades, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo.

**3.2.31.** A continuación, se relacionan los fallos de la Superintendencia Nacional de Salud en contra del FOMAG, que generaron pagos hechos con cargo a los recursos del FOMAG:

DEMANDANTE	FECHA DEL FALLO	MEMORANDO JURIDICA	DESPACHO	FECHA DE PAGO FOMAG	VALOR PAGADO
MISION HIJAS DE LA SAGRADA FAMILIA DE NAZARET	27 de febrero de 2015	20160820213913	SUPERSALUD	6/07/2017	\$28.951.948
MARTHA AYDE GONZALEZ OTALORA EN REPRESENTACION DE MARIA ESPERANZA GARCIA RAMIREZ	Fallo del 30 de junio de 2017, confirmado por la sentencia del 2 de agosto de 2018 del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral	20190320030362 - 20190320472732	SUPERSALUD	14/03/2019	\$8.927.600
MARIA ESPERANZA GARCIA RAMIREZ		20190320030362 - 20190320472732	SUPERSALUD	15/03/2019	\$235.362
<b>TOTAL CAPITAL</b>					<b>\$38.114.910</b>

**3.2.32.** En el caso del fallo del 27 de febrero de 2015, en el que figura como demandante la Misión Hijas de la Sagrada Familia de Nazaret, la Superintendencia destacó la incuria de la IPS PROINSALUD, integrante de la UT MAGISALUD 2, a través de cuyos profesionales incluso se puso a la religiosa paciente en la posición intolerable de exigirle llevar a su residencia la muestra de la biopsia.

**3.2.33.** Por su parte, en el caso del fallo del 30 de junio de 2017, confirmado por la sentencia del 2 de agosto de 2018 (en el proceso propuesto por María Esperanza García Ramírez), la Superintendencia evidenció que no se habían habilitado los servicios de salud requeridos por el hijo de la demandante.

**3.2.34.** La relación de fallos judiciales contenida en este acápite de hechos se presentó por la Convocante a título enunciativo, en razón a que el FOMAG puede estar tramitando el pago de otros fallos judiciales (requerimientos de documentación a los usuarios y/o a la UT MAGISALUD 2), o seguir recibiendo notificaciones tanto del inicio de procesos judiciales como de fallos emitidos.

Hechos relacionados con los costos que debieron ser asumidos por el FOMAG para la atención de un paciente crítico

**3.2.35.** El Paciente Daniel Alfaro Montilla Paz, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.061.774.151, se encontraba afiliado al FOMAG, a cargo de la UT MAGISALUD 2.

**3.2.36.** Por su delicado estado de salud, el paciente debió ser trasladado de la Clínica Rey David a la Fundación Valle de Lili, en la ciudad de Cali, donde se recibió el 28 de enero de 2017, con diagnóstico “*FALLA INTESTINAL*”, según se reporta en su historia clínica.

**3.2.37.** UT MAGISALUD 2 no tenía contratados servicios de salud con la Fundación Valle de Lili, que sí podía ofrecer los servicios requeridos por su delicado estado de salud, razón por la cual el FOMAG, propendiendo por los derechos fundamentales a la vida y a la salud del paciente, debió disponer su traslado urgente a tal institución prestadora de servicios de salud.

**3.2.38.** En efecto, mediante Memorando No. 20170180029233 del 23 de febrero de 2017, el Gerente de Servicios de Salud del FOMAG manifestó que:

*“Se realiza descuento por valor de \$427.781.000 como anticipo generado por traslado de paciente Daniel Alfaro Montilla identificado con C.C. No. 1.061.774.151 quien requiere trasplante de intestino y ante lo cual fue autorizado por la Presidencia de Fiduprevisora a la Fundación Valle de Lili, ya que la Clínica Rey David entidad de la RED de Cosmitet LTDA en donde se encontraba hospitalizado el paciente no cuenta con este servicio. Adicionalmente ante las reiteradas quejas interpuestas por la familia las cuales fueron recibidas por el Doctor Juan Camilo Sierra funcionario de Fiduprevisora y debido a que no existió oportunidad en la atención del paciente quien ya lleva varios años a la espera del trasplante, se tomó la decisión*

*del traslado y en vista que el manejo debe ser multisistémico”.*

**3.2.39.** El FOMAG debió asumir con su patrimonio los costos de atención que la delicada situación de salud exigía, para la protección de sus derechos fundamentales, sin esperar a que tal orden se recibiera por un fallo de tutela o de la Superintendencia Nacional de Salud o de cualquier otra autoridad, que a la postre es una práctica perniciosa y peligrosa.

**3.2.40.** En la historia clínica se evidencian los tratamientos, procedimientos, medicamentos y demás atenciones en salud practicadas por la Fundación Valle de Lili. El costo total de la atención al referido Paciente de un total de SETECIENTOS CUARENTA MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$740.586.562,00).

**3.2.41.** Del anterior importe se descontó a la UT MAGISALUD 2 la suma de CUATROCIENTOS DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$419.225.380,00), descontado en cápita vóucher No. 6167.

**3.2.42.** Adicionalmente fueron pagados por el FOMAG a la Fundación Valle de Lili un monto de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL DIEZ PESOS (\$281.870.010,00), que corresponde ser reconocido a favor del FOMAG.

**3.2.43.** De otro lado, a la UT MAGISALUD 2 deberá atender eventuales reclamaciones que deriven por parte de la Fundación Valle de Lili, producto de los saldos reclamados por valor de TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CIENTO SETENTA Y DOS PESOS (\$39.491.172), por la atención brindada al Paciente por tratarse de afiliado a cargo de la misma.

Hechos relacionados con la falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco

**3.2.44.** La Cláusula 12 del Contrato, dispone en lo pertinente, lo siguiente:

*“Entrega de listados e historias clínicas de casos especiales.*

*El CONTRATISTA, una vez terminado el contrato por cualquier causa, se obliga, a entregar a quien la FIDUPREVISORA S.A. le indique por escrito, dentro de 48 horas previas a la terminación del contrato, las historias clínicas y los listados con copia a FIDUPREVISORA S.A. en medio magnético, con los nombres completos, números de documentos de identidad, teléfonos y direcciones de los siguientes casos:*

(...)

*Historias clínicas. Dentro de un plazo de 8 días siguientes a la terminación del contrato, con todos los documentos relacionados con los aspectos médicos y administrativos de las personas que cubre el contrato, al contratista entrante. La entrega se iniciará desde el momento en que se comunique el cambio de contratista”.*

**3.2.45.** Mediante Circular con Radicado No. 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017, el Gerente de Servicios de Salud del FOMAG definió los parámetros para realizar el proceso de entrega y empalme entre contratista saliente (UT MAGISALUD 2) y el contratista entrante (Unión Temporal Salud Sur 2) y, en lo que atañe a la entrega de las historias clínicas.

**3.2.46.** El 27 de noviembre de 2017 se suscribió el Acta No. 4, en el marco del proceso de empalme, en la que se dejó constancia que, por parte de la UT MAGISALUD 2, se encontraba pendiente lo siguiente:

*“A la fecha actual se encuentran digitalizadas las historias clínicas en Proinsalud con un total de 17.400, pendientes por digitalizar 6.430 por Cosmitet Ltda.”*

*“Las historias clínicas deben estar foliadas y en PDF”;*

*“Cosmitet dispone [sic] de un plazo de 6 meses para digitalizar, foliar y llevarlas historias clínicas en PDF”.*

**3.2.47.** El 5 de febrero de 2018 se suscribió acta entre funcionarios de Cosmitet (integrante de MAGISALUD 2) y Proinsalud (integrante de la Unión Temporal Salud Sur 2, nuevo responsable del servicio), en la que se dejó constancia de que seguía como pendiente la entrega de las historias clínicas en medio digital.

**3.2.48.** Los días 7 y 8 de febrero de 2018 se suscribió el Acta de Auditoría No. 005, en la que funcionarios de Proinsalud (integrante de la Unión Temporal Salud Sur 2, nuevo responsable del servicio) manifestaron que:

*“(…) respecto a la entrega de las historias clínicas en magnético se establece comunicación telefónica con el ingeniero Bolaños de Proinsalud informa que se convino con Cosmitet el envío de historias clínicas en CD y por email se solicita que el CD lleve contraseña. Se comenta también del punteo para la recepción, informa el ingeniero que tiene personal para realizarlo”.*

**3.2.49.** El 7 de febrero de 2018 se suscribió el Acta de Auditoría No. 006 en la que en presencia de funcionarios de Cosmitet, se dejó constancia de lo siguiente, respecto a las historias clínicas odontológicas:

*“Se evidencian historias clínicas sin foliar.*

*Con corte a las 15:30 del 07 de febrero, Proinsalud con dos funcionarios dedicados al proceso durante todos los días, ha punteado y recepcionado 331 historias clínicas del listado y 85 que no aparecen en el listado: pero sí en físico.*

*Se les comenta la situación a la doctora De Haro y al doctor Paz de Cosmitet, pues no se evidencia ningún funcionario del prestador saliente en la entrega; Se llega al acuerdo de recibir las historias clínicas sin foliar y en el listado que entregaron, pero se solicita presencia de Cosmitet para el punteo y la validación de lo que entregan.*

*Siendo las 16:30 llega la doctora Lorena Correa odontóloga responsable del proceso de entrega de historias clínicas, se comentan con ella los hallazgos y los acuerdos arriba mencionados. Ella refiere que habrá presencia de Cosmitet durante la jornada, aunque solicita que pueda rotar el personal, toda vez que no cuentan con la disponibilidad de una sola persona para el proceso, lo cual se acepta.*

*Se estima que son máximo 8 días calendario en el proceso de punteo.*

*Se firma ésta acta a las 16:50 del 07 de febrero de 2018.”*

**3.2.50.** Mediante comunicación con Radicado No. 20180180429631 del 26 de marzo de 2018, con asunto *“Incumplimiento al contrato No. 12076-011-2012 capítulo 4 proceso de empalme – entrega de historias clínicas”*, el Gerente de Servicios de Salud presentó el listado de inconsistencias y no conformidades relacionadas con las historias clínicas de Tumaco, principalmente el incumplimiento relacionado con la falta de finalización de las historias clínicas en medio magnético, razón por la cual requirió a la UT MAGISALUD 2 para cumplir sus obligaciones contractuales.

**3.2.51.** Mediante documento del 31 de mayo de 2018, se certificó por el Representante Legal de la Unión Temporal Salud Sur 2 (contratista entrante) que *“no se ha finalizado el proceso de empalme con el prestador saliente COSMITET LTDA. dado que se encuentra pendiente la entrega de historias clínicas sistematizadas del Municipio de Tumaco.”*

**3.2.52.** Mediante oficio con Radicado No. 2019014055802 del 21 de marzo de 2019, el Gerente de Servicios de Salud del FOMAG requirió nuevamente a la UT

MAGISALUD 2.

**3.2.53.** Por consiguiente, la falta de entrega de las historias clínicas del Municipio de Tumaco comporta un incumplimiento contractual por parte de la UT MAGISALUD 2, que no sólo faculta al FOMAG a pedir el cumplimiento de la obligación *in natura* sino también a pedir que se multa a dicho contratista.

Hechos relacionados con la falta de entrega del paz y salvo con la red contratada

**3.2.54.** En la Cláusula 10<sup>o</sup> del Contrato se dispone lo siguiente:

*“CLÁUSULA 10. CONDICIÓN SUSPENSIVA DEL ÚLTIMO PAGO. 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, está condicionado a que EL CONTRATISTA cumpla a cabalidad las obligaciones establecidas en el presente contrato y los términos de referencia.*

*PARRAGRAFO PRIMERO. LA CONTRATANTE tiene un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario a partir de la terminación del contrato y/o finalización del último mes del mismo, para informarle al CONTRATISTA que ha cumplido una o varias veces de sus obligaciones mediante acto administrativo motivado, contra el cual proceden los recursos de ley. Vencido el plazo indicado sin que se expida el acto administrativo, la CONTRATANTE está en la obligación de hacerle al CONTRATISTA y dentro de los 10 diez días calendarios siguientes al vencimiento del plazo que se 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.”*

**3.2.55.** Como puede verse, es obligación de la UT MAGISALUD 2 aportar el paz y salvo de la red contratada. Por ello, mediante Comunicación 20180181441781 del 10 de septiembre de 2018, el Vicepresidente del FOMAG solicitó al contratista allegar el respectivo paz y salvo con la red contratada para la prestación de los servicios de salud, conforme a lo estipulado en el parágrafo 1<sup>o</sup> de la Cláusula Décima del Contrato; sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda, UT MAGISALUD 2 no había entregado el referido documento.

Hechos relacionados con la liquidación del Contrato

**3.2.56.** En la Cláusula 17 del Contrato se establece lo siguiente:

*“CLÁUSULA 17 LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. Sin perjuicio de que las partes realicen liquidaciones parciales anualmente, el contrato, por ser de tracto sucesivo, deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y Artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007. Por tal motivo el Contratista deberá presentar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la terminación del Contrato a LA FIDUCIARIA o a quién este designe, la relación de las historias clínicas y demás documentos relacionados con los aspectos médicos de las personas que cubre el contrato, así como la información técnica, científica y estadística que se requiera, para que con base en dicha información se proceda a elaborar el acta de liquidación correspondiente. En caso de que no se efectúe la liquidación bilateral se dará aplicación al artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007.”*

**3.2.57.** Mediante Comunicación con Radicado No. 20190182897071 del 18 de diciembre de 2019, el FOMAG remitió el borrador de acta de liquidación bilateral no sólo a MAGISALUD 2 sino también a su garante COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS.

**3.2.58.** En dicho proyecto de acta de liquidación se presentó la propuesta de balance financiero del Contrato que estableció el FOMAG con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del mismo y, además, se registraron unas constancias de salvedad para permitirle al Fondo, a futuro, reclamar en juicio los derechos invocados en ellas.

**3.2.59.** Dentro de las referidas constancias de salvedad se destacan las siguientes, que corresponden a materias que por su naturaleza no pueden ser incluidas por el FOMAG como *causa petendi* en la presente demanda arbitral:

*a.- “Segunda constancia de salvedad: resguardo de los derechos legales y contractuales por represamientos.”*

*b.- “Tercera constancia de salvedad: resguardo de los derechos legales y contractuales por procesos judiciales y extrajudiciales en los que está vinculada o llegue a ser vinculada Fiduciaria La Previsora S.A. y/o el FOMAG, así como por cualquier otra contingencia.”*

*c.- “Cuarta constancia de salvedad: no renuncia del FOMAG y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del mismo a reclamar posteriormente por los reembolsos, atenciones en salud y, en general, por cualquier otro emolumento que sea obligada a atender por multiafiliados.”*

*d.- “Quinta constancia de salvedad: No renuncia del FOMAG y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como vocera y administradora del mismo a repetir, reclamar, cobrar o compensar los reembolsos a favor de afiliados o terceros.”*

**3.2.60.** Mediante Comunicación con Radicado No. 20200180207861 del 14 de enero de 2020, el Vicepresidente del FOMAG consideró adecuado ampliar el término inicialmente concedido para la revisión y comentarios del proyecto de acta de liquidación por parte de la UT MAGISALUD 2 y la compañía aseguradora.

**3.2.61.** Mediante Comunicación con Radicado No. 20200320110272 recibido en el FOMAG el 16 de enero de 2020, la representante legal de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS manifestó que, según información entregada por su afianzado la UT MAGISALUD 2, se había presentado solicitud de medida cautelar en el proceso arbitral que cursaba en esa época, concluyendo lo siguiente: *“consideramos que el tema de la liquidación del contrato se encuentra sometida a la decisión del juez del contrato, es decir, del Tribunal de Arbitramento.”*

**3.2.62.** Dicha acta de liquidación no se suscribió por las partes.

**3.2.63.** Ante el Tribunal de Arbitraje que profirió el Laudo Arbitral de fecha 30 de abril de 2020 MAGISALUD 2 presentó solicitud de medida cautelar tendiente a impedir que el FOMAG diera trámite a la liquidación, solicitud que fue desestimada por el Tribunal según consta en Acta No. 48 del 31 de enero de 2020.

**3.2.64.** En el proceso arbitral referido en el hecho anterior no se presentó pretensión de liquidación judicial del Contrato por ninguna de las partes.

### **3.3. Las Excepciones de Mérito**

La Parte Convocada oportunamente contestó la demanda arbitral y, en ella, se opuso al despacho favorable de cada una de las pretensiones de la demanda arbitral.

Así mismo, formuló las siguientes excepciones de mérito:

#### **3.3.1. Pleito Pendiente**

La Parte Convocada explicó que la figura de pleito pendiente tiene la función de evitar providencias contrapuestas, asunto que puede acaecer si este proceso continúa. Señaló que existen algunos elementos que deben ser corroborados

para determinar la procedencia de la figura de pleito pendiente: **(i)** la existencia de dos procesos entre las mismas partes; **(ii)** donde se debaten las mismas pretensiones; **(iii)** a causa de la misma plataforma fáctica.

En el presente caso, señaló que los hechos y pretensiones de otro litigio, a saber, el proceso arbitral identificado con el número de radicación No. 122343 en el que se encuentra la UT MAGISALUD 2 como Parte Convocante y el FOMAG, representado por FIDUPREVISORA S.A, como Parte Convocada, se estaba desarrollando con ocasión del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, el cual, a su vez, versaba sobre los hechos alrededor de su ejecución, mismo contrato y hechos objeto de discusión en el presente proceso.

Afirmó la Convocada que, habiendo comprobado la existencia de dos procesos entre las mismas partes con ocasión de la misma base factual, es necesario evidenciar la identidad de pretensiones. Esto se materializa al observar que las pretensiones de la demanda giran en torno a la declaración y reconocimiento de la liquidación del Contrato de Prestación de Servicios Médico – Asistenciales No. 12076-011-2012 como la declaración de la inexistencia de obligaciones pendientes y vigentes en cabeza de la UT MAGISALUD 2 a favor de la Convocante de este proceso.

De tal manera que consideró que se hace manifiesta la identidad de pretensiones al observar que la demanda arbitral del presente proceso lleva por pretensiones reclamaciones relativas a las facturas de alto costo pagadas, el ajuste de la cápita, pretensiones que también se encuentran en la reforma a la demanda del proceso arbitral con número de radicación 122343.

### **3.3.2. Cosa Juzgada**

Al respecto señaló que en la demanda reformada sobre la cual decidió el Tribunal Arbitral No. 15569 en su cuarto grupo de pretensiones, se estableció la forma de actualizar y pagar las capitas en el marco del presente Contrato, al punto que en el Tribunal de Arbitraje identificado con trámite 15569 se hizo un estudio normativo, contractual y factico para establecer si se presentó una correcta actualización de la UPC y UPCM durante la ejecución contractual.

De esta manera, sostuvo que el Tribunal de Arbitraje referido sí realizó un estudio de la forma que se debían realizar la actualización de la UPC y UPCM, por lo que el grupo de pretensiones denominado “*Pretensiones relacionadas con el derecho del FOMAG a la devolución de valores pagados en exceso por indebido ajuste de cápita*”, ya realizó tránsito a cosa juzgada y, por ende, no tiene competencia este Tribunal de Arbitraje para decidir sobre la materia.

Por último, añadió que el Tribunal de Arbitraje al que se hace referencia a partir del folio 179 se encarga de determinar que las glosas que pretende hacer valer la Parte Convocante fueron extemporáneas por su retardo en la contratación de las auditorías correspondientes, lo cual confirma la configuración de la cosa juzgada,

### **3.3.3. Naturaleza y normativa aplicable del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012**

En cuanto a la naturaleza jurídica del Contrato, señaló la Convocada que en el texto del negocio jurídico las partes se ocuparon de regular el alcance del mismo y las obligaciones a su cargo, encontrándose que, de acuerdo con la Cláusula Segunda, el objeto convenido consistió en la obligación a cargo de MAGISALUD 2 de “*garantizar Prestación de los Servicios de Salud para los Afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la Región UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 integrada por los departamentos de Huila, Caquetá, Putumayo, Valle del Cauca, Cauca y Nariño, de acuerdo con las condiciones jurídicas, financieras y técnicas definidas en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el CONTRATISTA, y que hacen parte integral del presente contrato*”, el cual reproduce la intención primigenia que se plasmó en los Pliegos de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada SA-FNPSM-001-2012.

Frente a este punto, mencionó que el Contrato reviste el carácter de contrato estatal, regulado por las disposiciones de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 1150 de 2007 y demás disposiciones concordantes, en razón a que uno de los extremos contratantes es de naturaleza pública. Al respecto, el manejo del FOMAG está a cargo de la Nación y funciona con recursos públicos. Luego, si la Nación es una persona jurídica de naturaleza pública y el FOMAG fue creado como una cuenta especial de aquella, se encuentra satisfecho el criterio orgánico de que trata el artículo 2º de la Ley 80, por lo que se itera que se trata de un contrato estatal. A lo anterior debe sumarse la consideración según la cual la fiduciaria funge como representante y vocera del FOMAG, pero sus funciones y responsabilidades se restringen a esas precisas competencias, sin que se pueda suponer que es la titular de los efectos jurídicos que corresponden al Fondo, habida cuenta que se circunscriben en la órbita de la Nación en tanto ente público con personería jurídica.

Respecto de los objetivos del FOMAG sostuvo que es un sistema especial y autónomo que ofrece servicios de atención en salud y en riesgos laborales a los afiliados al mismo, con el propósito de mantener y mejorar las condiciones de salud de esta población. Siendo que el Contrato suponía para MAGISALUD 2 el deber de garantizar el suministro de servicios de salud dentro de éste sistema especial, pone de presente lo que el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 91 de

1989 establece como obligación de la FIDUPREVISORA, esto es, “*construir una base de datos del personal afiliado*” y “*garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*” En tal sentido, el numeral 3º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 dispone que es su obligación “*Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.*”

Acerca de las fuentes de derecho que gobiernan el Contrato No. 12076-011-2012, señaló que en lo que respecta a la ley aplicable, la Cláusula 22 del Contrato de la referencia dispuso al respecto que el Contrato “*Sin perjuicio de las disposiciones presupuestales aplicables, está sometido a lo dispuesto en las leyes 91 de 1989, 10 de 1.990, 80 de 1993, 1150 de 2.007 y a sus decretos reglamentarios, así como a las demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan. En lo que no esté particularmente regulado en ellas, por las normas legales, administrativas, comerciales, civiles y demás disposiciones vigentes que le sean aplicables*”.

De acuerdo con lo anterior, adujo que por acuerdo entre las Partes toda disposición contractual estaba sometida al cumplimiento de las normas especiales o complementarias que regían, no solamente para el caso del régimen de excepción del Magisterio, sino todas aquellas que produjeran un efecto útil en la aplicación de las obligaciones de las partes, de ahí que sea dable sostener que las fuentes de derecho aplicables al contrato se encuentran previstas no solamente en aquellas dispuestas de forma particular para el régimen de excepción antes referido, sino en aquellas que siendo parte del régimen subsidiado, suplan las lagunas o regulan materias intrínsecamente relacionadas con la ejecución de las obligaciones del contrato.

Al respecto, concluyó que el régimen de excepción del Magisterio y el régimen subsidiado se encuentran instituidos por entidades del orden nacional encargadas de emitir reglas aplicables a ambos regímenes, como es el caso del Ministerio de Salud y Protección Social. En igual sentido, las partes del Contrato No. 12076-011-2012 debían consultar las instrucciones y decisiones de otras entidades que forman parte del Sistema General de Seguridad.

En lo referente al marco normativo del Sistema General de Seguridad aplicable al Contrato No. 12076-011-2012, dispuso que de conformidad con lo previsto en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el sector en el cual se ejecutó el Contrato hacía parte de un mercado intervenido por el Estado en el cual las entidades administradoras del sistema, como lo es la FIDUPREVISORA S.A., tienen obligaciones que no pueden ser asumidas por el prestador del servicio.

Por otro lado, añadió que las Partes del Contrato estaban sometidas al cumplimiento de los fines que señala el artículo 2º de la Ley 1438 de 2011 y, en ese sentido, MAGISALUD 2 no podía afectar la prestación del servicio de los

usuarios del FOMAG, comoquiera que la norma precitada señala que el eje del sistema es el bienestar del usuario.

Es así que la Ley 1438 de 2011, además de poner como eje central al usuario, también se ocupó del procedimiento oportuno para el pago de los servicios prestados por unidades económicas privadas como lo era MAGISALUD 2, comoquiera que estando comprendido en un mercado intervenido y regulado, en el Contrato, que implicaba un uso exclusivo las IPS de la red del contratista, el riesgo económico y financiero del contrato estaba mitigado por un flujo de caja anticipado y mensual, así como el pago de las facturas por evento en los términos regulados en la ley, para lo cual se requería que el administrador del sistema, esto es, la FIDUPREVISORA S.A., cumpliera con la debida diligencia y observancia de sus obligaciones.

De esta manera fue regulado por el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011 que al respecto señalaba los efectos del Contrato y la obligatoriedad que tenía la FIDUPREVISORA S.A. de pagar los servicios dentro de los plazos, condiciones, términos fijados para ello, so pena de pagar intereses moratorios. Es por ello que el pago de las facturas presentadas por el Contratista no podía estar sometido a las condiciones que, en clara contravía de la norma, la parte contratante impuso al amparo de la posición de dominio que ejercía sobre el operador.

En este sentido, bajo la existencia de un pago oportuno, la Ley 1438 de 2011 reguló específicamente el trámite a seguir, so pena de ejercer el derecho de glosa de forma extemporánea, esto es, por fuera del tiempo debido para no entorpecer el flujo de caja del Contrato.

Por consiguiente, afirmó que la FIDUPREVISORA S.A. nunca presentó glosas dentro del término legalmente establecido por la elemental razón de no haber contratado las auditorías de forma oportuna, ocasionando para sí misma la consecuencia del inciso segundo del artículo 56 de la Ley 1438 de 2011 como lo determinó la Contraloría General de la República mediante Oficio AG8 61 1/31 CDSS-FOMAG-61, fruto del proceso de auditoría fiscal.

Sobre la normativa aplicable al Contrato 12076-005-2012 a la luz del plan de salud del Magisterio: aplicación de los principios de integralidad y compensación, indicó que la Ley 91 de 1989 creó el FOMAG como una cuenta especial de la nación administrada por la entidad fiduciaria (FIDUPREVISORA S.A.), la cual es la encargada de contratar los servicios médicos para el suministro de los servicios de salud para los docentes del sector estatal.

A la luz de lo establecido en la mencionada Ley, la prestación de los servicios médico-asistenciales se realiza a través de la contratación con entidades de salud de acuerdo con las instrucciones que imparte el Consejo Directivo del Fondo. Este sistema tiene carácter de excepcionado del Sistema de Seguridad

Social de la Ley 100 de 1993. Esto significa que el régimen especial de salud del Magisterio en Colombia es un Plan Integral que involucra, en primera instancia, y como razón fundamental, a los docentes afiliados al FOMAG y a sus beneficiarios, atendiéndolos mediante un conjunto de beneficios de cobertura nacional, a través de contratistas habilitados para tal fin y seleccionados bajo el cumplimiento estricto de los más altos estándares de calidad, como se ve en el objeto del Contrato.

En cuanto al plan de beneficios de los usuarios del régimen de excepción del Magisterio, manifestó que el régimen especial de salud del Fondo cubre a los maestros y/o pensionados, cotizantes del FOMAG, denominados “afiliados”, quienes tienen derecho a recibir los servicios de salud contenidos en el Plan de salud del Magisterio. Este plan, que se asimila a un seguro médico, incluye algunos beneficios especialmente financiados tanto para afiliados como para usuarios, quienes se encuentran exceptuados del pago de ciertas cargas que una persona del régimen subsidiado tendría que asumir. En tal sentido, se explican la excepción al pago de cuotas moderadoras y copagos, así como la atención de preexistencias que en el régimen subsidiado tendrían que ser cubiertas por el usuario.

Bajo lo anterior, señaló las características, en resumen, del suministro del servicio a cargo del Contratista, a saber: **(i)** La excepcionalidad del régimen para los docentes y sus beneficiarios; **(ii)** No existencia de copagos para ningún servicio, para los afiliados ni para los beneficiarios; **(iii)** No existencia de cuotas moderadoras a los aportes de ley para atención o tratamiento de los afiliados al FOMAG o sus beneficiarios; **(iv)** Atención o tratamiento de todo tipo de patologías sin restricción, a los afiliados y sus beneficiarios; y, **(v)** No períodos mínimos de cotización, lo que implica que tanto el docente como sus beneficiarios pueden ser atendidos sin restricción desde el primer día de afiliación al Fondo.

De tal manera que el Plan de Atención de Salud del Magisterio contempla los siguientes beneficios: **(i)** Atención básica; **(ii)** Atención de urgencias; **(iii)** Atención especializada; **(iv)** Ayudas diagnósticas; **(v)** Complementación terapéutica; **(vi)** Suministro de medicamentos; **(vii)** Patologías de alto costo; **(viii)** Transporte por remisión a otro centro de atención ubicado en el municipio dentro o fuera de la región; **(ix)** Salud ocupaciones; e, **(x)** incapacidades.

En lo que toca con el sistema de salud del FOMAG se basa en los principios de solidaridad y compensación, afirmó que el Contratista para prestar los servicios a los docentes y sus beneficiarios recibía una contraprestación por parte de la Contratante denominada pago por capitación, ingreso que, basados en los principios de integralidad y solidaridad, se invertía en toda la población activa para un determinado periodo, tanto los que habían hecho uso del plan de beneficios del FOMAG, como aquellos que no lo habían hecho.

### **3.3.4. La inoponibilidad del Acta de Acuerdos suscrita El 10 de Septiembre de 2013, entre el Gobierno Nacional y Fecode, al Contratista**

La Parte Convocada argumentó que el 10 de septiembre de 2013, producto de las reuniones y mesas de trabajo celebradas entre el Gobierno Nacional y FECODE, se llegaron a unos acuerdos relacionados con el “*estado de pagos a operadores por Alto Costo, Promoción y Prevención, y Salud Ocupacional*” y “*el esquema de seguimiento a las obligaciones contractuales con operadores de salud*”, entre otros.

Sin embargo, dicha acta de acuerdos en ningún momento tuvo como signataria a la Parte Convocada, como tampoco de cualquier otro operador de las respectivas regiones. Dicha acta fue únicamente firmada por la Ministra de Educación, el Presidente de FECODE, la Subdirectora de Desarrollo Social del Ministerio de Hacienda, el Ministro de Salud, el Secretario General de FECODE, la Viceministra del Empleo, la Viceministra de Preescolar, Básica y Media, el Presidente de Fiduciaria La Previsora, y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por lo tanto, no puede resultar oponible a la Convocada un acta de la que no hizo parte ni que tampoco suscribió, en razón a que la misma solo tiene efectos entre las Partes que la suscribieron.

### **3.3.5. El acta de Acuerdos suscrita el 10 de septiembre de 2013, entre el Gobierno Nacional y Fecode, no modificó el Contrato de Prestación de Servicios Médico – Asistenciales No. 12076-011-2012**

Sobre este punto mencionó, igualmente, que el Acta suscrita el 10 de septiembre de 2013 contiene aspectos relativos a auditorías de alto costo y al desembolso de recursos. No obstante, dichos acuerdos nunca modificaron el Contrato, ni se vieron posteriormente plasmados en algún Otrosí, ya bien sea en sus clausulados como en sus consideraciones, pues no se convinieron entre MAGISALUD 2 y el FOMAG, teniendo en cuenta que en los mencionados acuerdos no se celebró ningún otrosí que incluso, con posterioridad, fuera ratificado por la Parte Convocada.

### **3.3.6. Inexistencia de la Obligación de Reembolso**

La Convocada explicó que cuando se observan los hechos y los argumentos alegados por la Convocante en lo que toca con el reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada, se evidencia que las mismas se sustentan en las auditorías producto del Contrato, que realizó la UT KPMG-JP&CA-AUDITORIAS CUENTAS MÉDICAS sobre los acuerdos de pago 26 de septiembre de 2013, 27 de diciembre de 2013 y 7 de mayo de 2014.

No obstante lo anterior, evidenció que la Convocante dio inicio al presente proceso arbitral para reclamar una obligación inexistente, toda vez que presentó con extemporaneidad las debidas auditorías por las supuestas glosas adeudadas, como se evidencia en la Comunicación CDSS-FOMAG-61 del 24 de mayo del 2017, proveniente de la Contraloría General de la República.

De esta manera, señaló que la extemporaneidad de dichas reclamaciones se fundamenta en la falta de contratación de la auditoría necesaria por parte de FIDUPREVISORA S.A, lo cual se observa en los correos electrónicos con el FOMAG, donde se resaltaba la urgencia del problema que implicaba la ausencia de auditoría.

### **3.3.7. Correcta Forma del Ajuste de la Cápita**

La Convocada trajo a colación lo dispuesto en el Pliego de Condiciones respecto del valor de la capitación, pues la misma se tasa a partir de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio. De tal manera que la unidad de valor de la capitación del Contrato se extrae a partir de la UPC-C, adicionando la zona geográfica, el grupo etario y el factor magisterio.

Lo anterior, con el fin de resaltar que la Convocante fundamenta sus reclamos en una decisión expedida por ellos mismos, que versó sobre el ajuste anual al valor de la UPCM. En efecto, en el reajuste del 1º de septiembre del 2014 se determinó que para ese año el incremento sería del 2% aplicable al UPC establecido por el Ministerio de Salud.

Explicó que la UPCM incluye otras variables diferentes el UPC, que tienen la finalidad de cubrir particularidades, como lo son la mayor frecuencia de uso, la inclusión de medicamentos no POS, patologías de Alto Costo y el no recobro de cuotas moderadoras. La UPC, además del incremento por la continuidad de la prestación de los servicios de salud, incluye unos “*adicionales*” como lo son “*el incremento derivado de nuevos servicios(...)*” y “*(...) el incremento de la UPC que corresponda a actualizaciones del plan obligatorio de salud...*”, es decir, el régimen legal aplicable a la actualización de la UPC excluye los “servicios adicionales” y en ese mismo sentido se encuentra orientado el parágrafo primero de la Cláusula Octava del Contrato, por lo que las súplicas en este particular aspecto deben ser denegadas.

### **3.3.8. Falta de Prueba de Pago de las Decisiones de la Superintendencia**

Adujo en esta excepción que la Parte Convocante “*busca repetir contra la Unión Temporal Magisalud 2 debe demostrarse que existe una condena en firme y que la misma ya se encuentra pagada. Sin embargo, ello no es así dado que entre sus mismos dichos se desprende que los mismo no han sido pagados*”.

En virtud de lo anterior manifestó que se genera una violación al derecho a la defensa cuando la Parte Convocante pretende que “*la relación de fallos judiciales en este acápite de hechos se presente a título enunciativo*”, dado que no determina con claridad y suficiencia cuáles son los fallos en los que supuestamente tuvo responsabilidad la Parte Demandada que conllevaron a la condena en contra del FOMAG.

### **3.3.9. Improcedencia de la Imposición de Multas por parte de Fiduprevisora**

Para la Convocada lo que se pretende es que se condene al pago de las respectivas multas por el supuesto incumplimiento de la entrega de historias clínicas como el paz y salvo con la red contratada. Sin embargo, aún si este incumplimiento fuese cierto, están dándole una función indemnizatoria a las multas, de manera que lo que se busca es imponer multas como si de una cláusula penal se tratara; además, considerando el Otrosí No. 639, no hay lugar a la imposición de multas considerando la naturaleza conminatoria de ellas, si se hace por fuera de la vigencia del Contrato, pues esta terminó el 22 de noviembre de 2017. Por lo que, siguiendo la ley 1150 de 2007 y la ley 1474 de 2011 en su artículo 86 y al no reposar prueba alguna de multas en firme en contra de la Parte Convocada, la condena de las mismas en el presente proceso es improcedente.

### **3.3.10. Nadie puede alegar su propia Culpa o Dolo**

La Parte Convocante no puede pretender frente al pago de las cápitas que, existiendo el remedio del descuento en la próxima cápita pactado por las partes en situaciones en que se realizara un anticipo con excedentes, y este no haya empleado dicho mecanismo, busque obtener el supuesto reembolso de dichos montos y menos le es dable admitir que frente al caso del Paciente Daniel Alfaro Montilla, se busque atribuir dichos gastos y responsabilidad, cuando fue la misma Convocante la que gestionó la salida del paciente y firmó un documento de salida voluntaria de la Clínica que hacía parte de la red de MAGISALUD 2.

### **3.3.11. Nadie puede ir en contravía de sus propios actos**

En consideración de la Convocada, el pago de las facturas por alto costo, el cálculo de la cápita y los hechos alrededor del Paciente Daniel Alfaro Montilla Paz, fueron ejecutados por la Convocante sin pronunciarse sobre la existencia de glosa alguna, sino hasta ahora, por lo que cambia el trámite de las mismas producto de su demora en torno a las auditorías. Por su parte, señaló que la Convocante en el hecho 27 de la demanda reconoce que el porcentaje utilizado para el ajuste de la cápita fue establecido por el FOMAG, por lo que la Convocada actuó acorde a ello.

Respecto al caso del Paciente Daniel Alfaro Montilla Paz, señaló que este fue atendido integralmente en la Clínica Rey David como consta en la historia clínica, donde se trató su condición de salud y se hizo seguimiento a su evolución, según lo previsto por el personal de salud interdisciplinar de la institución. Dicha situación se informó por parte del Coordinador Médico UCI de dicha institución, el Doctor Elías Vieda Silva. Sin embargo, a pesar de los riesgos que implicaba el traslado, FIDUPREVISORA S.A solicitó de forma expresa mediante correo de 28 de enero de 2017 que se hiciera traslado del Paciente a las instalaciones de la Clínica Fundación Valle del Lili.

En consecuencia, La Parte Convocante quiere exigir los costos asumidos en Fundación Valle del Lili por el Paciente Daniel Alfaro Montilla Paz, a pesar de que contaba con la atención adecuada e integral en la Clínica Rey David, que hacía parte de la red de prestadores.

### **3.3.12. Violación del Principio de Planeación por parte de Fiduprevisora como vocera del FOMAG**

La Convocada explicó al Tribunal las razones por las cuales la Convocante contrarió el principio de planeación. En primer lugar, la extemporaneidad de las glosas presentadas, como se mencionó en la excepción de inexistencia de la obligación de reembolso; en segundo lugar, en las exigencias por el ajuste de cápita por parte de FIDUPREVISORA S.A., incluso contrariando la buena fe y la teoría de los actos propios; en tercer y último lugar, porque la mayor evidencia de la falta de planeación es el accidentado proceso para conseguir la respectiva auditoría y la extemporaneidad con la que se presentaron sus informes.

### **3.3.13. Excepción Genérica**

Finalmente, solicitó al Tribunal de Arbitraje declarar la prosperidad de cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso.

## **3.4.- El Llamamiento en Garantía**

A continuación, se resume el Llamamiento en Garantía formulado por la Convocante en contra de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A., junto con las contestaciones y las excepciones de mérito propuestas, así:

### **3.4.1.- Las pretensiones del Llamamiento en Garantía**

*“**PRIMERA.-** Condenar a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y a LIBERTY SEGUROS S.A., en proporción al porcentaje de coaseguro, al pago de las condenas que se impusieren a la UNIÓN TEMPORAL MAGISTERIO 2, conforme a lo pactado en el contrato de seguro instrumentado en la póliza*

única de cumplimiento No. NB100022916, dentro de los límites asegurados.

**SEGUNDA.-** Condenar a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y a LIBERTY SEGUROS 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”.

### 3.4.2.- Los Hechos del Llamamiento en Garantía

3.4.2.1.- Entre el FOMAG y la UT MAGISALUD 2 se celebró el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012.

3.4.2.2.- En la Cláusula 35 del Contrato, se estipuló como obligación a cargo de la UT MAGISALUD 2, garantizar el cumplimiento del Contrato. La Cláusula dispone lo siguiente:

**“CLÁUSULA 3. GARANTÍA.** Dentro de los (tres) 3 días calendario siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato. EL CONTRATISTA garantizará el cumplimiento de las obligaciones que adquiere en virtud del mismo, mediante la constitución en una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, con póliza matriz aprobada por la superintendencia Financiera, de una garantía única, de conformidad con lo previsto en la ley 80 de 1.993, que ampare los riesgos que a continuación se mencionan:

**a.- CUMPLIMIENTO:** Por el 10% del valor del contrato y un término de duración igual a la vigencia del contrato y cinco (5) meses más.

**b.- PAGO ANTICIPADO:** Por el 100% del valor equivalente a un mes del valor del presupuesto oficial y un término de duración igual a la vigencia del contrato y cinco (5) meses más.

**c.- CALIDAD DEL SERVICIO:** Por el equivalente al 1% del valor del contrato por un término de duración igual a la vigencia del contrato y cinco (5) meses más.”.

3.4.2.3.- La UT MAGISALUD 2 garantizó el cumplimiento del Contrato mediante póliza de cumplimiento, otorgada por la llamada en garantía COMPAÑÍA MUNDIAL, en coaseguro con LIBERTY SEGUROS, con los siguientes amparos, vigencias y límites asegurados, según el último certificado emitido:

No. Póliza de Cumplimiento	Aseguradora	Amparo	Vigencia	Valor Asegurado
NB-100022916 Certificado No.	COMPAÑÍA MUNDIAL DE	CUMPLIMIENTO	30/10/2017 hasta 22/04/2018	\$92.297.090.888

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA  
S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2  
(EXPEDIENTE 123610)**

10	SEGUROS S.A., en coaseguro con LIBERTY SEGUROS S.A.	DEVOLUCION DEL PAGO ANTICIPADO	30/10/2017 hasta 22/04/2018	\$12.687.500.000
		CALIDAD DEL SERVICIO	30/10/2017 hasta 22/04/2018	\$9.229.709.088
		SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	30/10/2017 hasta 22/11/2020	\$46.148.545.444

**3.4.2.4.-** Según el certificado emitido, son aseguradoras garantes las dos llamadas en garantía, con un porcentaje de coaseguro del 73% para COMPAÑÍA MUNDIAL y 27% para LIBERTY SEGUROS.

### **3.5.- La Oposición de las Llamadas en Garantía**

En esta oportunidad aceptaron algunos hechos, otros tan solo parcialmente y negaron los restantes. Adicionalmente se opusieron a todas las pretensiones y objetaron el juramento estimatorio.

Las llamadas en garantía formularon las siguientes excepciones:

*“A.- CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL*

*B.- FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA POR PARTE DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA PRONUNCIARSE DE LA RELACIÓN JURÍDICO-SUSTANCIAL DERIVADA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.*

*C.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DEL FOMAG PARA LLAMAR EN GARANTÍA A LAS ASEGURADORAS - EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR FIDUPREVISORA ESTÁ DIRECTAMENTE EN CONTRAVÍA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA FINALIDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL QUE REGULA LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO, POR LO CUAL NO ES LA VÍA PROCESAL PARA QUE LA CONVOCANTE HAGA VALER LOS DERECHOS QUE ALEGA.*

*D.- PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE DERIVAN DEL CONTRATO DE SEGURO RESPECTO DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO.*

*E.- INEFICACIA Y NULIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO POR DECLARACIONES RETICENTES SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO Y AGRAVACIÓN DEL RIESGO.*

*F.- INEXISTENCIA DE SINIESTRO DEBIDO A QUE LA COBERTURA OTORGADA POR LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO NO SE EXTIENDE A ERRORES O*

*PERJUICIOS DERIVADOS DE ACUERDOS ESPECIALES DE RECONOCIMIENTO Y PAGO.*

*G.- AUSENCIA DE DEMOSTRACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y DE LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA. INEXIGIBILIDAD DE LA SUPUESTA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ASEGURADORA.*

*H.- LA LEY Y EL CONTRATO DE SEGUROS EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN CUANDO LOS RIESGOS Y PERJUICIOS DERIVAN DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.*

*I.- INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO POR CONFIGURACIÓN DE LA CULPA GRAVE O DOLOR POR PARTE DE FIDUPREVISORA.*

*J.- AUSENCIA DE CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES PRECEDENTES DE RESPONSABILIDAD DEL SEGURO – INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS DEL CONTRATO DE SEGURO.*

*K.- EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DEL FOMAG.*

*L.- IMPOSIBILIDAD DE FIDUPREVISORA DE ALEGAR SU PROPIA CULPA.*

*M.- APLICACIÓN DE NORMAS DEL CONTRATO DE SEGURO RELATIVAS AL COASEGURO Y A LA LIMITACIÓN A LA SUMA ASEGURADA.*

*N.- APLICACIÓN DE LA FIGURA DE COMPENSACIÓN*

*O.- CUALQUIER OTRA EXCEPCIÓN PROBADA QUE OFICIOSAMENTE DEBA DECLARARSE.”*

#### **4. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN EL PROCESO**

Las actuaciones adelantadas en la etapa inicial del presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

**4.1.** Por conducto de apoderado judicial el FOMAG presentó el día 29 de julio de 2021 la demanda arbitral con la que se dio inicio al proceso.

**4.2.** Agotado el trámite respectivo, los nombramientos de los árbitros se produjeron mediante designación de común acuerdo. Luego de que aceptaran su designación y cumplieran con lo preceptuado por el artículo 15 de la Ley 1563

38

de 2012, el Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 12 de agosto de 2021. En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente designó Presidente y Secretario, este último de la Lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

**4.3.** Instalado el Tribunal, mediante Auto No. 2 de la misma fecha se admitió la demanda arbitral y el llamamiento en garantía formulado en contra de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. Así mismo, en la misma providencia se ordenaron los traslados de rigor.

**4.4.** Surtidos los trámites de notificación, el 20 de agosto de 2021, la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. interpusieron recurso de reposición contra el auto admisorio del llamamiento en garantía. Solicitaron que se revocara dicha providencia y que, en su lugar, se procediera a inadmitirla.

**4.5.** El 25 de agosto de 2021, la Parte Convocante se pronunció frente al recurso de reposición interpuesto por las Llamadas en Garantía y mediante Auto No. 3 del 1º de septiembre de 2021, el Tribunal resolvió la impugnación. Por medio de este auto resolvió reponer el auto recurrido para que, dentro del término de ley, el llamamiento se subsanara por parte de la Convocante so pena de rechazo, conforme a lo establecido por los artículos 82 numeral 7, 90 numeral 6 y 206 del Código General del Proceso.

**4.6.** El 9 de agosto de 2021 la Parte Convocante presentó escrito de subsanación de los llamamientos en garantía. Teniendo en cuenta que el escrito se subsanó en debida forma y de manera oportuna, el Tribunal mediante Auto No. 4 del 13 de septiembre de 2021 admitió los llamamientos en garantía formulados por la Parte Convocante en contra de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A., ordenando los traslados de rigor.

**4.7.** La Parte Convocada en debida oportunidad, dio contestación a la demanda arbitral el 14 de septiembre de 2021, en la cual formuló excepciones de mérito, solicitó pruebas, solicitó el decreto y práctica de otras y objetó el juramento estimatorio.

**4.8.** El 11 de octubre de 2021 las Llamadas en Garantía contestaron la demanda arbitral y el respectivo llamamiento en garantía formulado en su contra.

**4.9.** El 13 de octubre de 2021, las Llamadas en Garantía formularon, a su vez, llamamiento en garantía en contra de la UT MAGISALUD 2, Parte Convocada en este proceso.

**4.10.** Mediante Auto No. 5 del 25 de octubre de 2021, el Tribunal, además de tener por contestada en tiempo la demanda arbitral por parte de la Convocada y correr traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio allí formulados, admitió el llamamiento en garantía formulado por COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. en contra de la Parte Convocada UT MAGISALUD 2, corriendo los traslados respectivos.

**4.11.** El 29 de octubre de 2021 la Parte Convocante interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 5 del 25 de octubre de 2021.

**4.12.** El 3 de noviembre de 2021 la Parte Convocante describió el traslado de las excepciones de mérito y de las objeciones al juramento estimatorio por parte de las llamadas en garantía, escritos mediante los cuales acompañó pruebas.

**4.13.** Mediante Auto No. 7 del 10 de noviembre de 2022, el Tribunal resolvió no reponer la providencia recurrida.

**4.14.** El 19 de noviembre de 2021 la Parte Convocante describió el traslado de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio, propuestos por la Convocada respecto de la demanda arbitral.

**4.15.** El 24 de noviembre de 2021, la Parte Convocada contestó los llamamientos en garantía realizados por LIBERTY SEGUROS S.A. y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

**4.16.** El 26 de noviembre de 2021 la Parte Convocada hizo una manifestación sobre el pronunciamiento que, a su vez, efectuó la Convocante frente a las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio.

**4.17.** Mediante Auto No. 8 del 13 de diciembre de 2021, el Tribunal fijó el 17 de enero de 2022 como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación de que trata el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012.

**4.18.** El 14 de enero de 2022, mediante correo electrónico, el apoderado de la Convocante solicitó la suspensión del proceso entre el 17 y el 31 de enero de 2022, ambas fechas inclusive. Esta petición fue coadyuvada mediante correo electrónico del 16 de enero de 2022 por la Convocada y mediante correos electrónicos del mismo 16 y del 17 de enero por las aseguradoras llamadas en garantía.

**4.19.** Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal, mediante Auto No. 9 del 17 de enero de 2022 suspendió el proceso por solicitud conjunta de las partes, entre los días 18 y 31 de enero de 2022, ambas fechas inclusive. Y, así mismo, señaló

como nueva fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación el 2 de febrero de 2022.

**4.20.** El 1º de febrero de 2022 mediante correo electrónico, el apoderado de la parte Convocante solicitó la suspensión del proceso entre el 2 y el 15 de febrero de 2022, ambas fechas inclusive. Esta petición fue coadyuvada mediante correos electrónicos de la misma fecha por las aseguradoras llamadas en garantía y mediante correo electrónico del 2 de febrero de 2022 por la Convocada.

**4.21.** Por lo anterior, el Tribunal, mediante Auto No. 10 del 3 de febrero de 2022, resolvió decretar la suspensión del proceso hasta el 15 de febrero de 2022 y, en consecuencia, señaló como nueva fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación el 17 de febrero de la misma anualidad.

**4.22.** El 17 de febrero de 2022, fallida la etapa conciliatoria, el Tribunal mediante Auto No. 12 de la misma fecha, apoyado en lo previsto en los artículos 25, 26 y 37 de la Ley 1563 de 2012, fijó los gastos y honorarios del Tribunal a cargo de las Partes. En la misma audiencia, las llamadas en garantía COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A., interpusieron recurso de reposición en contra de la anterior providencia. En consecuencia, mediante Auto No. 13, el Tribunal resolvió no reponer la providencia recurrida.

**4.23.** El 14 de marzo de 2022, el Tribunal mediante Auto No. 14 resolvió señalar como fecha y hora para celebrar la primera audiencia de trámite el 22 de marzo de la misma anualidad. La cual fue reprogramada mediante Auto No. 15 del 16 de marzo de 2022, por solicitud de la Parte Convocante para el 24 de marzo de 2022.

**4.24.** El 24 de marzo de 2022, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal, después de analizar el alcance del pacto arbitral y los asuntos sometidos a arbitraje, se declaró competente para conocer del asunto sometido a su conocimiento.

**4.25.** La etapa de instrucción del proceso se adelantó debidamente y las pruebas fueron practicadas en audiencias celebradas mediante el sistema de telepresencia, las cuales fueron grabadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y los respectivos CD o DVD fueron incorporados al expediente.

**4.26.** Agotada la instrucción del proceso y luego de surtir el control de legalidad, el Tribunal señaló mediante Auto No. 36 la fecha y hora en la que se llevaría a cabo la audiencia de alegaciones finales, siendo esta el 26 de enero de 2023. En ella, tanto la Parte Convocante como el extremo Convocado y las Llamadas en Garantía expusieron oralmente sus alegaciones y entregaron la versión

escrita de sus intervenciones. Esta audiencia se celebró presencialmente en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Así mismo, el 3 de marzo de 2023 la Doctora Diana del Pilar Amézquita, Delegada del Ministerio Público, rindió el concepto respectivo.

## **5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO**

**5.1.** La primera audiencia de trámite se celebró el **24 de marzo de 2022**.

**5.2.** El término de duración del presente proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, en virtud de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020 (norma aplicable al presente asunto en forma ultractiva, como se dejó dicho en el Auto No. 28 del 14 de julio de 2022).

**5.3.** Al término de duración del proceso se le adicionaran los días en que el proceso estuvo suspendido por las causas previstas en la Ley, con las limitaciones establecidas en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020.

**5.4.** El proceso, por solicitud conjunta de las partes, ha estado suspendido en las siguientes fechas:

<b>AUTO QUE DECRETÓ LA SUSPENSIÓN</b>	<b>FECHAS DE LA SUSPENSIÓN</b>		<b>DÍAS CALENDARIO DE SUSPENSIÓN</b>
	<b>INICIO</b>	<b>FINALIZACIÓN</b>	
Auto No. 23 del 27 de mayo de 2022	3 de junio de 2022, fecha inclusive	22 de junio de 2022, fecha inclusive	20
Auto No. 27 del 28 de junio de 2022	18 de julio de 2022, fecha inclusive	25 de agosto de 2022, fecha inclusive	39
Auto No. 32 del 7 de octubre de 2022	8 de octubre de 2022, fecha inclusive	2 de noviembre de 2022, fecha inclusive	26
Auto No. 36 del 6 de diciembre de 2022	9 de diciembre de 2022, fecha inclusive	25 de enero de 2023, fecha inclusive	48
Auto No. 37 del 26 de enero de 2023	27 de enero de 2023, fecha inclusive	12 de febrero de 2023, fecha inclusive	17
<b>TOTAL DÍAS SUSPENDIDOS</b>			<b>150</b>

**5.5.** Así pues, al término de duración del proceso se le deben agregar o adicionar los días durante los cuales el mismo estuvo suspendido por solicitud conjunta de las Partes, sin exceder del límite máximo de suspensión previsto y autorizado de manera perentoria por Ley.

5.6. En consecuencia, al adicionar al plazo que inicialmente vencía el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022), la cantidad de ciento cincuenta (150) días calendario, que es el máximo de suspensión permitido, el término de duración del proceso se extiende hasta el **veinticuatro (24) de abril de dos mil veintitrés (2023)**, motivo por el cual la expedición del presente Laudo arbitral se produce en tiempo.

## **CAPÍTULO SEGUNDO** **CONSIDERACIONES PARA RESOLVER**

### **1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

1.1. En el presente trámite no hay duda acerca de la configuración de los denominados presupuestos procesales, dado que **(i)** las partes, como ya quedó consignado, son plenamente capaces y se encuentran debidamente representadas; **(ii)** la competencia del Tribunal fue plenamente definida en la primera audiencia de trámite, en la cual se determinó que las controversias aquí ventiladas son de aquellas que las partes decidieron someter a resolución arbitral y que dichas divergencias son de naturaleza arbitrable, además de que no había operado la caducidad del medio de control; y, **(iii)** la demanda con la que se promovió este proceso reúne los requisitos de forma previstos en la Ley.

1.2. Aunado a lo anterior, es necesario señalar que durante el trámite se respetaron a plenitud las normas procesales que regulan el desarrollo del proceso arbitral y a las partes se les brindó suficientes oportunidades de intervención para la defensa de sus derechos e intereses, a lo cual debe agregarse que, surtido el control de legalidad contemplado en el artículo 132 del Código General del Proceso, ninguna de las partes alegó nulidad alguna o irregularidad que ameritara su saneamiento o subsanación.

### **2. EL CONTRATO OBJETO DEL LITIGIO**

2.1. Previo a resolver las controversias suscitadas entre las partes, es necesario abordar el estudio sobre la naturaleza y régimen jurídico del “CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO – ASISTENCIALES No. 12076-011-2012”, cuyo objeto fue el siguiente:

*“**CLÁUSULA 2.- OBJETO. EL CONTRATISTA** se obliga por medio del presente contrato a garantizar Prestación de los Servicios para los Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la Región **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2** integrada por los departamento de Huila, Caquetá, Putumayo, Valle del Cauca, Cauca y Nariño, de acuerdo con las condiciones jurídicas,*

*financieras y técnicas definidas en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el CONTRATISTA y que hacen parte integral del presente contrato.”*

**2.2.** FIDUPREVISORA es una sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo que implica que en los términos de la Ley 80 de 1993, es una entidad estatal y, por consiguiente, se le aplican sus disposiciones. En efecto, el literal a), numeral 1 del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 2195 de 2022, dispone:

*“1º. Se denominan entidades estatales:*

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

**2.3.** El artículo 1º de la misma Ley, por su parte, dispone:

*“Artículo 1º. Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.*

**2.4.** De otra parte, el artículo 93 de la Ley 498 de 1998 establece:

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

**2.5.** Adicionalmente, en relación con el régimen de los contratos estatales, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 2195 de 2022, señala:

*“Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.  
(...).”*

**2.6.** Por su parte, la Cláusula 22 del Contrato reguló lo atinente a la ley aplicable al mismo, en los siguientes términos:

*“CLÁUSULA 22. - LEY APLICABLE. Este contrato se sujeta a las leyes de la República de Colombia. Sin perjuicio de las disposiciones presupuestales aplicables, está sometido a lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989, 10 de 1.990, 80 de 1993, 1150 de 2.007 y a sus decretos reglamentarios, así como a las demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.*

*En lo que no esté particularmente regulado en ellas, por las normas legales, administrativas, comerciales, civiles y demás disposiciones vigentes que le sean aplicables.”*

**2.7.** Ahora bien, definido el carácter estatal de la entidad fiduciaria que interviene en este proceso, resulta necesario señalar que el FOMAG se creó mediante la Ley 91 de 1989 como una,

*“(…) cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato (sic) de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley”.*

**2.8.** Acerca de la naturaleza jurídica del FOMAG, se ha precisado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>1</sup> con apoyo en lo establecido por el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, lo siguiente:

*“De la lectura de la norma se extrae que el FOMAG fue creado como una cuenta especial de la Nación (también conocida como fondos-cuenta), con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, para el cumplimiento de las funciones asignadas en esa ley.*

*Sobre los fondos-cuenta o fondos especiales para el manejo de recursos públicos la Sala ha emitido múltiples conceptos, destacándose el 1423 de 2002, precisamente relacionado con el FOMAG. Como se recordará para la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 se encontraba vigente el Decreto-Ley 3130 de*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de diciembre de 2014, C.P. ÁLVARO NAMEN VARGAS, rad. 11001-03-06-000-2014-00182-00 (2227)

*1968, que definía en su artículo 2 a los fondos como “un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados”. La misma norma agregaba que si a las características descritas se sumaba la personería jurídica, la entidad era un establecimiento público. La Ley 489 de 1998, que derogó el decreto ley antes citado, no se ocupa expresamente de los fondos.*

*Por su parte, el artículo 11 del Decreto 111 de 1996 que compila las leyes orgánicas de presupuesto 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, incluye como componente del presupuesto general de la Nación, en el presupuesto de rentas, los fondos especiales, y la Ley 42 de 1993 “sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, dispone en su artículo 37 que el presupuesto general del sector público está conformado por la consolidación de los presupuestos general de la Nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, de los particulares o entidades que manejen fondos de la Nación, pero solo en relación con dichos fondos y de los fondos sin personería jurídica denominados especiales o cuenta creados por la ley o con autorización de esta.*

*Los fondos especiales sin personería jurídica se administran en la forma que establezca la disposición legal que los crea. Dichos fondos, de manera general, no son un patrimonio autónomo del organismo o entidad pública al cual están adscritos, por cuanto son una cuenta de aquel o aquella instituida para cumplir el objetivo específico al cual se destinan los recursos que ingresen al fondo respectivo.”*

**2.9.** Precisado lo anterior, es necesario señalar que mediante Escritura Pública No. 83 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, se celebró el Contrato de Fiducia Mercantil entre La Nación – Ministerio de Educación Nacional y la FIDUPREVISORA con la finalidad de administrar los recursos del FOMAG para atender oportunamente el pago de las prestaciones sociales y garantizar una adecuada prestación de los servicios médico-asistenciales, quedando encargada la fiduciaria de administrar, invertir y destinar los recursos del FOMAG al cumplimiento de los objetivos del mismo, conforme instrucciones que le imparte el Consejo Directivo del FOMAG.

**2.10.** De ahí que FIDUPREVISORA, como vocera del patrimonio autónomo FOMAG, con base en las disposiciones legales, en el contrato de fiducia mercantil, y en lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG, haya

adelantado una licitación con el objeto de contratar, por regiones, la prestación de los servicios de salud para los afiliados y beneficiarios del FOMAG. Al respecto, en el numeral 11 de las Consideraciones del Contrato objeto de este proceso se estableció:

*"11.- Que para el proceso de selección de los contratistas se acordó:*

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

**2.11.** En esa misma línea, el Tribunal de Arbitraje promovido por la UT MAGISALUD 2, como Parte Convocante en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora S.A., como Parte Convocada, profirió el Laudo Arbitral de fecha 28 de abril de 2020 (expediente 15569), en el que efectuó el mismo análisis frente a los contratos de prestación de servicios médico-asistenciales, al respecto señaló:

*"Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico del Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, en adelante el Contrato, es importante señalar que se trata de un contrato de naturaleza estatal y que, por ende, se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que le son propias de acuerdo con su naturaleza. Lo anterior, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, que consagra la aplicación del criterio orgánico o subjetivo para efectos de determinar la naturaleza del contrato, y habida consideración de que el FOMAG fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual se encuentra representado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, como se ha mencionado precedentemente<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> "En este sentido, tiene aplicación en el presente caso el análisis realizado al respecto en el Laudo Arbitral de Foscal Cajasan, Clínica Santa Ana S.A. y Clínica Valledupar Ltda. contra Nación - Ministerio de Educación

Nacional - Fomag del 4 de diciembre de 2014, en el que se lee:

*"...es preciso considerar que el FOMAG fue creado como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, de manera que no puede catalogarse como un ente estatal propiamente dicho. Sin embargo, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, '... No se puede desconocer que el manejo del fondo está a cargo de la Nación y funciona con recursos públicos y por ello la responsabilidad frente al mismo recae exclusivamente en las entidades públicas.*

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

*En otras palabras, considerando que la determinación de la naturaleza del contrato está dada por la calidad de las partes (criterio orgánico), se advierte que para el caso concreto uno de los extremos de la relación contractual es la Nación como titular del FOMAG, de ahí que deba concluirse que el*

*En virtud de lo anterior, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en desarrollo de sus funciones, expidió, entre otros, el Acuerdo No. 6 del 1 de noviembre de 2011, con el objeto de “Ajustar y adoptar los lineamientos para la contratación de los servicios de salud para el magisterio (...)”, definiendo, entre otros, los siguientes lineamientos que cabe destacar:*

*(...)*

#### **8. SELECCIÓN DE CONTRATISTAS:**

*Sólo podrá haber un prestador por región. Para ello, se adjudicará el contrato a aquella oferta que obtenga mayor puntaje en el proceso de evaluación y calificación.*

*Un integrante de un consorcio o de una unión temporal que presente propuesta no podrá participar en otros consorcios o uniones temporales que participen en el proceso de Selección, ni formular propuesta independiente. Un proponente sólo podrá presentar propuesta para una Región.*

*El proceso de selección y los contratos se regirán por las disposiciones contenidas en la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, y lo contenido en los Pliegos de Condiciones previo informe de evaluación que deberán presentar los consultores y asesores externos contratados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y atendiendo la recomendación del Consejo Directivo.*

*Por su parte, el pliego de condiciones estableció en relación con la normatividad aplicable al proceso de selección que le dio origen al contrato que aquí nos ocupa, que “El presente proceso se rige por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993, 1150 del 2007, y 1474 de 2011, sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes”, y, asimismo, el propio contrato en su cláusula 22*

---

*Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-14-08, es un contrato estatal, debido a que la parte contratante es un ente público denominado Nación.*

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

*Por ende, se observa que la participación de la Fiduciaria como administradora del FOMAG no es una condición que interese para determinar lo atinente a la naturaleza del contrato".*

*reguló lo atinente a la ley aplicable al Contrato, en los siguientes términos:*

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

*En conclusión, el régimen jurídico aplicable al Contrato está dado, fundamentalmente, por la normatividad especial que regula el régimen prestacional del magisterio, así como por la normatividad que regula la actividad contractual del Estado, cabe decir, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. En lo no previsto en estas disposiciones, por las normas administrativas, civiles y comerciales aplicables al Contrato según su naturaleza”.* (Subraya fuera del texto original)

**2.12.** Más recientemente, mediante Laudo Arbitral proferido el 10 de noviembre de 2022, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias entre la UT MAGISALUD 2, como Parte Convocante y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora S.A., como Parte Convocada (expediente 122343), afirmó que:

*“Ahora bien, no menos cierto es que de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, también se puede afirmar que sin duda en el presente caso se esté en frente a un contrato estatal por haber sido celebrado por una entidad del Estado, la Fiduciaria, que suscribió el contrato no como entidad fiduciaria sino como vocera y administradora del FOMAG, cuyos dineros indudablemente son públicos por ser una cuenta especial de la Nación.*

*Por lo tanto, el contrato celebrado es a todas luces, un contrato estatal, que se rige por la Ley 80 de 1993, y demás normas concordantes y complementarias.*

*Por último, y para ahondar en otras razones del Tribunal Arbitral para despachar esta excepción concerniente a la supuesta falta de capacidad procesal, conviene reiterar lo expuesto en el Auto No. 22 dentro de la Primera Audiencia de Trámite, cuando al*

*declararse competente se anotaron cuestiones fundamentales al respecto. Concretamente, que, de conformidad con la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado No. 1997-03930 del 25 de septiembre de 2013, esa Corporación modificó la jurisprudencia existente en esta materia, y clarificó que los consorcios y uniones temporales constituidos al amparo del artículo 7 de la ley 80 de 1993 y que celebren contratos estatales, al margen incluso de la cuestión antes abordada del régimen jurídico aplicable a sus contratos, tienen capacidad procesal para ser parte y comparecer en juicio, en tanto son titulares de derechos y obligaciones y que la UT MAGISALUD 2 se constituyó, según prueba que obra en el plenario, al amparo de la referida norma de la ley 80 de 1993". (Subraya fuera del texto original)*

**2.13.** En ese mismo sentido, la jurisprudencia proferida en sede de anulación de laudos arbitrales<sup>3</sup>, ha resaltado que la naturaleza pública de los recursos manejados por el FOMAG hace que los contratos que se celebren deban estar regidos por el estatuto contractual de la administración:

*"Por lo anterior, en lo que concierne al Fomag, a la luz del ordenamiento aplicable no es posible señalar que sus recursos sean ajenos al patrimonio de la Nación, y mucho menos que esa circunstancia implique su salida del ámbito público o de la titularidad del Estado. Por el contrario, el artículo 11, literal a) del Decreto 111 de 1996 (compilatorio de las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto), incluye como componentes del presupuesto de rentas de la Nación los fondos especiales, entre los que se encuentran los fondos sin personería jurídica creados por la ley, de conformidad con el artículo 30 ibídem.*

*En torno a este punto, la Corte Constitucional precisó:*

*La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de los fondos especiales en dos sentencias que han resuelto demandas contra algunos segmentos del artículo 30 EOP. Así, en la decisión C-009/02, ante la acusación que los fondos especiales desconocían la prohibición constitucional de la fijación de rentas de destinación específica, se señaló que 'el artículo 358 de la Constitución Política y los artículos 11 y 27 del Estatuto Orgánico del Presupuesto consagran la clasificación de las rentas presupuestales, en*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 2021, C.P. María Adriana Marín, rad. 11001-03-26-000-2020-00076-00(66091).

*ingresos corrientes, los cuales comprenden los tributarios (impuestos directos e indirectos) y los no tributarios (tasas y multas) y otros ingresos, constituidos por contribuciones parafiscales, fondos especiales, recursos de capital e ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional' (...). Como se aprecia, de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Presupuesto los fondos especiales no son contribuciones parafiscales ni ingresos corrientes en cuanto corresponden a una categoría propia en la clasificación de las rentas estatales. Así mismo, los fondos especiales constituyen una de las excepciones al principio de unidad de caja'.*

*Agregó que esa comprensión de los fondos especiales como modalidades diferenciadas de rentas nacionales había sido reiterada en la sentencia C-066 de 2003, providencia en la que, a su vez, se señaló que los indicados fondos “no contrariaban la definición constitucional de ingresos corrientes, prevista en el artículo 358 C.P.”, aun cuando se tratara de la exclusión de determinadas rentas, del concepto general de “ingresos corrientes de la Nación”, en razón de su destinación específica.*

*Por tanto, en el caso del Fomag –fondo especial sin personería-, se trata de recursos que son siempre públicos tanto en su origen, como en su manejo y destinación final, y mantienen esa calidad tras la constitución de la fiducia mercantil ordenada en la ley, de manera que, al no pasar en absoluto tal patrimonio a la esfera privada y mantenerse bajo la titularidad del Estado, dotado de un órgano directivo integrado por servidores públicos y representado por una entidad estatal, el control de su administración y de las demás actividades que estableció la Ley 91 de 1989 le corresponde a esta jurisdicción, incluso en el ámbito del recurso de anulación contra laudos arbitrales, bajo los presupuestos del ya citado artículo 46, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012.”*

**2.14.** De lo anterior, concluye el Tribunal que, al Contrato por tratarse de aquellos de naturaleza estatal, le son aplicables la Ley 1150 de 2007, así como también la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 2195 de 2022 y, en general, la normatividad complementaria y aplicable según la naturaleza particular del contrato.

### **3. ANÁLISIS SOBRE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**

**3.1.** Aunque en la primera audiencia de trámite se definió que respecto de las pretensiones de la demanda no operó la caducidad del medio de control de

controversias contractuales, considera el Tribunal que es necesario reiterar dicha conclusión.

**3.2.** En efecto, es menester recordar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 164, numeral 2º, literal J, del CPACA, el medio de control de controversias contractuales debe ejercerse en los precisos términos que contempla dicha norma, la cual se transcribe a continuación:

**“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** *La demanda deberá ser presentada:”*

*(...)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**3.3.** De la norma transcrita se desprende que el término para liquidar está condicionado a las oportunidades establecidas en la ley para su liquidación, cuando se trata de negocios jurídicos que así la requieren. Por tal razón, se hace necesario acudir a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, norma que es del siguiente tenor:

*“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

*En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.*

*Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.*

*Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”*

**3.4.** Ahora bien, en relación con la liquidación del “CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES No. 12076-011-

2012 ENTRE FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A. Y UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2”,  
en la cláusula 17 de dicho negocio jurídico se acordó lo siguiente:

*“CLÁUSULA 17. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. Sin perjuicio de que las partes realicen liquidaciones parciales anualmente, el contrato, por ser de tracto sucesivo, deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y Artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007. Por tal motivo el Contratista deberá presentar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la terminación del Contrato a LA FIDUCIARIA o a quién este designe, la relación de las historias clínicas y demás documentos relacionados con los aspectos médicos de las personas que cubre el contrato, así como la información técnica, científica y estadística que se requiera, para que con base en dicha información se proceda a elaborar el acta de liquidación correspondiente. En caso de que no se efectúe la liquidación bilateral se dará aplicación al artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007.”*

**3.5.** De la estipulación se desprende que las partes expresamente acordaron que el plazo para la liquidación bilateral sería el legal, motivo por el cual, de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, aquellas contaban con cuatro (4) meses para tal efecto, luego de lo cual la administración tenía dos (2) meses adicionales para proceder a su liquidación unilateral. Esto es, cuatro (4) meses para la liquidación de común acuerdo y dos (2) meses para la unilateral por parte de la entidad Convocante.

**3.6.** Conforme a lo anterior, si el contrato terminó el día 22 de noviembre de 2017, el término de cuatro (4) meses para la liquidación bilateral empezó a contabilizarse el 23 de noviembre de 2017 y finalizó el 23 de marzo de 2018. Las partes no liquidaron de común acuerdo el contrato en dicho término.

**3.7.** De acuerdo con lo expresado, el término para la liquidación unilateral que, según se dijo es de dos (2) meses, corrió entre el 24 de marzo de 2018 y el 24 de mayo del mismo año, sin que el FOMAG lo hubiese liquidado.

**3.8.** Conforme a lo anterior, a partir del 25 de mayo de 2018 empezó a computarse el término de dos (2) años de caducidad del medio de control, el cual inicialmente debía finalizar el 25 de mayo de 2020.

**3.9.** Sin embargo, como bien se sabe por todos, con ocasión de la Emergencia Económica y Social causada por la Pandemia del Covid 19, se expidió el Decreto Legislativo 564 de 2020, que estableció lo siguiente en su artículo 1º:

*“Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios control presentados la Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de meses o años, se encuentran suspendidos el 16 marzo 2020 hasta el día que Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales.*

*El conteo los términos prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente.*

*Parágrafo. La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal.”*

**3.10.** La anterior norma se declaró ajustada a la Constitución en Sentencia C-213 de 2020 proferida por la Corte Constitucional, salvo la referencia a la caducidad realizada en el parágrafo de la disposición en lo que atañe a la materia penal, aspecto que, en el presente litigio, por elementales razones, carece de relevancia.

**3.11.-** Así las cosas, en este proceso el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales estuvo suspendido entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio del mismo año, fecha en la cual se levantó la suspensión general de términos, es decir, ocurrió una suspensión de términos durante tres (3) meses y dieciséis (16) días. Por ello, el término de dos (2) años correspondiente a la caducidad del medio de control venció el 16 de octubre de 2020 y como quiera que la demanda arbitral fue presentada el 29 de julio de 2020, no operó la caducidad.

#### **4. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

##### **4.1. Primer Grupo de Pretensiones (Reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada)**

**4.1.1.** En este grupo de pretensiones, el FOMAG solicitó lo siguiente:

*“(…) Declarativas*

1.1.- Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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 del memorando del 15 de septiembre de 2014.

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 del memorando del 15 de septiembre de 2014.

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 MAGISALUD 2 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 del memorando del 15 de septiembre de 2014.

1.1.3.- En subsidio de lo anterior, declarar que hay enriquecimiento sin justa causa a favor de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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 MAGISALUD 2 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 del 15 de septiembre de 2014, en la cifra que resulte probada en el proceso.

1.3.- Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

1.2.1.- *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

1.2.2.- *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

1.2.3.- *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijarel Tribunal (...)*

**4.1.2.** De conformidad con el dicho de la Convocante, tales pretensiones se sustentan en los referidos “acuerdos especiales” que tenían el propósito de permitir y facilitar el pago por la prestación de servicios a favor de UT MAGISALUD 2 para que, en su entendimiento, una vez realizado con posterioridad el respectivo proceso de auditoría, autorizar a efectuar los ajustes correspondientes al FOMAG. En otras palabras, y según ese mismo criterio, la suscripción de tales acuerdos habilitó la puesta en marcha de auditorías médicas efectuadas por firmas contratadas por el FOMAG que podían realizar “glosas” a los valores de esas facturas cuyo pago se había anticipado, lo que igualmente podía generar una vez formuladas las mismas eventuales descuentos de valor y dar lugar a que la UT MAGISALUD 2 tuviera que concurrir con el reembolso.

**4.1.3.** En tal sentido añadió en sus alegatos que, en el marco de esos acuerdos especiales, las partes resolvieron adoptar reglas transitorias para el pago de los reembolsos de alto costos cobrados al FOMAG por la UT MAGISALUD 2, y que por ende constituían un esquema especial para el cual no resultaban aplicables los plazos del Contrato o los regulatorios para efectuar auditorías sobre cuentas médicas, razón por la cual no se previó un plazo puntual para que se efectuaran las mencionadas auditorías por parte del FOMAG.

**4.1.4.** Por su parte, la Convocada y la llamada en garantía han justificado su defensa alegando la notificación tardía de los resultados de auditoría sobre ese grupo especial de facturas de alto costo y, por ende, el incumplimiento en la obligación de realizar de manera oportuna tales glosas por parte del FOMAG. De conformidad con su criterio, la normativa y el contrato establecían plazos perentorios a ese respecto que habrían sido desatendidos por el FOMAG. Así las cosas, pone de presente que el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011 establece que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes las entidades responsables del pago de servicios

de salud deberían formular y comunicar a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura con base en la codificación y alcance definidos en el ordenamiento vigente. Y, de otra parte, que, de acuerdo con la cláusula segunda de los mismos acuerdos especiales, en el evento de resultar un valor de glosas superior al que se encontrara pendiente de pago el contratista, se autorizaba solo a descontar el mayor valor pagado “de la próxima cápita a cancelar”. Así, conforme a estos planteamientos, el FOMAG no habría tramitado o descontado tales glosas de manera oportuna, por lo que su pedimento actual devendría en extemporáneo.

**4.1.5.** Ahora bien, a efectos de dirimir tales aspectos, el presente Tribunal Arbitral quiere dejar sentado lo siguiente. Evidentemente, se encuentra probado en curso de este proceso, la existencia de dichos acuerdos especiales; como también, que en virtud de ellos el FOMAG anticipó el pago de facturas de reembolsos de servicios de alto costo sin realizar auditoría alguna a fin de garantizar la continuidad de los servicios mediante la liquidez de la UT MAGISALUD 2. Igualmente, también se ha constatado, la aludida condición, en cuanto a que, si después de realizada la auditoría surgían saldos a favor del FOMAG, éste quedaba autorizado para descontarlos. De otro lado, el Tribunal advierte que tales procesos de auditoría conducían prácticamente de manera invariable a la formulación de glosas, entendidas ellas precisamente y como bien se ha debatido, en la formulación de objeciones por aspectos tales como que lo facturado no correspondiera a servicios de alto costo o que no estuviera debidamente soportado. En consecuencia, el objetivo fundamental de dichas auditorías era hacer una verificación de que aquello que se va iba a pagar correspondiera a los servicios cubiertos dentro de un plan de beneficios, que ellos estuvieran debidamente soportados, y desde luego, que estos correspondieran a una factura de alto costo.

**4.1.6.** En todo caso, en relación con el punto de la oportunidad, y frente a la discusión en torno a la determinación del plazo para que pudieran concurrir oportunamente tales glosas y ser generadoras de descuentos, el Tribunal Arbitral considera que la lógica jurídica impone que ello no podía estar eternamente indefinido, y por consiguiente, que debía estar sometido a una determinada regla contractual o normativa que impusieran límites temporales a tal posibilidad para que no quedara librado indefinidamente. Incluso, en gracia de discusión, si se consideraba que en tales acuerdos no se hubieren establecido tales plazos o periodos determinados para efectuar dichas glosas, ello habría de conducir a la aplicación de aspectos supletivos tales como los previstos para el caso de los procesos de auditoría de cuentas médicas en apego al Sistema General de Seguridad Social en Salud o en las normas generales del Contrato.

**4.1.7.** En todo caso, la racionalidad de lo expuesto en el proceso daría cuenta que la interpretación más razonable es que en virtud de tales acuerdos, el

FOMAG debía formular las glosas y descontar el mayor valor pagado en la próxima cápita a cancelar, por lo que, al no hacerlo así, habría perdido la oportunidad para poderlo surtir. De manera tal, que no resultaría de recibo la tesis jurídica que se esgrime para justificar que ello pudiera hacerse en cualquier momento -incluso más allá de la siguiente cápita-.

**4.1.8.** Más allá de tal aspecto que, desde luego conspiraría contra la posibilidad de posible reembolso por parte del FOMAG y la procedibilidad de estas pretensiones encaminadas a que se declare que la UT MAGISALUD 2 habría incumplido 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, la principal razón que emerge para no darle cabida a la procedibilidad de estas pretensiones se encontraría en la cosa juzgada.

**4.1.9.** Precisamente, antes de examinar si frente a este grupo de pretensiones concurre dicho fenómeno procesal, resulta oportuno poner de presente sus principales notas prototípicas. Bien se ha anotado por la doctrina, como por ejemplo lo indica el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”<sup>4</sup>, que la cosa juzgada tiene por objeto impedir *“que los asuntos decididos mediante sentencia sean nuevamente sometidos a debate judicial, lo que contribuye grandemente a dar seriedad a las determinaciones judiciales y a poner término al estado de incertidumbre que surgiría si quien obtuvo providencia, no acorde con sus intereses, pudiera seguir planteándolo hasta lograr un fallo a su favor (...)”*.

**4.1.10.** Las anteriores precisiones nos llevan a concluir que esta figura jurídica tiene por objeto fundamental impedir que se vuelva a juzgar un mismo asunto sobre el cual ya existe sentencia ejecutoriada. Por consiguiente, cuando se inicia un nuevo proceso entre las mismas partes y por una misma causa y objeto, se puede afirmar que nos encontramos frente al fenómeno de la “Cosa Juzgada”. Ahora bien, con el propósito de analizar tal alcance de la cosa juzgada general y en particular en el presente caso, también se abordará su fundamento normativo, así como el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

**4.1.11.** Precisamente, el artículo 303 del Código General del Proceso establece sobre la materia lo siguiente:

**“Artículo 303.** *Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

---

<sup>4</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Código General del Proceso, Bogotá D.C., DUPRE Editores, 2016. Páginas 688-690.

*Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.”*

**4.1.12.** A partir de esta norma, es claro que la cosa juzgada se configura cuando exista identidad de causa, de hechos, y de partes que concurren a la resolución de un caso específico, lo que puede sintetizarse, tal y como sigue: **(i)** Que el proceso verse sobre el mismo objeto; **(ii)** Que el proceso se funde en la misma causa que el anterior; y, **(iii)** Que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

**4.1.13.** Igualmente, en punto de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha anotado:

*“La cosa juzgada es una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada, no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción, razón por la cual de conformidad con el numeral 6o del artículo 180 del CPACA constituye una excepción previa, que en caso de encontrarse acreditada debe ser decretada de oficio, teniendo por efecto la terminación del proceso. [...] Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que la cosa Juzgada se estructura a partir de dos premisas, una objetiva relacionada con el objeto y la causa de la controversia, y otra subjetiva relativa a los sujetos que intervienen en un proceso [...] En cuanto al límite subjetivo, los efectos de la cosa juzgada son por regla general interpartes, con excepción de las decisiones que producen efectos erga omnes, caso en el cual los mismos son oponibles de manera general.”<sup>5</sup>*

**4.1.14.** También el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha señalado que para que en los términos del artículo 303 del CGP se presente el fenómeno de la cosa juzgada, se deben reunir los siguientes elementos:

*“1.- Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada. Si en el primer proceso la sentencia no está ejecutoriada, no opera la excepción de cosa juzgada sino la de pleito pendiente (Art. 100 numeral 8), que es*

---

<sup>5</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Radicación Número 05001-23-33-000-2015-02253-01.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 24 de noviembre de 2016. Rad. 81001-23-33-003-2016-00001-01.

*previa y cuyos requisitos son fundamentalmente los mismos de la excepción de cosa juzgada; sólo se diferencian en que el pleito pendiente supone la no terminación del primer proceso, en tanto que la cosa juzgada, al basarse en el fallo ejecutoriado, parte de la finalización de aquel.*

2.- *Que ese nuevo proceso sea entre unas mismas partes, o, como lo anota el art. 303, que “haya identidad jurídica de partes”.  
(...)*

3.- *Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto (art. 303). Tal como lo dice con acierto la Corte, “el objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia”, que son precisamente los puntos sobre los cuales versa la parte resolutive de la sentencia; Devis señala que el “objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada según el caso”.*

*(...)*

4.- *Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior. La causa es la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinado sentencia. Esos motivos, por disposición del art. 82 del CGP, deben aparecer expresados en toda demanda y surgen de los hechos de ella, por cuanto de su análisis es como se puede saber si en verdad existe identidad de causa.”*

**4.1.15.** De igual manera, la jurisprudencia contenciosa ha señalado que la cosa juzgada<sup>7</sup>

*“(...) es una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada, no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción, razón por la cual de conformidad con el numeral 6º del artículo 180 del CPACA constituye una excepción previa, que en caso de encontrarse acreditada debe ser decretada de oficio, teniendo por efecto la terminación del proceso. [...] Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que la cosa Juzgada se estructura a partir de dos premisas: una objetiva relacionada con*

---

<sup>7</sup> Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2017, Exp. 05001-23-33-000-2015-02253-017.

*el objeto y la causa de la controversia, y otra subjetiva relativa a los sujetos que intervienen en un proceso.”*

**4.1.16.** Todo lo anterior se puede sintetizar en dos muy evidentes consecuencias que posee la cosa juzgada. En primer lugar, la orientada a la inmutabilidad de la providencia, y de otro lado, en que hace respetar el carácter definitivo de la determinación judicial. Con esto, se evita la posibilidad de discutir lo discutido, o de volver o retornar al asunto que ha sido ya resuelto.

**4.1.17.** Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha recalcado la fundamental importancia del instituto jurídico de la cosa juzgada<sup>8</sup>. Al respecto ha señalado lo siguiente:

*“La institución de la cosa juzgada, con la que se delimita un derecho y se definió un conflicto, mediante una sentencia, tiene el carácter de inmutable, es imperativa y debe ser respetada por todos los sujetos procesales en orden a lograr la seguridad jurídica y la convivencia pacífica; no puede el recurrente, después de que se analizó y definió judicialmente una pretensión, con todas las garantías constitucionales y legales, pretender que se resquebraje el principio imperturbable de la cosa juzgada, buscando, un nuevo pronunciamiento que acceda a sus intereses. Conviene recordar, que para que opere la cosa juzgada no es necesario que las dos acciones que se comparan sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean claramente análogas, que es lo que se presenta en este caso.”*

**4.1.18.** Sobre el particular, también ha reiterado la Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup>:

*“Antes del estudio de los desatinos fácticos planteados en la censura, conviene aclarar que para que en un caso determinado se configuren los elementos axiológicos del instituto procesal de la “cosa juzgada” no es indispensable que todos los hechos de las demandas materia de cotejo sean exactamente los mismos, ni que el conjunto del petitum sea idéntico. La ley procesal no exige para la prosperidad de esta excepción que el segundo proceso sea un calco o copia fidedigna del precedente en los aspectos citados. No. Lo fundamental es que el núcleo de la causa petendi, del objeto y de las pretensiones de ambos procesos evidencien tal identidad esencial que permita inferir al fallador que la segunda acción tiende*

---

<sup>8</sup> Sentencia CSJ SL, 10 feb. 2009, rad. 35327.

<sup>9</sup> Sentencia CSJ SL, 18 de ago. 1998, rad. 10819, reiterada entre otras en las CSJ SL12686-2016, CSJ SL17424-2017 y CSJ SL1846-2019.

*a replantear la misma cuestión litigiosa, y por ende a revivir un proceso legal y definitivamente fenecido.*

*Si se llegase a la afirmación contraria bastaría que después de una sentencia judicial desfavorable la parte perdedora alterase los fundamentos fácticos de la acción desventurada o adicionara pretensiones accesorias con el objeto de enervar los inexorables e indelebles efectos de la cosa juzgada, en una tentativa vana de enmendar los errores que originaron el resultado frustrado.*

*Tal actitud fomentaría el desgaste del sistema judicial y socavaría su seriedad, respetabilidad y prestigio. De ahí porqué resulta muy importante que quien instaure una acción tenga desde un comienzo especial cuidado en señalar de manera concreta, sintética, completa y leal todos los fundamentos de ipso que le asisten a su favor, con la consciencia de que el proceso que ventila es en principio único y definitivo, y sólo tiene las etapas que la ley garantiza dentro del debido proceso por ella gobernado.”*

**4.1.19.** Aspectos jurisprudenciales sobre lo que vale reiterar: Es ostensiblemente claro que para que opere la cosa juzgada no es necesario que entre una primera y posterior causa exista plena identidad, sino que ambas resulten análogas, semejantes, parecidas o similares. Por consiguiente, lo esencial es que lo discutido en uno y otro proceso evidencien “identidad esencial”, lo que quiere decir, partir de la misma cuestión litigiosa. Por lo que bien se ha concluido que la sola argumentación o intento de distanciamiento de causas litigiosas cercanas, no tiene o posee la virtualidad de alterar los fundamentos fácticos de la acción ya cursada o de enervar las consecuencias de la cosa juzgada.

**4.1.20.** Frente a todo lo dicho, surge otro concepto adicional, el de la cosa juzgada aparente, mismo que pasa a explicarse de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Precisamente, la Corte Constitucional ha señalado que la cosa juzgada puede manifestarse de varias formas. Es así como ha establecido distinciones entre cosa juzgada formal y material, absoluta y relativa, relativa implícita y relativa explícita y, finalmente, la llamada aparente.

**4.1.21.** En sentencia C-007 de 2016, la Corte señaló en concreto en cuanto a la cosa juzgada aparente que: *“designa aquellas hipótesis en las cuales la Corte, a pesar de adoptar una decisión en la parte resolutive de sus providencias declarando la exequibilidad de una norma, en realidad no ejerce función jurisdiccional alguna y, por ello, la cosa juzgada es ficticia. En estos casos, la declaración no encuentra apoyo alguno en las consideraciones de la Corte y, en esa medida, no puede hablarse de juzgamiento.”* Dicho argumento fue esbozado inicialmente en otro pronunciamiento en la que la Corte<sup>10</sup> explicó que:

---

<sup>10</sup> Sentencia C-774 de 2001.

*“La cosa juzgada es apenas aparente, cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de toda motivación en el cuerpo de la providencia. En estos eventos “...la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado...” (...), tiene como consecuencia que la decisión pierda, “...la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido...” (...). Es decir que en este caso es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder a “... a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen”.*

**4.1.22.** La Corte establece dicha noción entonces, advirtiendo la complejidad de precisar los conceptos de identidad de causa y objeto, mismos que desde luego son los que ofrecen mayor dificultad en su establecimiento a efectos de terminar la existencia o no de la cosa juzgada. Precisamente de allí el concepto jurisprudencial seguido por dicha corporación sobre la llamada cosa juzgada aparente para los efectos del juicio de constitucionalidad, y concepto que finalmente en todo caso, se puede plantear para todo tipo de proceso. Así, ella designaría aquellas hipótesis en las que a pesar de adoptarse<sup>11</sup> una decisión, en realidad no se ha decidido y, por ello, la cosa juzgada resultaría ficticia. En esa medida, desde luego no podría hablarse de juzgamiento. Con lo cual, la cosa juzgada es apenas aparente, cuando una determinación judicial no posee la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear un “asunto tan sólo supuesto y no verdaderamente debatido”. Es decir, como bien lo anotó la Corte Constitucional, el caso en el cual es posible concluir que en realidad ella no existe, y por ende se permite una nueva demanda para resolver de fondo.

**4.1.23.** Dilucidados todos los anteriores conceptos jurisprudenciales, los cuales por demás resultan indispensables para establecer la causa aquí discutida, se pasará a abordar la cuestión de fondo en el presente caso, y en particular, el análisis de la concurrencia de la cosa juzgada frente a las pretensiones traídas a colación.

**4.1.24.** Ciertamente, dos aspectos centrales enlazan la discusión sobre este acápite. De un lado, la Convocante señala que lo aquí pretendido dista de las diferencias que ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de la justicia arbitral, en especial, por parte del Laudo proferido en el trámite arbitral 15569, y con lo que podría emitirse definición válida; y de otro, la Convocada y la llamada

---

<sup>11</sup> Sentencia C-007 de 2016.

en garantía, argumentan la procedencia de dicho instituto procesal a título de excepción, lo que llevaría a enervar estas pretensiones. Por ello, es obligatorio valorar a profundidad este punto y la acreditación aquí de la cosa juzgada, y descartar la existencia de cosa juzgada o de cosa juzgada aparente.

**4.1.25.** Para establecer lo anterior, el Tribunal explorará los siguientes supuestos: El primero de ellos, si en caso de adoptar determinación distinta, se irrumpería lo establecido por el laudo previo dictado en curso del trámite arbitral 15569. Al respecto precisamente, se recuerda que en este proceso el FOMAG pretende el reembolso de valores de facturas de alto costo en su opinión pagados en exceso y que se advertirían se derivan de glosas, y como se verá, más adelante, frente al otro grupo de pretensiones de esta categoría, en torno al indebido cálculo de la base para efectuar reembolsos de alto costo.

**4.1.26.** Es evidente, entonces, que tal reclamación toca con aspectos concernientes a la definición y operatividad de las glosas, y desde luego, de las auditorías de las que ellas podían desprenderse. Al respecto, desde luego el Tribunal entiende cabalmente la ilustrada distinción formulada por el apoderado de la Convocante a efectos de esclarecer las eventuales diferencias que anudan este trámite con el antes surtido. En defensa de esa tesis el FOMAG señaló que, aunque es cierto que en el proceso arbitral que terminó con la expedición del Laudo Arbitral del 30 de abril de 2020 se estudiaron materias referidas a algunos de los tópicos aquí discutidos, dicho litigio se habría trazado sobre un marco fáctico distinto. No obstante, para este Tribunal, por el contenido de dicho Laudo, ello no podría concluirse de esa enfática forma.

**4.1.27.** Ciertamente, resulta relevante recordar que el aludido Laudo se encuentra en firme, ejecutoriado y no fue afectado por anulación. De hecho, conviene igualmente anotar que, en trámite del presente asunto, mediante Sentencia del 16 de septiembre de 2021 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, resolvió el mencionado Recurso de Anulación decidiendo lo siguiente:

*“(..). En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral del 30 de abril de 2020.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte convocada. Por Secretaría de la Sección, líquídense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace (...) <sup>12</sup>

**4.1.28.** En virtud de lo anterior, dadas las resultas del referido proceso de anulación, dicho Laudo Arbitral, no ha sido afectado. De otro lado, elemento central en la confección del precitado laudo de abril de 2020, y que se desarrolla no de manera tangencial sino directa, es lo atinente a las glosas, su funcionamiento, operatividad y la responsabilidad contractual derivada de su manejo. Tal punto fue objeto de amplio tratamiento en dicha decisión arbitral, y en particular, lo relativo al incumplimiento de aquí la Convocante en cuanto la obligación de realizar las mencionadas auditorías médicas durante la ejecución del contrato. A partir de las pruebas recaudadas, entonces dicho Tribunal concluyó, que el FOMAG realizó las auditorías de manera tardía. Al respecto se dijo<sup>13</sup>:

*“Las facturas de alto costo presentadas por la UT MAGISALUD 2 debían ser objeto de auditoría, de conformidad con la normatividad ya transcrita.*

*Para tal efecto, el FOMAG a través de su representante FIDUPREVISORA, contrató para llevar a cabo la auditoría de las cuentas de alto costo, a varias firmas de auditoría, a saber: Audistaff; Unión Temporal KPGM-JP&CA; Auditoría Cuentas Médicas; y Consorcio AUDITAR EAC. Dicha contratación sin embargo fue tardía, como lo observó la Contraloría General de la República, según quedó acreditado en el testimonio del representante de una de las firmas auditoras, Martín De la Torre, lo que desencadenó una circunstancia muy compleja, dado que,*

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejera ponente: María Adriana Marín, Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091).

<sup>13</sup> Página 238 del laudo emitido dentro del trámite arbitral No. 15569.

*cuando empezó el desarrollo de las auditorías, se había represado un gran número de facturas de alto costo que habían sido entregadas por la Convocante a la Fiduprevisora, que no llevó a cabo el análisis de las mismas oportunamente, de suerte que, cuando empieza el trabajo de las auditorías, estas deben acometer el estudio no de facturación mes por mes, como hubiera sido lo lógico, sino de facturación de años, represada por la demora de la Fiduprevisora en la contratación de las auditorías y adicionalmente, porque la propia Fiduprevisora antes de contratar las auditorías, tampoco fue diligente en cumplir adecuadamente la obligación de llevarlas a cabo a través de sus propios funcionarios, al punto de que examinó una sola factura.*

*(...)*

*Lo anterior permite concluir que la conducta contractual de la convocada deja mucho que desear, pues durante los primeros dos años omitió el cumplimiento de su deber de auditar las facturas médicas de alto costo, y ello generó la acumulación que luego desquició la ejecución del contrato en este aspecto.”*

**4.1.29.** Dicho Tribunal encontró, entonces, demostrado que el FOMAG incumplió su obligación de realizar oportunamente la auditoría médica durante la ejecución del contrato, transgrediendo lo establecido en su Cláusula 36, la cual establecía el deber de realizar dichas auditorías médico-asistenciales para controlar, vigilar y certificar el cumplimiento del objeto, las obligaciones y demás estipulaciones pactadas en materia asistencial. Aún más, como bien han anotado las partes demandadas en este proceso, el incumplimiento frente a la obligación de realizar oportunamente las auditorías desde el inicio del Contrato cobra especial importancia para el caso que nos ocupa, dado que su ausencia originó la acumulación de facturas y retraso en los pagos, y conllevó a la necesidad de suscribir los acuerdos respecto de los cuales se reclama en la actualidad pagos en exceso para dotar a la UT MAGISALUD 2 de flujo de caja.

**4.1.30.** En efecto, el tema de glosas y de auditorías fue elemento sustancial de la anterior decisión arbitral, especialmente, la carga de responsabilidad y la asunción de la consecuencia jurídica en contra del FOMAG por no realizar las auditorías desde el inicio del contrato y por la forma como se produjeron las glosas, luego el volverlo a traer a escena arbitral, directa o indirectamente, y más aún en caso de provocarse pronunciamiento distinto, afectaría la aludida cosa juzgada. La anterior determinación arbitral hizo tránsito a cosa juzgada, y no podría ser estudiadas por este Tribunal materias allí definidas, por cuanto fueron resueltas explícitamente por otro juzgador. Evidentemente, no son fácilmente escindibles sino aspectos claramente interdependientes, la forma como se dieron las auditorías y glosas sobre facturas de alto costo (temáticas ya resultas)

y el reembolso de valores de facturas de alto costo supuestamente pagados en exceso que se derivan de tales glosas (lo ahora pedido), por lo que la posibilidad de que este Tribunal se inmiscuyera en ello implicaría abrogarse omnímoda y arbitrariamente la facultad de retrotraer o revocar lo dicho sobre aspectos fundamentales que aquí pretenderían revivirse con miras a lograr el aludido reembolso.

**4.1.31.** Como se observa, el anterior Tribunal fue claro en analizar lo correspondiente a la facturación de alto costo respecto a su reconocimiento y la cuantificación de este, tal y como se evidencia frente a esa declaratoria de incumplimiento, razón por la cual no podría nuevamente realizarse el análisis frente al incumplimiento ni materias aledañas para proceder a efectuar pronunciamiento distinto. Lo contrario, equivaldría a restarle alcance y extensión a la declaratoria de tal incumplimiento irrumpiendo contra el laudo del 28 de abril de 2020. Demostrado entonces por parte del otro Tribunal Arbitral, así no se compartiera ese criterio, que el FOMAG incumplió sus obligaciones en cuanto a puntos medulares que tienen que ver como lo que aquí se discute para poder producir una condena, como lo concerniente a glosas y auditorias, se hace imposible en este trámite concluir materia distinta, so pena de quebrantar la cosa juzgada. Dado entonces que el anterior laudo arbitral predeterminó con carácter inmodificable esos aspectos, al tratarse de un lado en firme y ejecutoriado, no es dable su modificación.

**4.1.32.** De otro lado, la sola comparación entre las pretensiones contenidas en esta demanda y las que fueron objeto de decisión en el citado Laudo Arbitral proferido el 28 de abril de 2020 bajo el expediente 15569, permite concluir que al haberse dado en torno a las otras la declaratoria del incumplimiento del FOMAG en cuanto a la entrega de bases de datos, su responsabilidad con las facturas que no habían sido reconocidas y pagadas y con las glosas y auditorias, pone de presente que evidentemente, y por el contrario de lo que se anota, la situación fáctica antes dilucidada incumbe o se extiende a aspectos centrales de lo que ahora se discute. En consecuencia, estas materias litigiosas se encuentran comprendidas en el ámbito de la cosa juzgada, porque para su adecuada resolución se requeriría acudir a aspectos ya tratados en la mencionada providencia arbitral siendo además imposible su variación por parte de este Tribunal así se compartan o no sus consideraciones, determinaciones o decisiones en tanto el incumplimiento del FOMAG en la entrega de las bases de datos, y lo atinente a la realización de glosas y auditorias.

**4.1.33.** A efectos de seguir encajando claramente esta cuestión en el presente trámite, el Tribunal encuentra oportuno realizar un análisis sobre esta materia de cara a lo dicho en el anterior Laudo Arbitral de fecha 28 de abril de 2020. Ciertamente, bien puede decirse que revisado dicho Laudo, se detecta que el tema relacionado con el no pago de las facturas de Alto Costo fue objeto de estudio dentro de las pretensiones de la demanda, al igual que el impacto que

para dicho punto tenía lo concerniente a las glosas, las auditorías y la actuación contractual del FOMAG. En este aspecto es clave traer a colación el dicho de ese anterior Laudo en el concreto aparte donde se declaró el incumplimiento contractual por el no pago de las facturas de alto costo, afirmando en su parte resolutive: *“Así las cosas se acogerá la pretensión declarativa octava del segundo grupo de pretensiones declarándose el incumplimiento en el pago del capital de facturas de alto costo (...)”*.<sup>14</sup>

**4.1.34.** Ello se ratificó además en su parte resolutive, así:

*“Décimo: ACCEDER A LA PRETENSIÓN OCTAVA, declarando el incumplimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO representando por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. de las obligaciones establecidas en la Cláusulas Quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el Tribunal en la parte motiva) y Octava del contrato de prestación de servicios Médico – Asistenciales No 12076-011-2012 suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal MAGISALUD 2, en lo que respecta a la obligación de entrega de las bases de datos a la firma del contrato, durante la ejecución y hacer novedades.”*<sup>9</sup>

**4.1.35.** En torno a la oportunidad de las glosas que pudiera dar lugar, entre otras, al reembolso en la amplitud de sus conceptos, ello también fue planteado y definido antes. Ciertamente, lo expuesto por el Tribunal Arbitral No. 15569 resulta claro en su conclusión de que dichas glosas se realizaron de manera extemporánea por la falta de contratación de auditorías. Ese punto se desarrolló en el siguiente sentido:

*“En relación con la prestación de las facturas y el trámite que se dio a las mismas durante la ejecución del Contrato y su pago, tras analizar el dictamen pericial de parte presentado por la Unión Temporal, con su respectiva actualización, el dictamen pericial de contradicción presentado por el FOMAG y su actualización, junto con todos sus anexos, así como los testimonios practicados en el proceso y la prueba documental aportada con la reforma de la demanda y su contestación y la presentada por Fiduprevisora, no sólo en lo referente a las bases de datos, tal como se ha analizado anteriormente, sino de igual modo en cuanto a sus obligaciones en relación con el pago oportuno de la facturación del Contrato.*

---

<sup>14</sup> Página 262 del laudo emitido dentro del trámite arbitral No. 15569.

*En efecto, a la luz de las pruebas recaudadas en el proceso, es claro que la Convocada no dio cumplimiento a los plazos establecidos para la formulación de glosas frente las facturas presentadas, por cuanto realizó de manera tardía la auditoria de la facturación que fue presentada por la Unión Temporal a lo largo del Contrato. En este sentido, el Tribunal concluye que le asiste razón al apoderado de la convocante cuando señala que la convocada realizó de modo completamente extemporáneo la revisión de las facturas presentadas por la contratista y efectuó glosas a la facturación que, además de tardías, no indicaban claramente las causas de las mismas, de acuerdo a la codificación establecida en el Manual Único de Glosas y Devoluciones, por lo que, como sostuvo la Convocada, “la Unión Temporal Magisalud se vio enfrentada, en muchos casos, a adivinar las motivaciones de las glosas, pues éstas ni si quiera contenían una justificación clara con la que pudiera defenderse la Unión Temporal”<sup>15</sup>*

**4.1.36.** Asimismo, sostuvo ese otro Tribunal sobre la normativa aplicable para afirmar que había operado la extemporaneidad de las glosas:

Sobre este punto, considera el Tribunal lo siguiente:

Como anteriormente se explicó, la normatividad que rige lo relativo a las glosas, está contenida en el Manual Único de Glosas, y los plazos para su trámite son plazos legales, perentorios y de obligado cumplimiento. Sobre esta materia se ha pronunciado la Superintendencia de Salud en función jurisdiccional, al decidir en fallo del 31 de mayo de 2016, sobre las pretensiones tendientes a declarar injustificadas las glosas que COOMEVA realizó respecto de unas facturas, reclamando el pago de las mismas, con sus intereses de mora.

La Superintendencia de Salud, al referirse a la normatividad aplicable, señaló las siguientes normas: Decreto Ley 1281 de 2002, (art.7); Resolución 3047 de 2008 del Ministerio de Salud, Anexo Técnico 6, (Manual Único de Glosas); Decreto 4747 de 2007, artículo 23,(trámite de glosas) ; ley 1438 de 2011, artículo 57, (trámite de glosas).

**4.1.37.** Y en relación con el tema del nexo entre auditorías y glosas, en otro aparte también expresó:

---

<sup>15</sup> Folios 197 y 198 Laudo del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA  
S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2  
(EXPEDIENTE 123610)**

---

Se reitera que las glosas no se pueden hacer por fuera de los términos que fija la ley. Al hacer el análisis de cada una de las facturas, se verificará si la glosa fue hecha en término. Si se hizo en término se procederá a hacer el análisis de fondo respecto de la glosa. Si la glosa no se hizo en término, se considerará extemporánea y por tanto no será aceptada y no se hará ningún otro análisis

Al referirse sobre los términos para pronunciarse sobre las glosas en el caso citado, señaló la Superintendencia de Salud:

**3.1. Glosa o devolución extemporánea.**

De acuerdo con la normatividad aplicable se verificará la trazabilidad de la factura en cada uno de los casos, empezando por determinar aquellas glosas que fueron formuladas de manera extemporánea:

Del estudio de auditoría relacionado, incorporado anteriormente, se puede concluir que el valor a reconocer por facturas con glosa extemporánea, siendo la entidad responsable del pago **COOMEVA EPS** y no encontrando glosas por pertinencia se reconoce el pago por la suma de **NUEVE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$9.049.783)**

Observa el Tribunal que no cabe duda de la naturaleza perentoria, imperativa e improrrogable de los términos para decidir sobre las glosas, lo cual se funda en la naturaleza legal de los mismos.

En este orden de ideas, considera el Tribunal que en relación con las facturas radicadas durante el años 2017 e incluso antes, durante los años 2015 y 2016, respecto de las cuales no hubo glosa oportuna, (al punto de que fueron entregadas por la convocada a D&G para su revisión a tan solo 20 días antes del vencimiento del plazo contractual) la FIDUPREVISORA dejó vencer el término legal para formular las glosas médicas sobre dichas facturas de año costo, al punto de que pretende realizar las mismas no solo extemporáneamente, sino totalmente por fuera del término contractual. En efecto, observa el Tribunal que a D&G se le hace entrega, por parte de la convocada, de facturas cuya radicación data del año 2015 al año 2017, lo que evidencia la existencia de un patrón de conducta de la Fiduprevisora, consistente en no disponer de oportunamente de los mecanismos necesarios para resolver las glosas dentro de los tiempos, lo que la lleva a incurrir, casi constantemente, en el vencimiento de los términos legales para ello.

En el mismo sentido del pronunciamiento de la Superintendencia de Salud, este Tribunal considera que los términos legales para pronunciarse sobre las glosas sobre las facturas son improrrogables, perentorios e imperativos, y ello se fundamenta en que la oportunidad en los pagos a los prestadores de los servicios de salud, tanto en los regímenes excepcionales como en los del SGSSS, es la premisa fundamental de la adecuada prestación del servicio de salud a los usuarios de los distintos sistemas, pues si las encargadas de dicha prestación no son oportunamente remuneradas, ello dará al traste con la garantía del servicio.

No se explica como la convocada no hubiera previsto, desde antes del año 2017, que debía contar con una firma de auditoría que pudiese llevar a cabo su labor mensualmente a lo largo de ese año 2017, dado que

era de todas las partes conocido que en este año terminaría el contrato, lo que hacía suponer que debía contarse con la auditoría con el tiempo necesario para tener sus resultados oportunamente. En este orden de ideas, dado que la Fiduprevisora ha presentado a la convocante sus resultados de la auditoría de D&G respecto de las citadas facturas más de dos años después de haber terminado el plazo contractual, considera el tribunal que la convocada provocó y permitió, con su conducta omisiva, el vencimiento del término para efectuar las glosas, que a juicio de este panel arbitral, ya no son procedentes al estarse efectuando la mismas dos años después de terminado el plazo contractual. En este orden de ideas, al no haberse presentado dentro del plazo contractual las glosas, el Tribunal las tendrá por no presentadas.

**4.1.38.** Evidentemente, de acuerdo con los apartes transcritos, la alusión del anterior Laudo y la cosa juzgada se configura sobre la noción de incumplimiento, punto en particular sobre el cual podría decirse que ya hubo un pronunciamiento de autoridad competente que se encuentra debidamente ejecutoriado y contra el cual no procede recurso alguno, y, por lo tanto, en cuanto a dicho incumplimiento, por supuesto nos encontramos frente a cosa juzgada. Adicionalmente, ese incumplimiento repercute sobre lo pretendido en esta instancia por parte del FOMAG y envuelve materias también ya predefinidas que son consustanciales a lo que ahora se pide.

**4.1.39.** De hecho, la lectura del mentado Laudo deja entrever que la declaratoria de incumplimiento en este efectuada, precedió de un análisis del copioso acervo probatorio, por lo que se consignó:

*“3.9.2.2 Circunstancias concretas en las que se llevó a cabo la presentación, trámite y pago de las facturas del Contrato.*

*En relación con la presentación de las facturas y el trámite que se dio a las mismas durante la ejecución del Contrato y su pago, tras analizar el dictamen pericial de parte presentado por la Unión Temporal, con su respectiva actualización, el dictamen pericial de contradicción presentado por el FOMAG y su actualización, junto con todos sus anexos, así como los testimonios practicados en el proceso y la prueba documental aportada con la reforma de la demanda y su contestación y la presentada por Fiduprevisora con ocasión de la exhibición de documentos practicada en el proceso, el Tribunal concluye que desde el inicio del Contrato se presentó un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de Fiduprevisora, no sólo en lo referente a las bases de datos, tal como se ha analizado anteriormente, sino de igual modo en cuanto a sus obligaciones en relación con el pago oportuno de la facturación del Contrato.*

*(...)*

*“En relación con los medios probatorios que reposan en el expediente a partir de los cuales el Tribunal encuentra plenamente acreditada la cartera pendiente de pago por los conceptos reclamados en el denominado primer grupo de pretensiones, en las cuantías y con el detalle que, uno a uno, se precisarán a lo largo del presente acápite, revisten especial relevancia tanto el dictamen pericial de parte rendido por el perito Legal Métrica, como el dictamen pericial de contradicción elaborado por ACT Actuarios, así como la prueba documental que obra en el expediente (...).”*

**4.1.40.** Lo anterior, hace imposible reabrir causa jurídica que condujera a determinación distinta, o a morigerar la declaratoria de incumplimiento del FOMAG, frente a todos estos relevantes aspectos ligados a facturas de Alto Costo, y tan fundamentales antes como ahora para absolver el debate litigioso. Por lo que no queda sino hacer el reconocimiento de cosa juzgada tal y como se ha mencionado, en su carácter absoluto, y refrendar la inmutabilidad al anterior Laudo en cuanto hace de la declaratoria de incumplimiento, aspecto definitivo en sí mismo, que posee efecto extensivo frente lo que aquí se persigue, y que no podría ser afectado, so pena de revocar lo resuelto con anterioridad.

**4.1.41.** En todo caso en este acápite de la presente decisión resulta oportuno volver a traer a colación los apartes jurisprudenciales antes citados sobre los efectos de la cosa juzgada, destinada a hacer respetar el carácter definitivo de determinación previa. En especial, los apartes que destacan que para que opere la cosa juzgada, no es necesario que entre una primera y posterior causa exista plena identidad, sino que ambas resulten análogas o que la una conlleve a la revisión de lo antes determinado por otra.

**4.1.42.** Todo lo que resulta pertinente, teniendo en cuenta que como fluye sin hesitación alguna y según lo que precede, para despachar el pedimento que cursa ante este Tribunal Arbitral es innegable se tendrían que valorarse aspectos ligados sobre la materia a la ejecución contractual y al cumplimiento de obligaciones contractuales al respecto, en particular, las de auditorías y glosas, punto sobre el que ya existe pronunciamiento por parte del reseñado Laudo, con lo que se habría rematado la materia y existiría imposibilidad conceptual, jurídica y arbitral para retomarlo, a no ser menospreciando la cosa juzgada.

**4.1.43.** Precisamente en la pretensión primera de la actual demanda, el FOMAG solicita que se declare que la UT MAGISALUD 2 incumplió los acuerdos especiales de reconocimiento y pago al no reembolsar el valor de las facturas de alto costo, y aunque en principio se podría colegir que esta materia incumbe a un planteamiento distinto al examinado por el otro Tribunal, no habría posibilidad de descender a ese análisis sin tener en cuenta el examen del cumplimiento de obligaciones contractuales incumbentes, lo cual ya fue objeto de decisión previa. Ratifica lo anterior el interés de las mismas partes que aquí concurren la revisión de material probatorio relacionado con la demostración de incumplimiento, el límite de tiempo en el que podrían hacerse las llamadas glosas y la forma como tendrían que estar operando las auditorías, temas todos definidos en esa otra providencia arbitral. Aún más, conforme a lo expuesto, es claro entonces que las pretensiones invocadas derivan de circunstancias relacionadas con el cumplimiento oportuno y diligente de obligaciones en cuanto a la entrega y depuración de bases de datos y la realización de la auditoría de los servicios médico-asistenciales, aspectos que a la hora de evaluar el comportamiento de las partes fue objeto de decisión precedente, por lo que no resulta admisible acceder ahora a las súplicas vinculadas con el reintegro o con la compensación por ese mismo concepto.

**4.1.44.** Bien ha concluido la jurisprudencia que antecede, que la sola argumentación o intento de distanciamiento de causas litigiosas cercanas, no tiene o posee la virtualidad de alterar los fundamentos fácticos de la acción ya cursada o de enervar las consecuencias de la cosa juzgada, y es ello lo que precisamente acontece aquí. La Convocante busca escindir la actual materia litigiosa de la anterior, y aunque en principio resultaba válido decir que esta reclamación era novedosa, lo que al final trascendió es que para poder

absolverla necesariamente se requería examinar aspectos cardinales ya definidos por parte del otro Tribunal con el aludido efecto de cosa juzgada.

**4.1.45.** Por lo anterior, tampoco cabe hablar aquí del supuesto de cosa juzgada aparente. Esto es por qué mirados los conceptos de identidad de causa entre ese caso anterior y lo que cursa aquí, se evidencia pronunciamiento previo sobre temáticas que incumben estos aspectos, por lo cual en realidad ya se ha decidido sin que exista cosa juzgada ficticia. Ciertamente, la cosa juzgada es real por existir determinación judicial que posee la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria. O lo que es lo mismo, variables ligadas a esta problemática, fueron realmente puntualizadas, lo que inhabilitaría una nueva definición para resolver de fondo. Ciertamente, aunque las pretensiones contenidas en las demandas son diferentes, ello no es indiferente a que aquella declaratoria de incumplimiento contractual por el no pago de facturas de alto costo y el marco fáctico tenido en cuenta para ello, repercute indefectiblemente aquí, y hace que en realidad se haya ejercido función jurisdiccional que no podría ahora ser rebatida. En ese orden de ideas, para aquel Tribunal podría concluirse que como no se formularon las glosas de manera oportuna, es y era una obligación por parte del FOMAG realizar los pagos en favor del contratista que fueron facturados, por lo que reponer materia distinta ahora, como lo sería atribuir nuevos reembolsos o descuentos, reñiría con ese criterio.

**4.1.46.** Por lo anterior, este Tribunal considera que ha operado la cosa juzgada, puesto que hubo apreciación, definición y condena de aquel otro Laudo en tanto el cumplimiento de obligaciones contractuales que atañen a aspectos esenciales de lo que ahora se discute. Debido a ello, el Tribunal declarará impróspera esta pretensión y en su lugar declarará fundada la excepción de cosa juzgada.

**4.1.47.** En todo caso, el Tribunal desea reiterar que con independencia de la declaratoria de cosa juzgada que antecede, contra la prosperidad de estas suplicas insertas en la demanda arbitral también concurre otra problemática que afecta su procedibilidad, toda vez que las llamadas glosas y la posibilidad de originar descuentos en virtud de ellas y así convertirse en fuente de derecho, presuponía una oportunidad para hacerlo. En efecto, como igualmente se anticipó arriba, dicha posibilidad no podía estar librada sin límite en el tiempo y sin condición definida. Por consiguiente, en gracia de discusión, si se consideraba que en tales acuerdos no hubieren establecido tales plazos o periodos determinados para efectuar dichas glosas, ello habría de conducir a la aplicación de aspectos supletivos, tales como los previstos para el caso de los procesos de auditoría de cuentas médicas en apego al Sistema General de Seguridad Social en Salud o en el clausulado contractual. Lo anterior daría cuenta que el FOMAG debía formular las glosas y descontar el mayor valor pagado en la próxima cápita a cancelar, por lo que, al no proceder bajo esa forma, habría perdido la oportunidad de hacerlo y lo que deja sin sustento la posibilidad de reclamación de reembolso posterior vía arbitraje.

**4.1.48.** De hecho, el aludido Tribunal de Arbitraje No. 15569, al efectuar un estudio de las glosas en dicho proceso y concluir que las mismas se habían realizado de manera extemporánea, manifestó sobre el punto:

*“En relación con la prestación de las facturas y el trámite que se dio a las mismas durante la ejecución del Contrato y su pago, tras analizar el dictamen pericial de parte presentado por la Unión Temporal, con su respectiva actualización, el dictamen pericial de contradicción presentado por el FOMAG y su actualización, junto con todos sus anexos, así como los testimonios practicados en el proceso y la prueba documental aportada con la reforma de la demanda y su contestación y la presentada por Fiduprevisora, no sólo en lo referente a las bases de datos, tal como se ha analizado anteriormente, sino de igual modo en cuanto a sus obligaciones en relación con el pago oportuno de la facturación del Contrato.*

*En efecto, a la luz de las pruebas recaudadas en el proceso, es claro que la Convocada no dio cumplimiento a los plazos establecidos para la formulación de glosas frente las facturas presentadas, por cuanto realizó de manera tardía la auditoria de la facturación que fue presentada por la Unión Temporal a lo largo del Contrato. En este sentido, el Tribunal concluye que le asiste razón al apoderado de la convocante cuando señala que la convocada realizó de modo completamente extemporáneo la revisión de las facturas presentadas por la contratista y efectuó glosas a la facturación que, además de tardías, no indicaban claramente las causas de las mismas, de acuerdo a la codificación establecida en el Manual Único de Glosas y Devoluciones, por lo que, como sostuvo la Convocada, “la Unión Temporal Magisalud se vio enfrentada, en muchos casos, a adivinar las motivaciones de las glosas, pues éstas ni si quiera contenían una justificación clara con la que pudiera defenderse la Unión Temporal”<sup>16</sup>*

**4.1.49.** De otro lado, dicho Tribunal al momento de determinar la normativa aplicable para que operara la extemporaneidad de las glosas, expuso<sup>17</sup>:

---

<sup>16</sup> Folios 197 y 198 Laudo del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

<sup>17</sup> Laudo del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

Sobre este punto, considera el Tribunal lo siguiente:

Como anteriormente se explicó, la normatividad que rige lo relativo a las glosas, está contenida en el Manual Único de Glosas, y los plazos para su trámite son plazos legales, perentorios y de obligado cumplimiento. Sobre esta materia se ha pronunciado la Superintendencia de Salud en función jurisdiccional, al decidir en fallo del 31 de mayo de 2016, sobre las pretensiones tendientes a declarar injustificadas las glosas que COOMEVA realizó respecto de unas facturas, reclamando el pago de las mismas, con sus intereses de mora.

La Superintendencia de Salud, al referirse a la normatividad aplicable, señaló las siguientes normas: Decreto Ley 1281 de 2002, (art7); Resolución 3047 de 2008 del Ministerio de Salud, Anexo Técnico 6, (Manual Unico de Glosas); Decreto 4747 de 2007, artículo 23,(trámite de glosas) ; ley 1438 de 2011, artículo 57, (trámite de glosas).

**4.1.50.** Por consiguiente, por las razones expuestas, se negarán las pretensiones 1.1., 1.1.1., 1.1.2., 1.1.3. y 1.2. y se reconocerá la excepción de cosa juzgada.

#### **4.2. Segundo Grupo de Pretensiones (Devolución de valores pagados en exceso por indebido ajuste de cápita).**

**4.2.1.** En este grupo de pretensiones, solicitó el FOMAG lo siguiente:

##### *“Declarativas*

**2.1.-** *Que se declare que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, tiene derecho a la devolución de los valores pagados en exceso a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, por el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.*

**2.1.1.-** *En subsidio de lo anterior, que se declare que se configuró un pago de lono debido en perjuicio del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y en favor de la UNIÓN TEMPORALMAGISALUD 2, representado en el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.*

**2.1.2.-** *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 MAGISALUD 2 los valores pagados en exceso derivados de un indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.*

**2.1.3.-** *En subsidio de lo anterior, que se declare la existencia de enriquecimiento sin justa causa a favor de la UNIÓN*

*TEMPORAL MAGISALUD 2 y en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, al percibir la primera una retribución carente de causa jurídica en el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, representada en el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017.*

*Condenatorias*

**2.2.-** *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 a pagar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor correspondiente a las sumas pagadas en exceso por el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017, o en la cifra que resulte probada en el proceso.*

**2.3.-** *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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 cápitaa y hasta que se verifique el pago efectivo.*

**2.3.1.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de intereses remuneratorios a la tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde la fecha de pago de las cápitaa y hasta que se verifique el pago efectivo.*

**2.3.2.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de la indexación o corrección monetaria, desde la fecha de pago de las cápitaa y hasta que se verifique el pago efectivo.*

**2.3.3.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijare el Tribunal.”*

**4.2.2.** Para apoyar este pedimento, la Convocante indica que no existe cosa juzgada frente a lo decidido en el Laudo Arbitral del 30 de abril de 2020 (tramite 15569), pues, aunque en ambos casos se discuten incrementos a la cápita,

según su dicho, en el presente pleito la discusión del FOMAG hace alusión a un componente de incremento distinto al reclamado por la UT MAGISALUD 2 en aquél proceso. Razón por la cual, jurídicamente, no existiría identidad de causa y, en consecuencia, tampoco habría operado la cosa juzgada. También alude, a que lo debatido por el FOMAG en la presente contienda no versa sobre bases de datos, sino sobre un asunto “meramente aritmético” en la liquidación de la UPCM. Centrando su argumento, en que la UT MAGISALUD 2 no tendría derecho al incremento de la UPC (primer componente de la UPCM) por actualización del plan de beneficios, sino únicamente por continuidad, pues en el plus del Magisterio ya se encontrarían remuneradas todas las nuevas tecnologías, o nuevos medicamentos o servicios que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se van incorporando cada dos (2) años, de lo cual se sigue que, siendo únicamente aplicable un incremento en la UPCM para el año 2014 del 1,8%, la Convocada habría terminado percibiendo, de forma injustificada, un incremento real del 4,4%, sin que tal ajuste estuviera mediado por una decisión o acuerdo tomado por el Consejo Directivo del FOMAG.

**4.2.3.** Por su parte, en sus contestaciones de la demanda y frente a este segundo grupo de pretensiones de la demanda, esto es, sobre las relativas a la solicitud de devolución de valores pagados en exceso por el indebido ajuste de cápita, la UT MAGISALUD 2 y la llamada en garantía propusieron varias excepciones, y de manera principal la de cosa juzgada, en atención a lo resuelto en el Laudo Arbitral del 30 de abril de 2020. Sobre este particular, y a efectos de que no se considere que en este proceso ha obrado la cosa juzgada, la Convocante señaló que aunque era cierto que en el proceso arbitral que terminó con la expedición de ese otro Laudo, se estudiaron materias referidas al incremento de la UPCM, pero que dicha discusión se efectuó sobre un marco fáctico distinto, toda vez que según su entendimiento, la UT MAGISALUD 2 pretendía que el Tribunal condenara al FOMAG a pagar todo el incremento de la UPC (primer componente de la UPCM), es decir, tanto el derivado por la actualización del plan de beneficios, como el incremento por continuidad en la prestación de los servicios.

**4.2.4.** Para dilucidar punto, el Tribunal detecta que desde luego en principio existe una diferencia entre el incremento realizado por actualización del plan de beneficios y el incremento por continuación de la prestación de servicios de salud, y así uno y otro resultan determinantes para identificar el porcentaje que debía aplicarse a la UPCM.

**4.2.5.** De hecho, el otro Tribunal tuvo ocasión de referirse a ello en estos términos:

*“Como puede verse, en los años 2013, 2015 y 2017 en los que no hubo incremento por actualización del plan de beneficios, el incremento de la UPC fue aplicado en su totalidad a la UPCM del Contrato, mientras que en los años 2014 y 2016 en los que*

*por parte del Ministerio de Salud se actualizó el plan de beneficios, el incremento de la UPCM aplicado por el FOMAG fue solamente el correspondiente al porcentaje de incremento de la UPC por continuación de prestación de servicios.”<sup>18</sup>*

**4.2.6.** Igualmente, y tal y como fue expuesto en los alegatos, dicho Tribunal ahondó a ese respecto en estos términos:

*“(…) tal como se dispone en el parágrafo de la cláusula 8 del Contrato transcrito, el ajuste de la UPCM se realizaría de conformidad con el porcentaje de ajuste de la UPC-C “teniendo como base la definición que establezca la CRES con respecto a la UPC”. De acuerdo con esto, para el Tribunal son aplicables al Contrato objeto de la litis los criterios definidos en el Decreto 1464 del 5 de julio de 2012 vistos atrás y según los cuales no ha de aplicarse el incremento derivado de nuevos servicios que llegaren a ser incluidos en el plan de beneficios y “deberá excluirse el incremento de la UPC que corresponda a actualizaciones al plan obligatorio de salud”, al tenor de lo dispuesto en los numerales 4 y 6 del artículo 2 del Decreto 1464, lo cual nuevamente confirma la conclusión en el sentido de que el ajuste de la UPCM debe realizarse de acuerdo con el porcentaje de incremento por continuidad de los servicios y no la actualización del plan de beneficios.”<sup>19</sup>*

**4.2.7.** Incluso de estos apartes se vale el FOMAG para señalar que el marco fáctico de las discusiones del Tribunal No. 15569, relativas al ajuste de la cápita, se contraía exclusivamente a la falta de incremento correspondiente a la actualización del plan de beneficios en la UPC-C, pero no tendría que ver con un incremento errado en el año 2014 y en el año 2015, con efectos acumulativos en los años subsiguientes. Sobre el particular, el presente Tribunal expone varios aspectos que clarifican la discusión al respecto. En primer lugar, es oportuno indicar también y tal y como se ha alegado por las convocadas, que en dicho Laudo, se hicieron muchas más consideraciones referentes a la materia que aquí nos ocupa, es decir, al supuesto incremento errado en los años 2014 y 2015. Al respecto, vale la pena traer a colación los siguientes apartes<sup>20</sup>:

---

<sup>18</sup> Folio 354 Laudo del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

<sup>19</sup> Folio 360 Laudo Arbitral del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

<sup>20</sup> Folio 361 Laudo Arbitral del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA  
S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2  
(EXPEDIENTE 123610)**

---

- Para finalizar, se refiere el Tribunal al Dictamen Pericial presentado por ACT Actuarios, perito de parte de Fiduprevisora, en donde, además de explicar sus diferencias frente al cálculo de la UPCM elaborado por el perito LEGAL METRICA SAS, el perito ACT Actuarios sostuvo que Fiduprevisora, desde su perspectiva, había incurrido en dos errores a lo largo del contrato, así:
  - (i) Por un lado, señaló que Fiduprevisora en el año 2014 realizó un incremento del 2.0% cuando, según afirmó, debió haber aumentado únicamente el 1.8%; y
  - (ii) Al realizar el incremento del año 2015, si bien tuvo en cuenta el porcentaje correcto de acuerdo con lo decretado por el Ministerio, lo aplicó sobre monto total del incremento del año 2014 que fue del 4.4%, cuando ha debido tener en cuenta solamente el 2.0% “por lo que a partir del año 2015 se arrastra ese error”.

En efecto, en la página 55 de la actualización del Dictamen de ACT ACTUARIOS, se lee:

*“Sin embargo, Fiduprevisora en el año 2014 incrementó el 2% por prestación de servicios de salud, en vez de 1,8% decretado por el Ministerio de Salud. Igualmente, en 2015 Fiduprevisora realizó el cálculo tomando el valor de la Resolución 5925 de 2014 según grupo etario y zona geográfica, el cual incluye el incremento por actualización del POS y el incremento por continuación de servicios de salud del año 2014 (4,4%) más el incremento de 2015 (6,06%). Por lo que a partir del año 2015 se arrastra este error.*

*Lo anterior técnicamente se conoce como un error sistemático, producto de un error plasmado que afecta los cálculos futuros, por tanto, contando a partir del error los cálculos reportados adelante están contaminados. Hemos informado a Fiduprevisora de este asunto para que ellos sean los encargados de analizar los pasos a seguir.*

*ACT actuarios, como perito de parte hacemos evidente este hecho”.*

---

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA  
S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2  
(EXPEDIENTE 123610)**

---

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 CONTRA FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,  
REPRESENTADO POR FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA  
EXPEDIENTE 15569

---

Así, teniendo en cuenta lo anterior, concluye el perito ACT ACTUARIOS que de los dos errores indicados surge como resultado que Fiduprevisora realizó un pago mayor al que ha debido efectuar, que arroja un saldo a favor de la convocada de \$14.424.377.769.

En este sentido, en la página 56 de la experticia señaló, en efecto, que:

*“Teniendo en cuenta lo descrito anteriormente se muestran las siguientes tablas comparativas, tanto para el valor de la UPC y UPCM:*

*(...)*

*Por lo que el presunto perjuicio debido al correcto incremento de la actualización de la UPCM se encontró que hay un valor a favor de la Fiduprevisora por un valor de \$14.424.377.769”.*

Al respecto, el Tribunal encuentra pertinente señalar lo siguiente:

a. En cuanto a lo afirmado en el sentido de que para el año 2014 ha debido aplicarse un incremento del 1.8% en lugar del 2.0% que aplicó el FOMAG, el Tribunal concluye que no le asiste razón a ACT Actuarios, por cuando, tal como se desprende claramente del informe presentado en el proceso por el Ministerio de Salud y Protección Social detenidamente analizado a lo largo de este aparte del laudo, para dicho año el porcentaje de incremento de la UPC por continuación de servicios de salud fue del 2.0%, y no del 1.8% señalado por ACT ACTUARIOS, por lo que la actualización realizada por Fiduprevisora para este año correspondió, como debía ser, al porcentaje que resultaba aplicable.

Para claridad, se reitera nuevamente los porcentajes informados por el Ministerio en el oficio del 24 de mayo de 2019, que obra a folios 1318 al 1319 del Cuaderno Principal 4, correspondiente a la prueba por informe decretada en el proceso a solicitud de la convocada, son los siguientes:

<i>Año de aplicación</i>	<i>Incremento de UPC</i>	<i>Incremento por actualización del Plan de Beneficios</i>	<i>Incremento por continuación de prestación de servicios de Salud</i>	<i>Medio de información</i>
<i>2013 RC y RS</i>	<i>3.89%</i>	<i>-----</i>	<i>3.89%</i>	<i>Boletín de Prensa 2013</i>
<i>2014 RC y RS</i>	<i>4.40%</i>	<i>2.40%</i>	<i><u>2.00%</u></i>	<i>Boletín de Prensa 2014</i>
<i>2015 RC y RS</i>	<i>6.60%</i>	<i>-----</i>	<i>6.60%</i>	<i>Boletín de Prensa 2015</i>
<i>2016 RC y RS</i>	<i>9.45%</i>	<i>2.92%</i>	<i>6.53%</i>	<i>Boletín de Prensa 2016</i>
<i>2017 RC y RS</i>	<i>8.20%</i>	<i>-----</i>	<i>8.20%</i>	<i>Circular No. 06 de 2017</i>

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 (EXPEDIENTE 123610)**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE  
UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 CONTRA FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,  
REPRESENTADO POR FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA  
EXPEDIENTE 15569

2018 RC y RS	7.83%	3.73%	4.10%	Circular No. 47 de 2017
2019 RC	5.31%	1.31%	4.00%	Circular No. 45 de 2018
2019 RS	9.40%	1.31%	4.00 (4.09% equiparación de prima pura)	Circular No. 45 de 2018

b. Respecto al error que menciona el perito ACT Actuarios en relación con la liquidación del año 2015 y su implicación de ahí en adelante hasta la finalización del contrato, incluido a su turno por la convocada como parte de la compensación que solicita, este punto es analizado detenidamente al exponer las consideraciones del Tribunal sobre la excepción de compensación, por lo que aquí se remite a lo expuesto en el acápite correspondiente al estudio de las excepciones propuestas por la Convocada, en donde se concluye que la excepción formulada no está llamada a prosperar por las razones que allí se detallan.

Como consecuencia de lo expuesto, en la parte resolutive del Laudo serán negadas las pretensiones encaminadas a declarar el incumplimiento contractual por parte de la convocada por la aplicación del ajuste anual de la UPCM en los años 2014, 2016 y 2017, y se abstendrá el Tribunal de condenar al pago de los perjuicios solicitados por la convocante por este concepto. Por las mismas razones, se declararán probadas las excepciones quinta y décima formuladas por la convocada en la contestación de la reforma de la demanda y, de igual modo, prosperará en relación con este grupo de pretensiones que se analiza, la cuarta excepción denominada “Ausencia de pruebas para demostrar la existencia del supuesto perjuicio”.

**4.2.8.** En adición a lo anterior, y tal y como también refieren los alegatos de las demandadas, al momento de despachar la excepción de compensación formulada por el FOMAG, dicho otro Tribunal encontró lo siguiente<sup>21</sup>:

“[...]

*este panel de juzgadores estima que no hay lugar a acoger la defensa elevada a este respecto, porque no es jurídicamente posible que por vía de un dictamen cuyo único y exclusivo propósito era contradecir las cifras a las que arribó la convocante por concepto de perjuicios, se intente acreditar unos hechos que gozan de su propia autonomía y especificidad, y que, de ser ciertos, tendrían que haber dado lugar a que al contestar la demanda (o en la de reconvenición, de la que desistió luego), Fiduprevisora hubiera pedido el decreto de una prueba de esta naturaleza para demostrar dos cosas: que sí se causaron los hechos constitutivos de la compensación, y a cuánto ascendió el monto exacto de los perjuicios derivados de ellos.*

<sup>21</sup> Folio 489 Laudo del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

*[...] una vez más se recuerda lo confesado<sup>22</sup> por la convocada acerca de que en el marco de la liquidación bilateral del contrato, “a la fecha se adelantan mesas de trabajo para determinar la existencia o no de débitos cruzados entre las partes”; lo que significa que estamos en presencia de una conjetura, pues, de un lado, la suma de dinero que eventualmente podría compensarse solo surgiría de dichas mesas y ello implica, en primer lugar, que se trataría de un tema que, además de que no fue probado, escapa a la competencia del Tribunal, puesto que lo atinente a la liquidación del contrato no forma parte de las pretensiones que se ventilan en este proceso; y en segundo término, porque si tales mesas buscan “determinar la existencia o no de débitos cruzados entre las partes”, entonces lo que se pretende compensar no satisface los requerimientos del artículo 1715 del código civil en la medida en que aún no estamos en presencia de una deuda líquida y por tanto exigible.”*

**4.2.9.** De lo transcrito se hace visible que el anterior Tribunal examinó puntos aledaños a la materia que aquí se discute, otorgándoles dictamen con la suficiente fuerza jurídica como para que no sea posible su nueva revisión. Estos aspectos, además, no están solo ligados a problemáticas exógenas a estos puntos, sino que hacen parte de su entorno esencial y fundamental. Refuerza lo anterior, en adición, las consideraciones vistas arriba frente al primer grupo de pretensiones, y otras que a continuación se formulan.

**4.2.10.** Precisamente y dado todo lo dicho, elemento estructural fundamental para poder establecer lo que aquí se pide es lo atinente al análisis del despliegue y debido ejercicio de las cargas contractuales, toda vez que la función arbitral, como judicial que lo es, no puede desprenderse de verter consideraciones jurídicas para soportar una decisión. Desde luego, en todo pronunciamiento de esta naturaleza, son observables las consecuencias jurídicas asignadas a las obligaciones derivadas de un contrato. Debido a esta definición es que a esta materia también se le conoce como efectos de las obligaciones, de donde emerge el conocido principio que todo contrato constituye “ley para los contratantes” y el que permita reclamar el cumplimiento o aseguramiento de la obligación o la sanción por el por incumplimiento. Así, la responsabilidad contractual se tiene por la obligación de cumplir lo acordado en un contrato. Por esta razón, la misión del juzgador es establecer las razones de hechos de estos eventos para atribuir en el sentido que corresponda en derecho. Con ello, se concretan las declaraciones, resoluciones, mandamientos o condenas emitidas por el fallador. La evaluación de la conducta contractual incumbe también, al principio general del derecho de la buena fe y la máxima de conducta de

---

<sup>22</sup> Artículo 193 del C.G.P., conforme al cual “La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

prohibición de ir contra los actos propios. Se trata de una exigencia a las partes de un mínimo de coherencia, que los obliga a no desconocer sus propios comportamientos anteriores. Con base en todo lo antes expuesto, se puede afirmar que el examen de las cargas contractuales, y de la forma como ellas se han o no satisfecho, tiene transcendencia sobre las determinaciones que incumban a las diferencias de las partes elevadas a resolución judicial o arbitral.

**4.2.11.** Precisamente, en el caso en cuestión, ya existe pronunciamiento arbitral previo que otorgó mérito a tal realidad contractual, por lo que volver a surtir otro examen desconociendo el tal hecho, le quitaría eficacia jurídica e iría contra el principio de la conservación de las providencias en firme. Hay que destacar entonces para esta cuestión que así en este expediente no se persiga en ninguna de las pretensiones de la demanda del FOMAG efectuar una declaración o imponer una condena por administración, manejo o gestión de bases de datos y autorías, estos aspectos están directamente conectado o estrechamente ligados con el análisis que debe hacerse para atribuir la petición perseguida. Y así, la atribución de responsabilidad por parte de determinación arbitral anterior que no ha perdido firmeza y que implicó la asunción de responsabilidad frente al FOMAG en el manejo y gestión de las bases de datos de afiliados, le quita sustento a reclamar la devolución de un valor pagado en exceso por el indebido ajuste de la cápita. Desde luego el presente Tribunal comprende a cabalidad el esfuerzo conceptual desplegado habilidosamente por la Parte Convocante para escindir tales situaciones, aun cuando ello no es posible porque implicaría eludir el análisis contractual del cumplimiento de las obligaciones que atañen a factores esenciales para llegar a la petición que se persigue, y como tantas veces se ha dicho, desconociendo los efectos de cosa juzgada que recaen sobre ellos.

**4.2.12.** De otro lado, y con relación al incremento para el año 2014 de la UPC (cálculo del 2.0%), también se detectaría que se trata de aspecto que fuera aproximado por el Tribunal Arbitral No. 15569. Sobre el particular, y en aparte que vale la pena traer a colación nuevamente, se dijo<sup>23</sup>:

*“Al respecto, el Tribunal encuentra pertinente señalar lo siguiente:*

*a. En cuanto a lo afirmado en el sentido de que para el año 2014 ha debido aplicarse un incremento del 1.8% en lugar del 2.0% que aplicó el FOMAG, el Tribunal concluye que no le asiste razón a ACT Actuarios, por cuando, tal como se desprende claramente del informe presentado en el proceso por el Ministerio de Salud y Protección Social detenidamente analizado a lo largo de este aparte del laudo, para dicho año el porcentaje de incremento de*

---

<sup>23</sup> Folio 362 del Laudo del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569. UT Magisalud 2 vs. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria la Previsora.

*la UPC por continuación de servicios de salud fue del 2.0%, y no del 1.8% señalado por ACT ACTUARIOS, por lo que la actualización realizada por Fiduprevisora para este año correspondió, como debía ser, al porcentaje aplicable.*

*Para claridad, se reitera nuevamente los porcentajes informados por el Ministerio en el oficio del 24 de mayo de 2019, que obra en folios 1318 al 1319 del Cuaderno Principal 4, correspondiente a la prueba por informe decretada en el proceso a solicitud de la convocada, son los siguientes:*

<i>Año de aplicación</i>	<i>Incremento de UPC</i>	<i>Incremento por actualización del Plan de Beneficios</i>	<i>Incremento por continuación de prestación de servicios de Salud</i>	<i>Medio de información</i>
2013 RC y RS	3.89%	-----	3.89%	Boletín de Prensa 2013
2014 RC y RS	4.40%	2.40%	<u>2.00%</u>	Boletín de Prensa 2014
2015 RC y RS	6.60%	-----	6.60%	Boletín de Prensa 2015
2016 RC y RS	9.45%	2.92%	6.53%	Boletín de Prensa 2016
2017 RC y RS	8.20%	-----	8.20%	Circular No. 06 de 2017

**4.2.13.** Definido ese criterio sobre la materia aquí debatida, el presente Tribunal advierte la dificultad o imposibilidad jurídica que tendría analizar nuevamente las conductas que aquí se reprocha incumplidas, siendo que estas fueron objeto de enjuiciamiento por parte de otro arbitraje y mediante decisión que se encuentra en firme y ejecutoriada. Se reitera que por supuesto que este Tribunal tiene pleno entendimiento de la especificidad del reclamo elevado aquí por la Convocante, pero no menos cierto es que habiéndose en ocasión anterior analizado el punto, resulta ahora imposible por cualquier vía establecer un nuevo debate, a no ser vulnerando la inmutabilidad de la que ya goza el anterior pronunciamiento arbitral.

**4.2.14.** A lo que habrá que agregar que tal Laudo, como antes se anotó, no fue afectado mediante recurso anulación, razón por lo cual no podría ahora implícita o explícitamente modificarse, a no ser, derivando ello en “vía de hecho”. Lo anterior porque entre los deberes del juzgador se encuentra hacer respetar la firmeza de las determinaciones judiciales o arbitrales, y más aún, cuando frente a ellas, se hubieran ejercido los recursos posibles para intentar revocarlas o que se declare su nulidad. Igualmente, como antes se ha anotado, tal acatamiento por parte de este Tribunal debe hacerse, en gracia de discusión, con independencia de que se compartan o no las tesis jurídicas esgrimidas en dicho

previo pronunciamiento, por lo que lo relevante es darles pleno acatamiento y evitar que ellas resulten irregularmente modificadas. Desde luego, a estas consideraciones se suman las anteriores cuestiones expuestas sobre el particular en el acápite que antecede, y que permiten establecer claramente la procedibilidad de la excepción de cosa juzgada, aquí planteada por la Convocada y las Llamadas en Garantía.

**4.2.15.** Precisamente, el concepto rendido en curso de este proceso por la agente de la Procuraduría así lo ratificaría. Se dijo al respecto:

*“En el presente caso, FP aduce un pago en exceso el cual reclama, por indebido ajuste de la cápita de los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos para los años 2015, 2016 y 2017. En principio, podría pensarse que en efecto este aspecto ya fue decidido por el tribunal anterior en tanto se concluyó que lo reconocido por ajuste a la cápita era lo que correspondía de conformidad con la normatividad vigente.”*

**4.2.16.** Dicho concepto pone entonces de presente inicialmente, que este asunto estaría decidido por parte del otro Tribunal. No obstante, pasa a argumentar que ello podría tener carácter “relativo”, pero no por ausencia de pronunciamiento, sino en lo que hace de la efectiva valoración de un elemento probatorio que en su criterio habría variado la situación definida en el anterior Laudo. Pone entonces de presente la agente de la Procuraduría, la existencia del oficio 202034200645791 emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social del 7 de mayo de 2020, mismo que fuera allegado a dicho Tribunal antes de surtirse la fase de aclaraciones y complementaciones de dicho Laudo, por lo que no habría sido analizado. De ello concluye, aludiendo al otro proceso, lo siguiente:

*“Sin embargo, debe tenerse presente que la conclusión del Tribunal partió de los elementos de prueba y de los argumentos que fueron sometidos a su conocimiento, dentro de los cuales no estuvo el oficio 202034200645791 emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social que fue emitido el 7 de mayo de 2020 (...).”*

**4.2.17.** De conformidad con lo anterior, para la agente de la Procuraduría la existencia de tal oficio tiene un impacto sobre la cosa juzgada. Sobre el particular, indica:

*“De manera que, el aspecto del oficio del Ministerio de Salud y Protección Social claramente no fue conocido por el anterior Tribunal Arbitral el cual no pudo tener en cuenta tal documento.*

*(...)*

*Por lo tanto, los argumentos presentados en torno al mismo y sus efectos en el valor reclamado como pago en exceso por indebido ajuste de cápita, no permiten predicar identidad de causa, en tanto se configura un fundamento fáctico y jurídico diferente. En consecuencia, la excepción de cosa juzgada, tampoco está llamada a prosperar.”*

**4.2.18.** No obstante lo anterior, la agente del Ministerio Público también indica lo acontecido con tal oficio en aquel Tribunal Arbitral tal y como igualmente fue ratificado en sede de anulación de su Laudo, tal y como sigue:

*“En el caso analizado, se interpuso recurso de anulación contra el laudo proferido el cual fue resuelto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021. En esta, se declaró infundado el recurso de anulación y parte del argumento del recurso de anulación, y por ende del análisis efectuado por el Consejo de Estado, consistió justamente en la presentación del oficio del Ministerio de Salud y Protección Social emitido con posterioridad al Laudo:*

*“Agréguese a lo anterior que el primer tema expuesto en este acápite del recurso, referente a haberse aceptado la liquidación de la UPCM con un incremento del 1.8% y no del 2.0%, se alegó con base en un oficio del Ministerio de Salud, entregado con posterioridad a la fecha del laudo, situación que, a más de no dar lugar a fallo citra petita –por cuanto fue un aspecto resuelto en la providencia, solo que de manera contraria al interés de la convocante-, no podía conllevar a una modificación de la decisión, por cuanto infringiría el debido proceso y normas como el artículo 285 del Código General del Proceso, que establece que “la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció”. No existe en el ordenamiento, norma alguna que le imponga al juez modificar la sentencia con base en pruebas allegadas con posterioridad a su expedición.”*

**4.2.19.** Por consiguiente, tanto el juez arbitral como el juez de la anulación tuvieron ocasión de referirse al citado oficio, y concretamente desestimando su análisis por parte de ese Tribunal por el específico momento en el que el mismo fuera allegado, y lo que daría cuenta que ello se habría hecho de forma extemporánea. De hecho, la agente de la Procuraduría definió la situación que en ese anterior Laudo se habría originado al respecto, indicando que existió un “yerro” inicial del Ministerio de Salud y Protección Social sobre la cuantificación de valores en la prueba técnica allegada por parte de esa entidad a ese otro Tribunal y base de la condena, y luego otro, por allegar la supuesta corrección

de esa información a ese otro proceso tardíamente, concretamente en la fase de aclaraciones y complementaciones del Laudo.

**4.2.20.** Lo anterior permite concluir por parte de este Tribunal, sin desde luego pretender quitarle trascendencia al mentado oficio y a las consideraciones al respecto expuestas por la agente de la Procuraduría, que tal prueba (o certificación del Ministerio de Salud y Protección Social) obró en ese otro expediente, lo que pasa es que en cuanto a su primera vez se le atribuye el carácter de “errónea” y a su corrección posterior el carácter de extemporánea. En todo caso, sobre la base de la primera es que el Consejo de Estado en fase de anulación detectó que en el Laudo del 28 de abril de 2020 del Tribunal Arbitral No. 15569, se anotara:

*“Por último, la Sala reitera que el laudo arbitral contiene pronunciamiento expreso sobre la excepción de “compensación”, alegada por Fiduprevisora S.A. y denegada por los árbitros por encontrar que no concurrían los presupuestos de esa modalidad de extinción de las obligaciones en el caso concreto, especialmente por no obrar prueba de que la contratista adeudara sumas de dinero a la entidad estatal, que pudieran ser compensadas a favor de la convocada. Es palmario que esa decisión es contraria al interés de Fiduprevisora S.A., lo cual, sin embargo, no habilita al juez del recurso de anulación para pronunciarse sobre tal materia, especialmente porque las decisiones contrarias al querer de las partes no entrañan una sentencia incongruente.”*

**4.2.21.** Sobre este particular, en todo caso el Tribunal reitera que, conforme al principio de cosa juzgada, no les dable emitir concepto en torno a puntos debatidos en el anterior trámite. En lo que hace de fenómenos como el descrito por la agente de la Procuraduría, y que hace mención a elementos probatorios no tenidos en cuenta por el fallador que adoptó una determinación aparecidos después de ella, y que según tal concepto hacen emerger “*el derecho de FP a obtener la devolución del incremento injustificado en la UCPM, con ocasión del yerro del Ministerio de Salud y Protección Social, conforme la cuantificación contenida en la prueba técnica allegada al proceso en ese punto*”, debe anotarse que la legislación procesal contempla un mecanismo para que ante dichas circunstancias una sentencia (o laudo arbitral), aun en firme, pueda ser revisada. No obstante, el mecanismo previsto para ello no es un nuevo pronunciamiento por parte de otro órgano de decisión mediante una acción contractual, sino por medio del recurso extraordinario de revisión.

**4.2.22.** Ciertamente, teniendo en cuenta la tipificación de la revisión, esta se encuentra precisamente prevista para fines como el aludido por la agente de la Procuraduría, concretamente bajo la causal primera de revisión atinente a

«haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria», lo que obligará en términos de la jurisprudencia a que el impugnante puntualice desde cuando tuvo conocimiento de su existencia, de qué manera esa documentación habría variado la decisión y los hechos por los cuales dicha documentación no pudo ser allegada al trámite de la instancia, precisando si la omisión obedeció a fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

**4.2.23.** Sobre el punto ha anotado la jurisprudencia<sup>24</sup>:

*«[l]a primera causal de revisión (...) se refiere (...) a medios probatorios preexistentes desde el primer litigio y que no obran en ese plenario, ya que es de la esencia su aparición repentina posterior con efectos trascendentes, como producto de una recuperación de lo que estaba perdido o el descubrimiento de algo que se desconocía. Quedan así por fuera de discusión en esta senda la adecuación de elementos de convicción insuficientes, la producción de unos nuevos que modifiquen condiciones preexistentes y la valoración de lo oportunamente allegado, aun cuando se les reste peso por extemporáneos, ineficaces o no cumplir los requisitos de ley.*

*Sobre el particular en CSJ SC 25 jun. 2009, rad. 2005-00251-01, se precisó que dada “(...) la finalidad propia del recurso, no se trata de mejorar la prueba aducida deficientemente al proceso en el que se dictó la sentencia cuyo aniquilamiento se busca, o de producir otra después de pronunciado el fallo; se contrae ... a demostrar que la justicia, por absoluto desconocimiento de un documento que a pesar de su preexistencia fue imposible de oportuna aducción por el litigante interesado, profirió un fallo que resulta a la postre paladinamente contrario a la realidad de los hechos y por ende palmariamente injusto.*

*Es por eso que, como se reiteró en CSJ SCJ, 5 dic. 2012, rad. 2003- 00164-01, “(...) para la cabal estructuración del referido motivo, como condición sine qua non determinante del éxito del recurso de revisión, es indispensable probar, de modo fehaciente, los concurrentes elementos a continuación expuestos: (a) que las pruebas documentales de que se trate hayan sido halladas ulteriormente al momento en que fue proferido el fallo, habida cuenta que “la prueba de eficacia en revisión y desde el punto de vista que se está tratando, debe*

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-220552017 (11001020300020140240400), Dic. 19/17.

*tener existencia desde el momento mismo en que se entabla la acción [...] de donde se sigue que no constituyendo esa pieza documental -bien por su contenido o por cualquier otra circunstancia- una auténtica e incontestable novedad frente al material probatorio recogido en el proceso, la predicada injusticia de esa resolución no puede vincularse causalmente con la ausencia del documento aparecido' (Sentencia 237 de 1o de julio de 1988); (b) que el alcance del valor persuasivo de tales probanzas habría transformado la decisión contenida en ese proveído, por cuanto "el documento nuevo, per se, debe ser decisivo y por tanto tener la suficiente fuerza como para determinar un cambio sustancial de la sentencia recurrida"; y, (c) que no pudieron aportarse tempestivamente, debido a fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, razón por la que "no basta que la prueba exista para que la revisión sea viable, sino que es necesario para ello que haya sido imposible aducirla, o por un hecho independiente de las partes, o por un hecho doloso de la parte favorecida" (Sent. Cas. Civ. 1o de marzo de 2011, Exp. 2009-00068), reiterado, entre otras, en decisión de 5 de diciembre de 2012, Exp. 2003-00164- 01» (CSJ SC22055-2017, 19 dic.)."*

**4.2.24.** En los anteriores términos pues, quedaría comprendido el supuesto del que parte el concepto del Ministerio Público por en su concepto haberse encontrado documentos que habrían variado la decisión después de pronunciada la sentencia o en este caso el respectivo laudo. Igualmente, y en lo que hace del presente trámite, lo que corresponde por todo lo que antecede y detectarse que existe previo pronunciamiento arbitral sobre la materia debatida, es declarar la procedencia de la excepción interpuesta de cosa juzgada.

**4.2.25.** Por consiguiente, por las razones expuestas, se negarán las pretensiones 2.1., 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., 2.2., 2.3., 2.3.1, 2.3.1., 2.3.2. y 2.3.3. y se reconocerá la excepción de cosa juzgada.

### **4.3. Tercer Grupo de Pretensiones (pago de fallos judiciales a favor de usuarios afiliados a la Unión Temporal, emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud o el Tribunal Superior correspondiente)**

**4.3.1.** Las pretensiones en comento son del siguiente tenor:

*"Declarativas*

**3.1.-** *Que se declare que en los términos del Parágrafo Cuarto de la Cláusula 35 del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, el FONDO*

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG tiene derecho a repetir contra la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, por el valor pagado con ocasión de los fallos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud o el Tribunal Superior correspondiente, por la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 o de su red en la prestación del servicio a favor de sus usuarios, y las que en lo sucesivo se causen.

**3.1.1.-** 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 o el Tribunal Superior correspondiente, por la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 o de su red en la prestación del servicio a favor de sus usuarios, y las que en lo sucesivo se causen.

*Condenatorias*

**3.2.-** Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

**3.3.-** Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

**3.3.1.-** En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.

**3.3.2.-** En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN

*TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

**3.3.3.-** *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijarel Tribunal”.*

**4.3.2.** En este proceso se rindió dictamen pericial que fue decretado por el Tribunal a solicitud de la Parte Convocante. La perita Marcela Gómez Clark hizo referencia al grupo de pretensiones examinadas en este acápite, particularmente cuando se le preguntó por el valor de los fallos judiciales que debían ser reembolsados al FOMAG, tal como se aprecia a continuación:

*“22. Relacione (sic) en un cuadro y aporte (sic) en medio magnético, los fallos judiciales emitidos por la Superintendencia Nacional de salud o por jueces de tutela, así como el fallo de segunda instancia (si existiere), en procesos sobre controversias relativas al reembolso económico de los gastos en que hayan incurrido los usuarios de la Unión Temporal, precisando el nombre del demandante, el monto de la condena y la fecha de los fallos*

*Respuesta*

*En la carpeta anexa “9. Fallos judiciales” se incluyen los documentos analizados para la elaboración del presente dictamen, con respecto a los fallos judiciales*

*La siguiente tabla muestra la información solicitada con respecto a los fallos judiciales, los cuales ascienden a un monto de \$38.114.909,89.”<sup>25</sup>*

**4.3.3.** En este punto es esencial afirmar que el valor debido por fallos judiciales coincide tanto en el peritaje como en las pruebas documentales allegadas, particularmente los documentos aportados con la Demanda<sup>26</sup>, montos en los que no hubo desacuerdo entre las partes, quedando acreditado que dicho monto ascendía a la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CATORCE MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$38.114.909,89).

---

<sup>25</sup> Véase dictamen pericial de Marcela Gómez Clark

<sup>26</sup> Véase prueba -8 documental de la demanda

**4.3.4.** Así las cosas, es necesario mencionar que, finalizada la etapa probatoria dentro de este trámite arbitral, fueron allegadas una serie de pruebas calificadas como sobrevinientes con ocasión del Laudo Arbitral emitido el 10 de noviembre de 2022 dentro del proceso número 122343 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, adelantando entre las mismas partes con ocasión del mismo Contrato objeto de este proceso. Como se trata de pruebas relacionadas con los acuerdos a los que llegaron las Partes para materializar el pago del referido Laudo Arbitral, que ellas las aportaron y solicitaron al Tribunal expresamente que fueran tenidas en cuenta como tales, en este Laudo Arbitral serán valoradas, máxime si tienen incidencia directa en este específico grupo de pretensiones.

**4.3.5.** De la valoración de dichos medios de prueba, el Tribunal concluye que al momento de realizarse el pago de las condenas impuestas en el Laudo Arbitral de fecha 10 de noviembre de 2022 (Expediente 122343), las Partes acordaron que, en efecto, la Convocada adeudaba a la Convocante la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CATORCE MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$38.114.909,89) por concepto del valor de los fallos judiciales a los que se refiere el Tercer Grupo de Pretensiones de este proceso. En tal virtud, igualmente, acordaron que al momento de pagar las condenas impuestas en el referido Laudo Arbitral, se descontaría, como en efecto se hizo, la mencionada suma de dinero, a efectos de que la Convocada pagara el valor de los fallos judiciales en comento.

**4.3.6.** En ese sentido, el Tribunal, a efectos de resolver este Grupo de Pretensiones, con base en los medios de prueba a los que se ha venido haciendo referencia y con apoyo en lo que las Partes expresaron en sus alegatos finales, concluye que la UT MAGISALUD 2 reconoció que tenía a su cargo la obligación de hacer el reembolso del valor de los fallos judiciales que fueron pagados por el FOMAG. Adicionalmente, luego del acuerdo a que llegó con la Convocante, procedió a realizar el pago de la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CATORCE MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$38.114.909,89), a través del ya mencionado descuento en el pago de las condenas impuestas en el Laudo Arbitral de fecha 10 de noviembre de 2022. De esta forma, el Tribunal encuentra que se trata de una obligación reconocida por la Convocada y que ya fue pagada a favor de la Convocante.

**4.3.7.** Sin embargo, el Convocante indicó en sus alegatos que dicho pago no se ha hecho a plenitud por cuanto no se ha cancelado el valor por los intereses causados sobre las sumas de dinero solicitadas en este acápite petitorio, razón por la cual corresponde hacer un examen de esta situación en comento.

**4.3.8.** Respecto a esta situación vale la pena mencionar que, obra en el expediente, el correo electrónico de fecha 23 de enero de 2023, remitido por Martha Camelo Calderón, Coordinadora Administrativa y Financiera de la Parte Convocante, en donde expresamente indica que dentro de la suma descontada a la Parte Convocada, se encuentra incluido el valor de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CATORCE MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS (\$38.114.909,00), el cual coincide con lo reclamado en el Tercer Grupo de Pretensiones. Analizada esa prueba, en concordancia con la comunicación del 6 de enero de 2023, remitida al Vicepresidente Jurídico de FIDUPREVISORA por parte del Representante Legal de la UT MAGISALUD 2, se concluye que del valor de las condenas impuestas en el Laudo Arbitral de fecha 10 de noviembre de 2022, se descontó el monto correspondiente al valor de los fallos judiciales pagados por el FOMAG, de donde se sigue que el valor correspondiente a dicho concepto fue pagado en su integridad y recibido por la Convocante sin reserva alguna.

**4.3.9.** Entiende entonces el Tribunal que, como consecuencia de esa mesa de trabajo establecida por las dos partes mencionadas con anterioridad, se llegó a un acuerdo sobre el reembolso de dichas sumas en el pago de la condena impuesta en el Laudo Arbitral del Trámite No. 122343, pues así quedó acreditado con la prueba documental que aportaron las partes junto con el memorial de escrito de alegatos de conclusión, prueba que denominan “aceptación pago laudo arbitral”, consistente en una constancia de pago entre las partes en donde se afirma lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta que sobre dicha suma (59.279.705.047,15) se realizaron los descuentos que por Ley y disposiciones legales y judiciales corresponda a embargos y retenciones decretadas por las autoridades competentes, y las sentencias judiciales y jurisdiccionales.*

(...)

*En consecuencia, se entiende que, una vez recibido el pago de la Unión temporal, las partes se encontraran a paz y salvo por los conceptos de Laudo y señalados en la tabla al inicio del presente comunicado (...)*

**4.3.10.** Ahora bien, se reitera, la prueba mencionada con anterioridad fue traída al presente trámite por las dos partes en los alegatos de conclusión, y dado el efecto extintivo que dicho acto jurídico tiene sobre el grupo de pretensiones aquí analizado, este Tribunal la valorará como prueba en aplicación del artículo 281, párrafo tercero, del Código General del Proceso, que indica:

*“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.”*

**4.3.11.** Es claro, entonces, que entre las partes existió un acuerdo para efectuar el pago por los valores referidos a fallos judiciales con cargo a las condenas impuestas en el Trámite No. 122343, sin reserva, salvedad o condición alguna. Conforme con lo anterior, en criterio de este Tribunal al hacer una revisión de los acuerdos entre las partes, encontró que quedó demostrado que fueron ellas quienes decidieron por voluntad propia reconocer en dicho pago, el valor total adeudado, circunstancia suficiente para no acceder a la pretensión parcial del FOMAG en este particular aspecto, según la cual la UT MAGISALUD 2 es aún deudora suya por concepto de intereses, indexaciones y demás valores que sean estimados por parte del Tribunal. Especialmente, porque en las pruebas allegadas al proceso no se encontró alguna que, al menos sumariamente, indicara que el acuerdo alcanzado por el FOMAG y la Convocada fue parcial, sino por el contrario, como se indicó con anterioridad, se da a entender que fue por todo concepto relacionado con fallos judiciales.

**4.3.12.** Así las cosas, el Tribunal concluye que no tiene prosperidad el Tercer Grupo de Pretensiones en los términos expuestos y, por ello, se denegarán en la parte resolutive de esta decisión.

#### **4.4. Cuarto Grupo de Pretensiones (costos que debieron ser asumidos por el FOMAG para la atención de un paciente crítico)**

**4.4.1.** Este grupo de súplicas es del siguiente tenor:

*“(…) Declarativas*

*4.1.- Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 está obligada a reembolsar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, los costos en salud que debió asumir para la garantía del derecho a la vida y a la salud del paciente Daniel Alfaro Montilla Paz.*

*4.2.- Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 está obligada a asumir el pago de los valores que estuvieren pendientes de pago, correspondientes a los costos en salud para la garantía del derecho a la vida y a la salud del paciente Daniel Alfaro Montilla Paz.*

*Condenatorias*

4.3.- *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 a reembolsar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el valor que esta última se vio obligada a pagar para la garantía del derecho a la vida y a la salud del paciente Daniel Alfaro Montilla Paz.*

4.4.- *Que sobre las anteriores sumas se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

4.4.1.- *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

4.4.2.- *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 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.*

4.4.3.- *En subsidio de lo anterior, que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 al pago de los intereses o accesorios que estime procedente el Tribunal, en los extremos temporales que a bien tenga fijare el Tribunal.”*

**4.4.2.** Es necesario hacer referencia a las pruebas allegadas al proceso, según las cuales el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Ministerio - FOMAG asumió los gastos por la atención del paciente crítico Daniel Alfaro Montilla, debido a que, según la Parte Convocante, la UT MAGISALUD 2 no prestó debidamente los servicios requeridos por el paciente crítico, poniendo en riesgo su vida.

**4.4.3.** En primer lugar, se encontraron una serie de pruebas documentales<sup>27</sup> encaminadas a demostrar la condición médica, del paciente quien requería un

---

<sup>27</sup> Véase prueba número 6, descurre excepciones

trasplante de intestino, y que en términos del Convocante “, según la prueba allegada denominada “epicrisis” “se evidencia que el servicio a remitir era el de cirugía hepatobiliar y trasplantes”. A dicha afirmación se opone el Convocado indicando que

*“Adicionalmente, el traslado del paciente no se dio por razones relativas a derechos fundamentales, sino que fue por solicitud de los familiares del paciente los cuales contaron con el apoyo de los funcionarios referidos de Fiduprevisora (... ) en ningún momento se realizó dicho traslado por la existencia de un riesgo a sus derechos fundamentales o por una solicitud o alta médica de la Clínica Rey David.”<sup>28</sup>*

**4.4.4.** De las afirmaciones hechas por las partes con anterioridad se encuentra que el FOMAG efectivamente aportó pruebas documentales suficientes para justificar que el paciente requería ciertos tratamientos urgentes y de gran magnitud. Así las cosas, el segundo grupo de pruebas se encaminó a demostrar que la clínica Rey David no contaba con el servicio de trasplante de órganos, específicamente del tipo requerido por el paciente Daniel Alfaro, y, tal como reposa en el expediente del oficio allegado por el Ministerio de Salud<sup>29</sup>, se puede observar que la clínica Rey David no contaba con el servicio del código 218 correspondiente al trasplante de intestino.

**4.4.5.** Sin embargo, el Tribunal no encontró prueba alguna respecto a la inexistencia de una clínica de la Red de la Unión Temporal que pudiera prestar el servicio requerido. Es decir que, una vez demostrada la necesidad del traslado y la incapacidad de la clínica en donde se encontraba el paciente, no fue acreditada la incapacidad de la UT MAGISALUD 2 para prestar el servicio dentro de las clínicas en donde tuvieran convenios para la prestación de servicio de salud a sus afiliados. Por el contrario, las dos partes estuvieron de acuerdo con afirmar que fue el FOMAG quien ordenó el traslado del paciente a la Fundación Valle de Lili, tal como quedó referido en el hecho 42 de la demanda y conjurado como parcialmente cierto en la contestación.

**4.4.6.** Respecto de lo anterior, vale la pena recordar que la elección de IPS no reposa en la libertad de los usuarios, sino que deviene de condiciones específicas con su prestadora de servicios. Para decidir este punto, el Tribunal considera importante recordar la definición que la Corte Constitucional le ha dado al concepto de libertad en materia de prestación de servicios médicos:

*“En ese sentido, la libertad que tienen los usuarios de escoger IPS va ligada a dos circunstancias: i) que exista un convenio entre la EPS del afiliado y la IPS seleccionada; y ii) que la IPS*

---

<sup>28</sup> Véase escrito de contestación de la demanda pag 27

<sup>29</sup> Véase informe rendido por el Ministerio de Salud

*respectiva preste un servicio de salud que garantice la prestación integral y de calidad.*

*En otras palabras, el alcance del derecho del usuario de escoger libremente la IPS que prestará los servicios de salud está limitado, en principio, a la escogencia de la IPS dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, cuando la EPS expresamente lo autorice o cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados que la IPS receptora garantiza la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios.”<sup>30</sup>*

**4.4.7.** En ese sentido, y conforme a lo anterior, se demostró también que fue el FOMAG a criterio propio y según varias solicitudes del paciente quien determinó el traslado de este a la clínica Valle de Lili, sin atender primero a la verificación de la capacidad de otras clínicas o centros de atención con los cuales tuviera convenio la UT para proceder a su traslado. Por lo anterior, es claro que no existió un incumplimiento que llevara al FOMAG a la obligación de asumir los gastos del referido paciente, sobre todo cuando fue él quien no acudió a la red de prestación de servicios de salud de la UT MAGISALUD 2 para realizar su traslado.

**4.4.8.** De igual manera considera el Tribunal innecesario el examen de las pruebas allegadas sobre los costos que asumió el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio- FOMAG en la atención del paciente, incluyendo el dictamen pericial rendido por la perito Marcela Gómez Clark, toda vez que al no existir una prueba de la incapacidad de cumplimiento por parte de la UT MAGISALUD 2, ella está exenta de hacer cualquier tipo de reembolso.

**4.4.9.** En conclusión, el Tribunal concluye que no prospera la pretensión de la Convocante frente al reembolso de los costos asumidos por parte del FOMAG para la atención de un paciente crítico, en contra de la UT MAGISALUD 2, pues a pesar de que existía una necesidad frente al derecho fundamental de un paciente, el FOMAG no fue diligente al cumplir con los protocolos de elección de IPS que debían tenerse en cuenta el momento de hacer el respectivo traslado hacia una clínica con la cual no tenía servicios contratados con la red de la UT MAGISALUD 2.

#### **4.5. Quinto Grupo de Pretensiones (Pretensiones relacionadas con la falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco)**

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-745 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt

**4.5.1.** Respecto de la pretensión 5.1. de la demanda, que se transcribe a continuación:

*“5.1. Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012 así como la Circular con radicado 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 y las Resoluciones No. 1995 de 1999 y 839 de 2017, ambas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, por la falta de entrega total de las historias clínicas de Tumaco”.*

**4.5.2.** En relación con el objeto concreto de la pretensión reproducida, la parte Convocante expresa que: *“[L]a falta de entrega de las historias clínicas del Municipio de Tumaco comporta un incumplimiento contractual por parte de la UNIÓN TEMPORAL, que no sólo faculta al FOMAG a pedir el cumplimiento de la obligación in natura sino también a pedir que se multa a dicho contratista, como se explicará en los fundamentos de derecho correspondientes”<sup>31</sup>.*

**4.5.3.** Dentro de los fundamentos de derecho de la demanda, se observa que la Convocante señala que la obligación cuyo incumplimiento endilga a la Convocada es la de entregar las historias clínicas del municipio de Tumaco, conforme a la cláusula 12 del Contrato *sub uidice*.

**4.5.4.** Por su parte, la Convocada se opone a la pretensión *sub examine*, al expresar:

*“Salta a la vista la violación al principio de planeación por parte del DEMANDANTE a la hora de estructurar el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, en razón a que asignaba solo el término de ocho (8) días para entregar ‘todos los documentos relacionados con los aspectos médicos y administrativos de las personas que cubre el contrato, al contratista entrante’ lo cual a simple vista resulta un imposible, sumado a que las bases de datos no eran las adecuadas ni acertadas por el incumplimiento en la actualización y entrega de la base de datos correspondiente por parte de FIDUPREVISORA”<sup>32</sup>.*

**4.5.5.** Bien se observa que la Convocada atribuye a la Convocante una falta al principio de planeación *“en razón a que asignaba solo el término de ocho (8) días para entregar ‘todos los documentos relacionados con los aspectos médicos y administrativos de las personas que cubre el contrato, al contratista entrante’ lo cual a simple vista resulta un imposible”*. Adicionalmente, la Convocante señala

---

<sup>31</sup> Hecho 59 de la demanda.

<sup>32</sup> Contestación a los Hechos 56, 57, 58 y 59 en la contestación de la demanda.

que las bases de datos no eran las adecuadas debido a su falta de actualización y entrega.

**4.5.6.** La Convocada también se opone por medio de la excepción denominada “*IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA*”, cuyo estudio supone resolver en primer lugar si ocurrió o no el incumplimiento por parte de la Convocada, según señala la Convocante.

**4.5.7.** Lo primero por precisar con respecto al incumplimiento contractual es que este presupone la existencia de una obligación derivada de un contrato, la cual no ha sido ejecutada por una causa imputable al deudor. Otro presupuesto del incumplimiento contractual es la validez del contrato del cual emana la obligación incumplida<sup>33</sup>. La existencia y validez de las obligaciones contractuales son presupuestos del incumplimiento contractual, ya que no existe el deber jurídico de ejecutar una obligación inexistente o que adolezca de nulidad absoluta o relativa. De tratarse de una obligación inexistente o inválida debe dirigirse el análisis, entonces, al régimen de la responsabilidad extracontractual, que prescinde de la consideración de un negocio jurídico<sup>34</sup>.

**4.5.8.** Asimismo, se debe constatar que la inejecución de la obligación se debe a una causa imputable al deudor, esto es, que no haya ocurrido una causa extraña, como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o que el incumplimiento se deba a la conducta del acreedor.

**4.5.9.** Vistas las posiciones de las partes y bajo las anteriores precisiones, el Tribunal procederá a resolver la pretensión *sub examine*, examinando los planteamientos de las partes y determinando si de los medios de prueba obrantes en el *sub lite* se acreditan los presupuestos del incumplimiento contractual reclamado.

**4.5.10.** En lo que atañe a la existencia y validez de la obligación contractual señalada como incumplida, esto es, la cláusula 12 del Contrato, ninguna de las partes ha expresado en reparo alguno frente a tales cuestiones. No hay pretensiones ni excepciones dirigidas que se declare la inexistencia o invalidez del Contrato o de alguna de sus cláusulas, por lo que dicho requisito se cumple.

**4.5.11.** En cuanto a la cláusula 12 del Contrato, esta versa sobre el “*TRÁNSITO CONTRACTUAL, PROCESO DE EMPALME*” y hace parte del Capítulo IV del

---

<sup>33</sup> “Constituye requisito sine qua non para que se abra paso la pretensión de incumplimiento contractual, la existencia y la validez de la obligación que se dice incumplida”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp: 20.524.

<sup>34</sup> “Finalmente, debe destacarse que la importancia de este elemento es trascendental, puesto que en ausencia de contrato, no nos encontraremos frente a una eventual responsabilidad contractual sino que, evidentemente, tendremos que acudir a la figura de la responsabilidad extracontractual, que aunque tienen semejanzas, presentan diferencias en cuanto a su régimen jurídico, obviamente dentro de las particularidades de cada ordenamiento jurídico”. Libardo, RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo: general y colombiano*, Bogotá: Temis, 19 ed., 2015, p. 160.

Contrato “*TRANSICIÓN CONTRACTUAL, PROCESO DE EMPALME*”. En efecto, esta estipulación contractual contiene disposiciones relativas a la entrega de historias clínicas y otros documentos allí previstos para la realización del empalme, ante la terminación del Contrato, y en lo concerniente a la pretensión *sub examine*, la cláusula en comento dispone concretamente que:

*“CLÁUSULA 12 TRÁNSITO CONTRACTUAL, PROCESO DE EMPALME*

*(...)*

*“Entrega de listados e historias clínicas en casos especiales.*

*“El CONTRATISTA, una vez terminado el contrato por cualquier causa, se obliga, a entregar a quien la FIDUPREVISORA S.A. le indique por escrito, dentro de las 48 horas previas a la terminación del contrato, las historias clínicas y los listados con copias a FIDUPREVISORA S.A. en medio magnético, con los nombres completos, números de documentos de identidad, teléfonos y direcciones de los siguientes casos:*

*(...)*

*“Historias clínicas. Dentro de un plazo de 8 días siguientes a la terminación del contrato, con todos los documentos relacionados con los aspectos médicos y administrativos de las personas que cubre el contrato, al contratista entrante. La entrega se iniciará desde el momento es que se comunique el cambio de contratista.*

*“En los aspectos administrativos deberá incluir la totalidad de documentos que acrediten la calidad del usuario.*

*“Para estos efectos deberá proveer todo el recurso humano y apoyo logístico que se requiera para su cabal cumplimiento y un listado en medio magnético con la misma estructura del numeral 1”.*

**4.5.12.** De la estipulación reproducida se extrae la obligación en cabeza de la Convocada de entregar las historias clínicas “*una vez terminado el contrato por cualquier causa*”, “*a quien la FIDUPREVISORA S.A. le indique por escrito*”. En cuanto al término de la obligación de entregar las historias clínicas, la cláusula en comento dispone que debe realizarse “*dentro de un plazo de 8 días siguientes a la terminación del contrato*”, y también expresa que la entrega deberá comenzar “*desde el momento es que se comunique el cambio de contratista*”.

Por otro lado, el término de “48 horas previas a la terminación del contrato” corresponde a la indicación por escrito que la Convocante debe hacerle a la Convocada acerca del contratista entrante, a efectos de que la Convocada supiera a quien debería entregarle las historias clínicas.

**4.5.13.** Para sustentar probatoriamente el señalado incumplimiento por parte de la Convocada, en la demanda y sus alegatos de conclusión, la Convocante trae a colación los siguientes medios de prueba documentales: la Circular Externa emitida mediante Oficio 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017<sup>35</sup>, el Acta de Empalme N.º 4 del 27 de noviembre de 2017<sup>36</sup>, el Acta de Empalme N.º 008 del 5 de febrero de 2018<sup>37</sup>, el Acta de Auditoria N.º 005 del 7 y 8 de febrero de 2018<sup>38</sup>, el Acta de Auditoria N.º 006 del 7 de febrero de 2018<sup>39</sup>, el Oficio 20180180429631 del 26 de marzo de 2018<sup>40</sup>, el Certificado del 31 de mayo de 2018<sup>41</sup>, el Oficio 2019014055802 del 21 de marzo de 2019<sup>42</sup> y el correo electrónico del 9 de septiembre de 2021<sup>43</sup>.

**4.5.14.** La Circular Externa que consta en el Oficio 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 tiene como asunto “*PROTOCOLO Y FORMATOS PARA EMPALME*” y fue emitida por el señor José Rafael Domínguez Ayala, Gerente de servicios de Salud de Fiduprevisora. Mediante dicha Circular, la Convocante fijó los parámetros para realizar el proceso de empalme entre la Convocada y la contratista entrante<sup>44</sup>.

---

<sup>35</sup> Circular Externa emitida mediante Oficio 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 275\_9.1. Circular 20170181132181 de 2017.

<sup>36</sup> Acta de Empalme N.º 7 del 27 de noviembre de 2017, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 276\_9.2 Acta del 27 de noviembre de 2017.

<sup>37</sup> Acta de Empalme N.º 008 del 5 de febrero de 2018, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 277\_9.3 Acta del 5 de febrero de 2018.

<sup>38</sup> Acta de Auditoria N.º 005 del 7 y 8 de febrero de 2018, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 278\_9.4 Acta de auditoria No. 005 del 7 y 8 de febrero de 2018.

<sup>39</sup> Acta de Auditoria N.º 006 del 7 de febrero de 2018, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 279\_9.5 Acta de auditoria No. 006 del 7 de febrero de 2018.

<sup>40</sup> Oficio 20180180429631 del 26 de marzo de 2018, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 280\_9.6 Oficio 20180180429631 del 26 de marzo de 2018.

<sup>41</sup> Certificado del 31 de mayo de 2018, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 281\_9.7 Certificado de la UT Salud Sur 2.

<sup>42</sup> Oficio 2019014055802 del 21 de marzo de 2019, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 282\_9.8 Oficio 2019014055802 del 21 de marzo de 2019.

<sup>43</sup> Correo electrónico del 9 de septiembre de 2021, obra dentro de los archivos digitalizados en el enlace de pruebas aportadas en la contestación de la demanda (Prueba N.º 12). Para acceder al documento:

<https://drive.google.com/drive/folders/1SR052Mu8LjovBbFTqxSScZqDdhXMNd0G?usp=sharing>

<sup>44</sup> El Hecho 51 de la demanda expresa: “*Mediante Circular con radicado 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 (Prueba No. 9.1), el Gerente de Servicios de Salud del FOMAG definió los 24 parámetros para realizar el proceso de entrega y empalme entre contratista saliente (la UNIÓN*

**4.5.15.** Teniendo en consideración que el Contrato *sub iudice* concluyó el 22 de noviembre de 2017, conforme a la cláusula primera del Otrosí N.º 6, dicha Circular acredita que la Convocante indicó por escrito a la Convocada acerca del proceso de empalme y entrega de las historias clínicas, incluso antes del término de “48 horas previas a la terminación del contrato”, en los términos cláusula 12 del Contrato. Igualmente, se observa que en la Circular Externa del 19 de septiembre de 2017 se le indica en detalle a la Convocada la forma en que debía hacer la entrega de las historias clínicas al contratista entrante.

**4.5.16.** El Acta de Empalme N.º 4 del 27 de noviembre de 2017 da cuenta del “Proceso de Empalme entre la Unión Temporal saliente MAGISALUD 2, conformada por los Departamentos de Valle del Cauca, Cauca, Nariño, Huila, Putumayo, Caquetá” y expresa que el objetivo de la reunión fue “SUPERVISAR EL PROCESO DE EMPALME ENTRE LOS PRESTADORES ENTRANTE Y SALIENE A TRAVÉS DEL ACOMPAÑAMIENTO EN CAMPO, GARANTIZANDO EL CUMPLIMIENTO DE LO ESTABLECIDO EN EL CONTRATO, ANEXO N.º 25 – PROTOCOLO DE EMPALME”. Al numeral 3º de esta Acta se observa lo siguiente:

*“3. Formato 10, Acta de Recepción de Historias Clínicas. No aplica, queda pendiente por cumplir, este plazo vence el 04 de Diciembre de 2017. Lo anterior por tratarse de un distinto saliente y entrante. Se deja constancia que disponen de 63.759 Historias Clínicas; de las cuales en físico son: médicas (16.956) y odontológicas (4.091) en la costa Nariñense. A la fecha actual se encuentran digitalizadas la (sic) historias clínicas en Proinsalud con un total de 17.400, pendientes por digitalizar 6.430 por Cosmitet Ltda, para un total de 57.329 historias clínicas que disponen desde el Año 2012. Proinsalud debe digitalizar 39.929. Según datos de la Dra. Margarita Giraldo, nos manifiesta que cuentan con 34.224 usuarios afiliados para Nariño, tanto docentes como Beneficiarios activos, pensionados, retirados y fallecidos.*

*“Hay cambio de sedes de las historias clínicas en la costa pacífica Nariñense. No obstante, tienen un punto de archivo específico en cada IPS, que se verifica durante la visita con la Coordinadora de Municipios de Proinsalud. Las historias clínicas deben estar foliadas y en PDF.*

---

TEMPORAL) y el contratista entrante (Unión Temporal Salud Sur 2)”. En la contestación a este hecho, la convocada expresó en su contestación: “Es cierto. Sin embargo, nos atenemos a la literalidad de la Circular Externa con radicado No. 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017”.

*“Cosmitet dispone de un plazo de 6 meses para digitalizar, foliar y llevar las historias clínicas en PDF.*

*“Se establece que son en total 34.498 usuarios, de los cuales activos son 17.946 comprendidos los Docentes y Pensionados; Beneficiarios. 16.550 y, cotizantes dependientes: 2.”*

**4.5.17.** El Acta de Empalme N.º 4 del 27 de noviembre de 2017 acredita que la Convocada dio inició al empalme con la contratante entrante tras el vencimiento del plazo contractual, es decir, después 22 de noviembre de 2017. Asimismo, dicha Acta da cuenta de que no se procedió a firmar el Formato 10 previsto para la recepción de las historias clínicas, conforme lo indicado en la Circular Externa del 19 de septiembre de 2017, y se anotó en el Acta que el *“plazo vence el 04 de Diciembre 2017”*, es decir, 8 días hábiles después del 22 de noviembre de 2017, en los términos de la cláusula 12 del Contrato. No obstante, el Acta también manifiesta que *“Cosmitet dispone de un plazo de 6 meses para digitalizar, foliar y llevar las historias clínicas en PDF”*.

**4.5.18.** En relación con este último plazo de 6 meses, se observa que, por razones logísticas, la Convocada y la contratista entrante lo acordaron, sin que ello hubiere comportado una modificación al Contrato *sub iudice*, ya que una modificación contractual en este sentido hubiera requerido de la manifestación de voluntad del representante legal de la Convocada y de la Convocante, como ocurrió con los Otrosíes N.º 1, 2, 3, 4, 5 y 6, empero en la reunión de que trata el Acta en comento solo participaron agentes o empleados de la Convocante, la Convocada y la contratista entrante. Más todavía, el objeto de la reunión era llevar a cabo la supervisión del proceso de empalme entre la Convocada y la contratista entrante, de manera que tampoco se desprende una intención de modificar el Contrato *sub iudice*, el cual, además, ya había concluido en ese momento.

**4.5.19.** De esta forma el plazo de 6 meses de trata el Acta de Empalme N.º 4 del 27 de noviembre de 2017 y el compromiso asumido por la señora Margarita María Giraldo Cardenas, Coordinadora de Garantía de Calidad de la Convocada, consistente en la *“Entrega de Historias Clínicas, físicas, algunas digitalizadas, foliadas, Referente a H.C. en formato PDF Cosmitet manifiesta que comenzará inmediatamente esta actividad y culminará el 30 de Mayo de 2018”*, corresponden a un arreglo entre la Convocada y la contratista entrante, que no modificó los términos previstos en la cláusula 12 del Contrato.

**4.5.20.** El Acta de Empalme N.º 008 del 5 de febrero de 2018, a su vez, acredita que en esa fecha se reunió el grupo *“EMPALME HISTORIAS CLÍNICAS COMITET TUMACO”*, conformado por funcionarios de la Convocada y de la contratista entrante, con el propósito de abordar el siguiente orden del día: *“1. Revisión y contabilización de actas elaboradas de entrega de historias clínicas*

durante el empalme; 2. *Elaboración y firma de acta de cierre de proceso*". En esta Acta se lee:

*"Una vez finalizado el proceso, se recibieron un total de 6.580 (100%) históricas clínicas médicas debidamente foliadas, soportadas con el anexo 10 de cada acta. Por otro lado se informa que queda pendiente por parte de Comité Ltda. la entrega de archivos magnéticos de la historia clínica sistematizada que venía manejando, lo cual hasta la fecha no se ha entregado, así como también las historias clínicas odontológicas"*.

**4.5.21.** Con relación al objeto de la pretensión *sub examine*, en el Acta de Auditoria N.º 005 del 7 y 8 de febrero de 2018, bajo el título *"TEMAS A TRATAR"*, se expresa:

*"2. Verificación del proceso de entrega de historias clínicas:*

*"Se verifica la entrega de historias clínicas, recibe la visita el ingeniero de sistemas Fredy Revelo Coordinador de historias clínicas. Refiere el ingeniero que el 07 de diciembre COSMITET inició el proceso de foliación.*

*"Presenta la primera acta de recepción del 28 de diciembre de 2017 cuando se realizó la primera entrega.*

*"Cuenta con 6 actas más por cada uno de los cortes en la entrega de historias clínicas.*

*"Presentan y entregan copia de la última acta en donde se finaliza con el proceso entrega de entrega de historias clínicas médicas en físico, quedando pendiente las historias clínicas en medio magnético y las historias clínicas en físico odontológicas*

*"Con respecto a las historias clínicas de odontología presentan un correo enviado por la doctora Katherine de Haro de Cosmitet el día 06 de febrero de 2018 en donde le adjunta el listado de historias clínicas odontológicas físicas, las cuales no están en el formato N.º 10 que destinó Fiduprevisora para el proceso.*

*"Se evidencias 2 funcionarios de Proinsalud punteando sobre el archivo de Excel que envió Cosmitet, se evidencia el procedimiento mediante el cual hacen la validación de la existencia de las historias clínicas con el número de folios*

*relacionados en el listado, aunque no fueron foliadas las historias clínicas en físico.*

*“En el momento de la auditoria 07 de febrero 3:30 pm llevan un total de 331 de historias clínicas del listado entregado por Cosmitet y 85 HC que no aparecen en el listado, pero sí en físico.*

*“Se habla telefónicamente con el doctor Paz, se le informa de los hallazgos en el proceso,, el refiere que en reunión con la doctora Sanda Gómez se pide dar celeridad al proceso, se llega al acuerdo de recibir las historias clínicas en el listado que entregado y sin la foliación en los físicos con el fin de no retrasar más la entrega, pero se le solicita presencia a Cosmitet para el proceso de punteo que adelanta Proinsalud como parte de la recepción.*

*“Proinsalud de todas formas continúa con la recepción de historias clínicas y refiere que esas historias clínicas odontológicas terminarán de puntearse en máximo 08 días, se presenta la doctora Loreca Correa de Cosmitet y refiere que habrá presencia de Cosmitet aunque con funcionarios diferentes durante el día dado que no cuentan con la disponibilidad de una sola persona.*

*“Con respecto a la entrega de historias clínicas en magnético se establece comunicación telefónica con el ingeniero Bolaños de Proinsalud informa que se convino con Cosmitet el envío de historias clínicas en CD y por email se solicita que el CD lleve contraseña. Se comenta también del punteo para la recepción, informa el ingeniero que tiene personal para realizarlo”.*

**4.5.22.** En igual sentido, el Acta de Auditoria N.º 006 del 7 de febrero de 2018 manifiesta en lo pertinente que:

*“Se verifica la recepción de historias clínicas odontológicas, se evidencia correo enviado por la doctora Katherin de Haro el día de ayer 06 de febrero de 2018 a las 18:57, donde anexa un listado con archivo de Excel con 4542 historias clínicas relacionadas con número de documento, nombre del usuario y número de folios. Dicho listado no está en el formato N.º 10 destinado por Fidupevisora para el proceso de empalme.*

*“Se evidencian historias clínicas sin foliar.*

*“Con corte a las 15:30 del 07 de febrero, Proinsalud con dos funcionarios dedicados al proceso durante todos los días, ha punteado y recepcionado 331 historias clínicas del listado y 85 que no aparecen en el listado pero sí en físico.*

*“Se les comenta la situación a la doctora De Haro y al doctor Paz de Cosmitet, pues no se evidencia ningún funcionario del prestador saliente en la entrega. Se llega al acuerdo de recibir las historias clínicas sin foliar y en el listado que entregaron, pero se solicita presencia de Cosmitet para el punteo y la validación de lo que entregan.*

*“Siendo las 16:30 llega la doctora Lorena Correa odontóloga responsable del proceso de entrega de historias clínicas, se comentan con ella los hallazgos y los acuerdos arriba mencionados. Ella refiere que habrá presencia de Cosmitet durante la jornada, aunque solicita que pueda rotar el personal, toda vez que no cuentan con la disponibilidad de una sola persona para el proceso, lo cual se acepta.*

*“Se estima que son máximo 8 días calendario en el proceso de punteo.”*

**4.5.23.** De las Actas de Empalme N.º 4 del 27 de noviembre de 2017 y N.º 008 del 5 de febrero de 2018, así como de las Actas de Auditoria N.º 005 del 7 y 8 de febrero de 2018 y N.º 006 del 7 de febrero de 2018, se establece que la Convocada y la contratista entrante procedieron a realizar el trámite de empalme y, en lo atinente a la entrega de historias clínicas, se evidencia que hubo una serie de observaciones, particularmente en relación con la falta de *“entrega de archivos magnéticos de la historia clínica sistematizada”*, *“historias clínicas odontológicas”*, falta de foliación, el proceso de punteo y discrepancias en las listas de entrega de historias clínicas.

**4.5.24.** El Oficio 20180180429631 del 26 de marzo de 2018 tiene por asunto *“Incumplimiento al contrato N.º. 12076-011-2012 capítulo 4 proceso de empalme – entrega de historias clínicas”*, y mediante él se dirige el Gerente de Servicios de Salud de la Convocante al Representante Legal de la Convocada, expresándole lo siguiente:

*“Respetado saludo doctor Duarte,*

*“Conforme a lo establecido en el capítulo 4 del contrato para la prestación de servicios médico asistenciales N.º 12076-011-2012 entre el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio y específicamente lo relacionado con la entrega (sic)*

*historias clínicas, ésta debía darse 'dentro de un plazo de 8 días siguientes a la terminación del contrato, con todos los documentos relacionados con los aspectos médicos y administrativos de las personas que cubre el contrato, al contratista entrante'. A la fecha no se ha dado por finalizado éste proceso.*

*“Si bien es cierto, que ya se entregó y se recibió por parte del contratista entrante la totalidad de historias clínicas en medio físico correspondiente a las atenciones generadas en la sede de Tumaco, hace falta finalizar la entrega de historias clínicas en medio magnético.*

*“La entrega de historias clínicas en medio magnético atendiendo a la normatividad vigente: resolución 1995 de 1999, resolución 837 de 2017, capítulo 4 del contrato N.º 12076-011-2012 y al protocolo de empalme establecido por Fiduprevisora, debía darse en archivos que no fueran modificables, debidamente identificados con el formato N.º 10 establecido por Fiduprevisora para al fin y debía garantizarse la confidencialidad de esos registros.*

*“Sin embargo, solo fue hasta el día 13 de febrero de 2018 que enviaron 20320 archivos html (modificable), los archivos estaban identificados con un número que no correspondía al documento del usuario y no contenía ningún tipo de relación de las historias clínicas enviadas, por lo cual no pudo ser recibido a satisfacción por parte del contratista entrante UT SALUDSUR 2.*

*“A la fecha se cuenta con esos 20320 archivos con una relación enviada posteriormente con 24428 archivos, con lo cual hay una diferencia de 4108 archivos que aparecen relacionados como entregados y no fueron entregados. Adicionalmente según la información de la base, de los 24428 registros relacionados solo 3 corresponden a servicios prestados en la sede Tumaco. Lo que indica que no se ha hecho entrega de las historias clínicas en medio magnético correspondiente a las atenciones realizadas en la sede Tumaco.*

*“Con respecto a lo anterior el contratista entrante UT Saludsur2 ha solicitado en más de una oportunidad se verifique y se cumpla lo acordado para la entrega sin recibir respuesta.*

*“Así las cosas, se evidencia un incumplimiento a lo establecido en el capítulo del 4 del contrato N.º 12076-011-2012 y se requiere de forma inmediata:*

*“• Verificar la diferencia de los 4108 archivos relacionados en Excel y que no han sido entregados y hacer las correcciones pertinentes para la entrega de las historias clínicas.*

*“• Informar cual es el número de historias clínicas correspondientes a atenciones realizadas en la sede Tumaco.*

*“• Hacer entrega de la totalidad de historias clínicas en magnético correspondientes a las atenciones realizadas antes del 22 de noviembre de 2017 en la sede Tumaco.”*

**4.5.25.** Es evidente que mediante el Oficio 20180180429631 del 26 de marzo de 2018 la Convocante a requiere a la Convocada para que cumpla su obligación de entregar las historias clínicas correspondientes al Municipio de Tumaco y, específicamente, le solicita: **(i)** verificar una diferencia de “4108 archivos relacionados en Excel y que no han sido entregados”; **(ii)** informar el número de historias clínicas conforme a los servicios prestados en la sede de Tumaco; **(iii)** entregar las historias clínicas en medio magnético, conforme a la “resolución 1995 de 1999, resolución 837 de 2017, capítulo 4 del contrato N.º 12076-011-2012 y al protocolo de empalme establecido por Fiduprevisora”.

**4.5.26.** El Certificado del 31 de mayo de 2018, contiene una declaración del representante legal de la contratista entrante en que se expresa que “hasta la fecha de la firma del presente documento, no se ha finalizado el proceso de empalme con el prestador saliente COSMITET LTDA. dado que se encuentra pendiente la entrega de historias clínicas sistematizadas del municipio de Tumaco”.

**4.5.27.** En el Oficio 2019014055802 del 21 de marzo de 2019, enviado por el Gerente de Servicios de Salud de la Convocante al Representante Legal de la Convocada, nuevamente la Convocante requiere a la Convocada para que cumpla su obligación de entregar las historias clínicas. En lo pertinente, dicho Oficio manifiesta que:

*“Posteriormente, en el proceso de empalme realizado con la Unión Temporal UT SALUD SUR 2, en proceso de Invitación Pública 002 de 2017, se evidenció que no se recibieron las Historias Clínicas correspondientes al Municipio de Tumaco por parte de la entidad entrante.*

*“Esta situación ha persistido, pese a las continuar solicitudes por parte de la Entidad Entrante y la existencia de los respectivos protocolos de entrega de las Historias Clínicas, así como el Anexo 25 de proceso de empalme entre prestadores en los que tiene que ver con los pacientes y documentos asistenciales contenido de IP 002 de 2017.*

*“(…)*

*“Revisados los documentos de traza que existen en FIDUPREVISORA se evidencia que según las últimas comunicaciones remitidas por la Unión Temporal Salud Sur 2 no se han recibido las Historias clínicas correspondientes al Municipio de Tumaco.*

*“Por lo anterior, comedidamente se le solicita realizar a la mayoría brevedad posible, los trámites administrativos y logísticos pertinentes de entrega de las HISTORIAS CLÍNICAS DEL MUNICIPIO DE TUMACO que aún están pendientes, para lograr así superar este déficit que puede constituir un incumplimiento contractual por parte de la Unión temporal que usted representa”.*

**4.5.28.** Asimismo, en el correo electrónico del 9 de septiembre de 2021, la Carolina Torres Patiño, abogada del área jurídica de la contratista entrante, le manifiesta a funcionarios de la Convocada que:

*“En cuanto el tema del empalme de historias clínicas por parte de COSMITET LTDA. a PROINSALUD S.A., se encuentra que acorde con el contrato suscrito el término que daba Fiduprevisora S.A., es de 6 meses, más sin embargo en oficios enviados por el gerente de la época se deja constancia que hasta el 31 de mayo del 2018, se encontraba pendiente la entrega de historias clínicas sistematizadas del municipio de Tumaco.*

*“Hasta el momento dicha entrega no se ha completado”.*

**4.5.29.** Del análisis de los medios de prueba documentales anteriores, se extrae que: **(i)** la Convocante le indicó por escrito a la Convocada acerca del contratista entrante, conforme a la cláusula 12 del Contrato, de manera que la Convocada sabía a quién debía hacerle la entrega de las historias clínicas con antelación a las 48 horas que prevé dicha estipulación contractual a efectos de realizar la mencionada indicación por escrito; **(ii)** la Convocada y la contratista entrante iniciaron el trámite de empalme con posterioridad a la terminación del Contrato,

en donde se registraron varias observaciones relativas a la entrega de las historias clínicas del Municipio de Tumaco, especialmente sobre la “*entrega de archivos magnéticos de la historia clínica*”, “*historias clínicas odontológicas*”, falta de foliación, el proceso de punteo y discrepancias en las listas de entrega de historias clínicas; **(iii)** durante el proceso de empalme y después de transcurridos los 8 días siguientes a la terminación del contrato, que conforme a la cláusula 12 del Contrato corresponden al plazo para la obligación de entregar las historias clínicas, la Convocante requirió a la Convocada en dos oportunidades para que realizara la entrega de tales historias clínicas, conforme a los términos del contrato y la normatividad aplicable, expresándole que su omisión podría constituir un incumplimiento contractual; y, **(iv)** al 9 de septiembre de 2021, no se había llevado a cabo en forma integral la entrega historias clínicas correspondientes al Municipio de Tumaco.

**4.5.30.** De esta manera, se observa que la Convocada no ha ejecutado en forma integral la obligación a su cargo de entregar las historias clínicas en el Municipio de Tumaco, conforme a los términos del contrato y la normatividad sobre la materia, habiendo transcurrido ya el término previsto en la Cláusula 12 del Contrato.

**4.5.31.** Esta ejecución imperfecta y fuera de término es justificada por la Convocada, como se mencionó anteriormente, en una supuesta infracción al principio de planeación por parte de la Convocante, concretamente porque al sentir de la primera la segunda “*asignaba solo el término de ocho (8) días para entregar ‘todos los documentos relacionados con los aspectos médicos y administrativos de las personas que cubre el contrato, al contratista entrante’ lo cual a simple vista resulta un imposible, sumado a que las bases de datos no eran las adecuadas ni acertadas por el incumplimiento en la actualización y entrega de la base de datos correspondiente por parte de FIDUPREVISORA*”<sup>45</sup>.

**4.5.32.** Frente a estos reparos, el Tribunal observa que el término de 8 días previsto en la Cláusula 12 del Contrato *sub iudice* no representa en sí mismo una violación al principio de planeación, en la medida en que las partes, al suscribir su acuerdo de voluntades, estuvieron de acuerdo con el mismo y durante la fase de ejecución contractual no hubo una manifestación, expresada en oficio, comunicado o acta, en que la Convocada le hiciera saber a la Convocante que el plazo fuera contrario dicho principio o de imposible cumplimiento.

**4.5.33.** Además, dicho término no implica una imposibilidad absoluta y objetiva, ya que la Convocada es quien tiene la custodia de las historias clínicas, en su condición de prestadora de servicios de salud. En los términos de la Resolución N.º 1995 de 1999, “*Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica*”, expedida por el Ministerio de Salud, es el prestador de servicios de salud

---

<sup>45</sup> Contestación a los Hechos 56, 57, 58 y 59 en la contestación de la demanda.

quien realiza el proceso de apertura<sup>46</sup>, archivo<sup>47</sup> y custodia<sup>48</sup> las historias clínicas de los pacientes, de manera que la Convocada era quien gestionaba y administraba las historias clínicas<sup>49</sup> y, por tanto, estaba en condiciones objetivas de dar cumplimiento a dicha obligación en el tiempo pactado. Más todavía, la circunstancia de que el Municipio de Tumaco sea el único en que se haya presentado la ejecución imperfecta y extemporánea de la obligación de entregar las historias clínicas, demuestra que el término fijado en la cláusula 12 del Contrato no comporta una circunstancia que haga de imposible cumplimiento a dicha obligación, puesto que fue ejecutada sin reparos en los demás Municipios de los Departamentos comprendidos en el objeto contractual.

**4.5.34.** La Convocada tampoco demostró *“el incumplimiento en la actualización y entrega de la base de datos correspondiente por parte de FIDUPREVISORA”*<sup>50</sup>, que mencionó como posible justificación de su incumplimiento<sup>51</sup>.

**4.5.35.** Asimismo, el hecho de que la Convocada haya sabido con anticipación al término previsto contractualmente a quien debía realizarle la entrega de las historias clínicas y que hayan pasado más de cinco años desde la terminación del Contrato y, lógicamente, del plazo para ejecutar su obligación, sumado a los requerimientos realizados por la Convocante, solicitándole que proceda al cumplimiento de su obligación, agravan la valoración de la conducta de la Convocante, quien no probó que haya mediado una causa extraña que justifique la ejecución imperfecta y extemporánea de su obligación de entregar las historias clínicas en el Municipio de Tumaco.

**4.5.36.** En su Concepto, el Ministerio Público arribó a la misma conclusión, como se observa a continuación:

---

<sup>46</sup> Artículo 6º de la Resolución N.º 1995 de 1999.

<sup>47</sup> Artículo 12 de la Resolución N.º 1995 de 1999.

<sup>48</sup> Artículo 13 de la Resolución N.º 1995 de 1999.

<sup>49</sup> El testigo Edison Adrián Urbina Acero, Coordinador Regional de Afiliaciones de la convocada, manifestó lo siguiente en su declaración:

“DR. HERRERA: Ingeniero quien custodia los documentos de afiliación de los beneficiarios?

“SR. URBINA: La custodia está en nuestro poder. Las carpetas. Los documentos físicos”.

<sup>50</sup> Contestación a los Hechos 56, 57, 58 y 59 en la contestación de la demanda.

<sup>51</sup> La convocada no acreditó los requisitos respecto a este supuesto incumplimiento y la manera en que justificaría la falta de ejecución en su obligación de entregar la totalidad de las historias clínicas del Municipio de Tumaco. Además, el testigo Edison Adrián Urbina Acero manifestó que desde el inicio de la ejecución del contrato la convocada tuvo acceso a la base suministrada por la convocante:

“DR. HERRERA: ¿Desde qué momento pudo conocer la unión temporal de sus datos que usted ha referido desde el inicio del contrato o desde que punto de la ejecución del contrato?

“SR. URBINA: La base de datos de operación desde el principio del contrato. Desde el principio del contrato nosotros pudimos conocer los usuarios que estaban asignados a nosotros y a los cuales nosotros le garantizamos la precisión de la prestación del servicio”.

Vale anotar que dentro de las excepciones denominadas *“IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA”* y *“VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN POR PARTE DE FIDUPREVISORA COMO VOCERA DEL FOMAG”* (contestación de la demanda p. 71 y ss), la convocada no desarrolló sus planteamientos respecto de la manera en que dicho principio se conculcaría por este supuesto incumplimiento en la actualización y entrega de la base de datos por parte de la convocante.

*“De esta forma, se tiene que existe el deber legal de la UTM de satisfacer la obligación de entrega de toda la documentación pertinente, al margen del vencimiento del plazo de ejecución contractual. Esto conforme se desprende del contrato mismo teniendo en cuenta que, obra comunicación que da cuenta del incumplimiento de tal deber desde el 31 de mayo de 2018, sin que se haya aducido ni demostrado justificación alguna”<sup>52</sup>.*

**4.5.37.** Con fundamento en los motivos expuestos, existe un incumplimiento de parte de la Convocada respecto de su obligación de entregar la totalidad de las historias clínicas del Municipio de Tumaco, por lo que el Tribunal encuentra próspera la pretensión 5.1. de la demanda. Por los mismos motivos, en lo concerniente con la pretensión 5.1. de la demanda, el Tribunal halla impróspera la excepción N.º 12 de la contestación de la demanda, denominada *“VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN POR PARTE DE FIDUPREVISORA COMO VOCERA DEL FOMAG”*.

**4.5.38.** Respecto de la pretensión 5.2. de la demanda, que se transcribe a continuación:

*“5.2. Que se ordene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 entregar la totalidad de las historias clínicas a la Unión Temporal Salud Sur 2 (nuevo contratista), en cumplimiento de lo previsto en el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, la Circular con radicado 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 y las Resoluciones No. 1995 de 1999 y 839 de 2017, ambas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, entrega que deberá realizarse dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria del Laudo y a satisfacción del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG”.*

**4.5.39.** Lo primero que se precisa con relación este *petitum* es que se trata de una pretensión de *“condena o consecuencial”* de la pretensión 5.1 de la demanda, conforme fue planteada por la Convocante en su demanda.

**4.5.40.** Esta precisión tiene efectos respecto de la determinación del objeto de la pretensión, en la medida en que el texto de pretensión solicita en forma genérica que se ordene a la Convocada a entregar la totalidad de las historias clínicas. Así, comoquiera que se trata de una pretensión consecuencial, debe entenderse que la solicitud contenida en el *petitum* versa exclusivamente sobre las historias clínicas del Municipio de Tumaco.

---

<sup>52</sup> Concepto del Ministerio Público, p. 32.

**4.5.41.** De esta forma, es claro que el objeto de la pretensión *sub examine* es que la Convocada proceda a realizar la ejecución *in natura* de su obligación de entregar la totalidad de las historias clínicas correspondientes al Municipio de Tumaco, en los términos del Contrato y de la normatividad aplicable. Así se desprende, no solo de la precisión anterior, sino también de los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda<sup>53</sup> y en los alegatos de conclusión<sup>54</sup>, en los que la Convocante invoca el artículo 1610 del Código Civil<sup>55</sup>. Puntualmente, la Convocante expresa:

*“Ahora bien, en cuanto a la solicitud de cumplimiento in natura de la obligación, acumulada con la imposición de la multa, tal y como se planteó en la demanda, consideramos oportuno citar el artículo 1610 del Código Civil.*

*“(…)*

*“[E]l incumplimiento de las obligaciones de hacer facultan al acreedor a pedir, no sólo la indemnización de la mora, sino que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido”<sup>56</sup>.*

**4.5.42.** En relación con la posición de la Convocada, se anota que ella realizó su oposición a todas las pretensiones relacionadas con la falta de entrega total de las historias clínicas del Municipio de Tumaco –pretensiones 5.1, 5.2 y 5.3 de la demanda–, enfocándose en la supuesta infracción al principio de planeación, ya abordada por el Tribunal al analizar la pretensión 5.1. de la demanda, y en la improcedencia de la imposición de multas<sup>57</sup>, aspecto que será examinado al detalle al resolver la pretensión 5.3 de la demanda. Frente al posible cumplimiento *in natura* de la obligación de entregar las historias clínicas del Municipio de Tumaco, no se observan reparos concretos<sup>58</sup>.

**4.5.43.** En igual forma, las Llamadas en Garantía hicieron lo propio y enfocaron su oposición a las pretensiones relacionadas con la falta de entrega total de las historias clínicas del Municipio de Tumaco –pretensiones 5.1, 5.2 y 5.3 de la

---

<sup>53</sup> “Fundamentos de derecho de las pretensiones relacionadas con la entrega total de historias clínicas de Tumaco”, demanda, p. 45 y ss.

<sup>54</sup> “Razones jurídicas de la pretensión de cumplimiento *in natura* de la obligación”, alegatos de conclusión de la convocante, p. 94 y ss.

<sup>55</sup> Hecho 59 de la demanda.

<sup>56</sup> Alegatos de conclusión de la convocante, p. 94 y ss.

<sup>57</sup> “IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA”, contestación de la demanda p. 66 y ss.

<sup>58</sup> La convocada concentra sus argumentaciones en la improcedencia de imponer la multa, más que en objetar la existencia de la obligación de entregar las historias clínicas o de justificar su incumplimiento, como se desprende del siguiente pasaje de sus alegatos de conclusión: “Ahora, la CONVOCANTE pretende que este tribunal condene al pago de las respectivas multas por el supuesto incumplimiento de la entrega de historias clínicas como el paz y salvo con la red contratada. Sin embargo, aún si este incumplimiento fuese cierto, están dándole una función indemnizatoria a las multas, puesto que no han logrado probar multa alguna que se encuentre en firme en este momento. Por lo que están tratando la facultad de imponer multas como si de una cláusula penal se tratara”, alegatos de conclusión de la convocada, p. 87.

demanda– en la *“inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco”*<sup>59</sup>, motivo por el cual también estos planteamientos serán analizados al resolver la pretensión 5.3 de la demanda.

**4.5.44.** Conforme a las anteriores precisiones, el Tribunal procederá a resolver la pretensión *sub examine*, para lo cual se empezará anotando que, según las consideraciones expuestas al resolver la pretensión 5.1 de la demanda, la Convocada incumplió su obligación de entregar la totalidad de las historias clínicas correspondientes al Municipio de Tumaco, conforme al Contrato y la normatividad aplicable. De esta manera, corresponde determinar si dicha obligación debe ser ejecutada *in natura* por la Convocada.

**4.5.45.** Para tal efecto, es preciso traer a colación el artículo 1610 del Código Civil, invocado por la Convocante, cuyo tenor es el siguiente:

*“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:*

*“1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.*

*“2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.*

*“3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.*

**4.5.46.** La norma transcrita, en efecto, aplica para las obligaciones de hacer, como es el caso de la obligación de entregar las historias clínicas, y en los eventos en que el deudor se haya constituido en mora, circunstancia que también ocurre en el caso *sub examine*, ya que, como el Tribunal expuso *in extenso* dentro de sus consideraciones relativas a la pretensión 5.1 de la demanda, tal obligación debía ejecutarse *“dentro de un plazo de 8 días siguientes a la terminación del contrato”*, según la cláusula 12 del Contrato, y el Contrato concluyó el 22 de noviembre de 2017.

**4.5.47.** Es evidente que, en los términos del numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil<sup>60</sup>, la Convocada se encuentra en mora de su obligación de entregar

---

<sup>59</sup> *“Inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco”*, contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Liberty Seguros, p. 59 y ss. contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Compañía Mundial de Seguros, p. 63 y ss.

<sup>60</sup> Artículo 1608 del Código Civil: *“El deudor está en mora: 1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”*. Se debe tener en cuenta que no solo el ordenamiento jurídico no prevé

la totalidad de las historias clínicas del Municipio de Tumaco, puesto que dicha obligación estaba sujeta a un término que ya transcurrió, sin que ella haya demostrado una causa extraña u otra circunstancia que justifique la ejecución imperfecta y extemporánea de su obligación.

**4.5.48.** En este orden de ideas, en virtud del artículo 1610 del Código Civil, hay lugar a que la Convocante escoja “a elección suya” cualquiera de las tres opciones previstas en aquella disposición y su elección fue que la Convocada ejecute *in natura* la obligación debida, esto es, que entregue la totalidad de las historias clínicas del municipio de Tumaco, con observancia de las estipulaciones que para el efecto fijaron las partes en el Contrato y de conformidad con la normatividad aplicable en materia de historias clínicas.

**4.5.49.** Se anota que el Ministerio Público también manifestó que “es exigible a la UTM la entrega de la totalidad de las historias clínicas de Tumaco”<sup>61</sup>.

**4.5.50.** Con fundamento en los motivos expuestos, el Tribunal encuentra próspera la pretensión 5.2. de la demanda.

**4.5.51.** Respecto de la pretensión 5.3. de la demanda, que se transcribe a continuación:

*“5.3. Que como consecuencia del referido incumplimiento, se imponga multa a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, 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’”.*

**4.5.52.** Como se anunció al resolver las pretensiones 5.1 y 5.2 de la demanda, la pretensión 5.3 transcrita tiene por objeto que “se imponga multa a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2”, por causa de su incumplimiento en la obligación de entregar las historias clínicas correspondientes al Municipio de Tumaco, aspecto que ya quedó demostrado, conforme a las consideraciones vertidas al

---

expresa y taxativamente que se efectúe el requerimiento para constituir en mora al prestador de servicios de salud respecto de la obligación de entregar las historias clínicas bajo su custodia, dentro del marco de procesos de empalme entre prestadores salientes y entrantes, sino que, además, la convocante sí requirió en dos oportunidades a la convocada para que ejecutara su obligación, expresándole que su conducta podría constituir un incumplimiento contractual. El Tribunal ya tuvo la oportunidad de exponer el incumplimiento de la convocada en este sentido, al resolver la pretensión 5.1 de la demanda, por lo que se hacen extensivas dichas consideraciones a la cuestión relativa a la mora de la convocada en su obligación de entregar las historias clínicas del Municipio de Tumaco.

<sup>61</sup> Concepto del Ministerio Público, p. 31.

abordar aquellas pretensiones. Corresponde, entonces, resolver si es procedente la imposición de dicha multa.

**4.5.53.** Para justificar la imposición de la multa, la Convocante señala que, conforme a la cláusula 39 del Contrato *sub iudice*, las partes incluyeron en su acuerdo de voluntades aquella sanción contractual, cuya aplicación tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de la Convocada.

**4.5.54.** Por otro lado, la Convocada opuso la excepción denominada *“IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA”*<sup>62</sup>, oponiéndose a la pretensión *sub examine*, al considerar que *“no tiene sentido la imposición de multas viendo su naturaleza conminatoria si se hace por fuera de la vigencia del contrato, ya que esta terminó el día 22 de noviembre de 2017”*<sup>63</sup>.

**4.5.55.** Esta oposición a la prosperidad de la pretensión 5.3 de la demanda es acompañada por las Llamadas en Garantía, quienes plantearon la excepción denominada *“inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco”*<sup>64</sup>, manifestando que: *“De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de la potestad legal conferida a la Administración para la imposición de multas debe reservarse a la etapa de ejecución contractual, debido a que su naturaleza conminatoria se opone jurídicamente a que su materialización ocurra luego de vencido el plazo pactado para el cumplimiento del objeto convenido”*<sup>65</sup>.

**4.5.56.** Con atención a los argumentos planteados por ambas partes, procederá el Tribunal a analizar la cláusula contractual invocada por la Convocante para fundamentar la aplicación de la multa, así como a establecer la naturaleza jurídica de la multa, para, así, determinar si es procedente su imposición en el caso concreto.

**4.5.57.** El texto de la Cláusula 39 del Contrato es el siguiente:

*“CLÁUSULA TRIGÉSIMA NOVENA.— MULTAS. El CONTRATANTE, con fundamento en el artículo 17 y su párrafo de la Ley 1150 de 2007, tiene la facultad de imponer multas por los incumplimientos, parciales o totales, de las obligaciones contractuales por parte del CONTRATISTA. Para estos efectos, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de*

---

<sup>62</sup> Contestación de la demanda p. 66 y ss.

<sup>63</sup> Contestación de la demanda p. 66 y ss.

<sup>64</sup> Contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Liberty Seguros, p. 59 y ss. Contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Compañía Mundial de Seguros, p. 63 y ss.

<sup>65</sup> Contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Liberty Seguros, p. 59 y ss. Contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Compañía Mundial de Seguros, p. 63 y ss.

*Prestaciones Sociales del Magisterio, según Reglamento anexo, el cual hace parte integral del presente contrato, adoptó los criterios y procedimientos mediante los cuales FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de CONTRATANTE, debe proceder para la imposición de las mismas”.*

**4.5.58.** Con mayor precisión, la Convocante señala una causal prevista en el Reglamento por el cual el Consejo Directivo del FOMAG adoptó los criterios y procedimientos para que la Convocante procediera a la imposición de multas, cuyo texto es el siguiente: *“Por no presentar oportunamente los documentos, informes y demás requerimientos solicitados por el contratante”.*

**4.5.59.** Es evidente que las partes sí previeron en el clausulado del contrato el mecanismo de la multa y que la cláusula y la causal invocadas por la Convocante serían aplicables ante eventos de incumplimientos parciales o totales; sin embargo, debe determinarse si la imposición de la multa es procedente después de vencido el plazo de ejecución.

**4.5.60.** En cuanto a la naturaleza jurídica de la multa en materia de contratación estatal, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 manifiesta que:

*“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

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

**4.5.61.** De la lectura de esta disposición, se aprecia que el mecanismo de la multa tiene naturaleza conminatoria o coercitiva, es decir, su objeto consiste en *“conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones”.* Asimismo, dicha disposición alude expresamente a la observancia del debido proceso, en consideración a que la imposición de multas implica el ejercicio del poder sancionatorio de la administración en su actividad contractual, en virtud de su deber de ejercer control y vigilancia en esta materia. También la disposición en

comento indica que la multa *“procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”*.

**4.5.62.** En cuanto a la interpretación del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 y, específicamente, de la multa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que:

*“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.*

*“Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.*

*“Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo”<sup>66</sup>.*

**4.5.63.** Esta interpretación ha sido seguida en forma consistente por la jurisprudencia Contencioso Administrativa<sup>67</sup>, en que se ha ratificado que:

*“A su turno, la Subsección C de la Sección Tercera ha conservado ese mismo entendimiento al sostener que la entidad estatal habría de mantener la competencia ‘para declarar el incumplimiento parcial del contrato e imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento*

---

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp: 28.875.

<sup>67</sup> Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, exp: 53.206; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de febrero de 2022, exp: 49.286. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de agosto de 2022, exp: 56.020.

*de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual”<sup>68</sup>.*

**4.5.64.** Bajo estas consideraciones, es claro que el límite temporal dentro del cual el mecanismo de la multa cumple su fin conminatorio se enmarca dentro de la vigencia del plazo de ejecución contractual. Si bien es cierto que la obligación de entregar las historias clínicas tiene un carácter post-contractual, como lo señala la Convocante, puesto que debe ejecutarse después de que el plazo de ejecución ha vencido, no es menos cierto que la eventual imposición de una multa por el incumplimiento de dicha obligación implicaría darle un carácter resarcitorio a la multa, pues su aplicación no constreñiría a la Convocada al cumplimiento de su obligación, sino que la sancionaría por no haberla ejecutado.

**4.5.65.** Además, no puede perderse de vista que la causal específica invocada por la Convocante se refiere en forma genérica a la no presentación oportuna de *“los documentos, informes y demás requerimientos solicitados por el contratante”*. De manera que, aun cuando las historias clínicas puedan situarse dentro de alguna de tales categorías, siguiendo la lectura que hace la Convocante, una interpretación a la luz de la jurisprudencia Contencioso Administrativa citada, no dejaría dudas de que se trata de los documentos, informes y requerimientos realizados dentro de la vigencia del plazo de ejecución contractual.

**4.5.66.** Si las partes o el Consejo Directivo del FOMAG, a través del Reglamento al que refiere la cláusula 39 del Contrato, hubieran previsto al mecanismo de la multa para conminar a la Convocada al cumplimiento su obligación de entrega de historias clínicas u otros documentos en el contexto del trámite de empalme entre contratistas salientes y entrantes, tras la terminación del Contrato, así lo hubieran dispuesto expresamente. Dado que la multa implica el ejercicio del poder sancionatorio de la administración en su actividad contractual, su interpretación y aplicación debe ser taxativa y restrictiva, en aras de garantizar el principio al debido proceso, conforme al artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

**4.5.67.** Estas conclusiones son compartidas por el Ministerio Público, que en su Concepto expresó que: *“Así las cosas, existen obligaciones de entrega de documentación cuyo cumplimiento sigue pendiente por parte de la UTM. No obstante, se considera que la imposición de multas no es el mecanismo llamado a procurar dicho cumplimiento. Esto aun cuando su aplicación esté claramente prevista el acuerdo contractual. Al respecto, se considera”<sup>69</sup>.*

**4.5.68.** Con fundamento en los motivos expuestos, el Tribunal encuentra impróspera la pretensión 5.3. de la demanda. Por los mismos motivos, el Tribunal halla prósperas las excepciones denominadas *“IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA”* e *“inexistencia*

---

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de abril de 2020, exp: 64.154.

<sup>69</sup> Concepto del Ministerio Público, p. 33.

de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco”, planteadas por la Convocada y las Llamadas en Garantía, respectivamente.

#### **4.6. Sexto Grupo de Pretensiones (falta de entrega de paz y salvo con la red contratada)**

**4.6.1.** Respecto de la pretensión 6.1. de la demanda, que se transcribe a continuación:

*“6.1. Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, al omitir su obligación de entregar el paz y salvo con la red contratada”.*

**4.6.2.** El objeto de esta pretensión es que se declare el incumplimiento por parte de la Convocada respecto de su obligación de entregar el paz y salvo de la red contratado, conforme a la Cláusula 10 del Contrato. Sobre este aspecto, la parte convocante resalta la importancia del paz y salvo de la red de servicios de salud contratada, expresando que:

*“[L]a red de prestadores de servicios de salud tiene una importancia superlativa para la adecuada y oportuna prestación de los servicios de salud cuya garantía es, sin más, el objeto mismo del contrato de prestación de servicios médico asistenciales fuente de las diferencias.*

*“Por tal razón, convinieron las partes en la Cláusula 10ª del Contrato que la UNIÓN TEMPORAL acreditaría ante el FOMAG encontrarse a paz y salvo con la red contratada, supeditando incluso el pago de todas las sumas de dinero adeudadas a la UNIÓN TEMPORAL, incluyendo el último mes del Contrato, a la acreditación del correspondiente paz y salvo”<sup>70</sup>.*

**4.6.3.** Asimismo, la Convocante afirma que la obligación de entregar el paz y salvo de la red contratada no ha sido cumplida al momento en que presentó sus alegatos de conclusión<sup>71</sup>.

**4.6.4.** Por su parte, la Convocada se opone a la pretensión *sub examine*, con los siguientes planteamientos: *“Es claro que el paz y salvo no se ha entregado para el momento, pero ello no se desprende de una actitud caprichosa o negligente sino que se fundamenta -algo que desconoce el DEMANDANTE- en que existen*

---

<sup>70</sup> Demanda, p. 50.

<sup>71</sup> “Los paz y salvo nunca fueron aportados por la UNIÓN TEMPORAL, ni en respuesta al anterior requerimiento ni durante el curso del presente debate procesal”. Alegatos de conclusión de la convocante, p. 104.

*serias discrepancias entre los saldos a favor de uno y del otro. Por lo que, es imposible e improcedente expedir un paz y salvo ante una situación en la que hay diferencias en los cálculos entre las partes*<sup>72</sup>.

**4.6.5.** También la Convocada opone la excepción denominada “*IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA*”, cuyo estudio supone resolver en primer término si ocurrió o no el incumplimiento señalado por la Convocante.

**4.6.6.** Habida cuenta de que la pretensión *sub examine* tiene por objeto que se declare un incumplimiento contractual de parte de la Convocada, el Tribunal trae a colación las consideraciones relacionadas con los presupuestos que deben acreditarse para tal efecto, al resolver la pretensión 5.1 de la demanda.

**4.6.7.** Así, partiendo de la base de que no se plantearon reparos frente a la existencia y validez del Contrato *sub iudice* ni de alguna de sus cláusulas, se procederá a establecer si de la estipulación contractual señalada por la Convocante se deriva la aludida obligación de entregar los paz y salvos de la red contratada y si dicha obligación fue ejecutada o no por la Convocada. El texto de la Cláusula 10 del Contrato es el siguiente:

*“CLÁUSULA 10. CONDICIÓN SUSPENSIVA DEL ÚLTIMO PAGO. 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, está condicionado a que EL CONTRATISTA cumpla a cabalidad las obligaciones establecidas en el presente contrato y los términos de referencia.*

*PARAGRAFO PRIMERO. LA CONTRATANTE tiene un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario a partir de la terminación del contrato y/o finalización del último mes del mismo, para informarle al CONTRATISTA que ha cumplido una o varias veces (sic) de sus obligaciones mediante acto administrativo motivado, contra el cual proceden los recursos de ley. Vencido el plazo indicado sin que se expida el acto administrativo, la CONTRATANTE está en la obligación de hacerle al CONTRATISTA y dentro de los 10 diez días calendarios siguientes al vencimiento del plazo que se 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”.*

---

<sup>72</sup> Contestación a los Hechos 56, 57, 58 y 59 en la contestación de la demanda.

**4.6.8.** De la estipulación contractual citada se desprende una carga en cabeza de la Convocada de entregar el paz y salvo de la red contratada, con el fin de que la Convocante proceda a ejecutar su obligación de pago respecto del “*valor del último pago o mensualidad*”. Con precisión, mediante dicha estipulación las partes pactaron una condición suspensiva respecto de la obligación de la Convocante de pagar la última mensualidad.

**4.6.9.** En efecto, no solo el título de la cláusula en comento, sino que su contenido también indica con claridad que se trata de una condición suspensiva –artículos 1530, 1531 y 1536 del Código Civil–. A través de ella, las partes sometieron la exigibilidad de la obligación que tiene la Convocante de pagar en favor de la Convocada la última mensualidad al evento de que la Convocada entregara el paz y salvo de la red contratada, en específico, y a que “*cumpla a cabalidad las obligaciones establecidas en el presente contrato y los términos de referencia*”, en general.

**4.6.10.** Bajo este entendido, más que un incumplimiento contractual, la posible falta de entrega del paz y salvo de la red contratada implicaría que la condición prevista en la Cláusula 10 del Contrato no se haya verificado, con lo que no sería exigible el pago de la última mensualidad. Así las cosas, no debe hablarse propiamente de un incumplimiento contractual sino de la estipulación o pacto de una condición necesaria para realizar el aludido pago.

**4.6.11.** En este punto es oportuno precisar que el Tribunal continuará con el análisis de la pretensión *sub examine*, con el fin de verificar si la condición suspensiva en comento se cumplió o no, en atención a que la constatación de dicha condición no solo tiene un impacto en la resolución del presente *petitum*, sino que puede influenciar la posible liquidación del Contrato, respecto a la cual ambas partes han solicitado que se proceda<sup>73</sup>.

**4.6.12.** Así, el Tribunal interpretará la pretensión materia de análisis, dando aplicación al derecho sustancial sobre las formas y al principio *iura novit curia*, con el propósito de cumplir con el mandato Constitucional conforme al cual en las actuaciones surtidas ante la administración de justicia “*prevalecerá el derecho sustancial*” –artículo 228 de la Constitución–. Con relación al mencionado principio, se cita el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado, expresado en la sentencia del 31 de mayo de 2016, exp.: 42.503:

---

<sup>73</sup> No solo la convocante solicita mediante sus pretensiones –grupo 7 de pretensiones de la demanda– que se proceda a la liquidación del Contrato, sino que la convocada también expresa que: “*Finalmente, dado que a la fecha el Contrato o de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-011-2012 no ha sido liquidado, es procedente que el honorable Tribunal proceda a su liquidación toda vez que ya expiró el plazo para la liquidación bilateral y/o unilateral*” (alegatos de conclusión de la convocada, p. 114).

*“El Juez del contrato debe evitar fallos inhibitorios, interpretando la demanda, estableciendo la materia del litigio, con prescindencia de la forma”<sup>74</sup>.*

**4.6.13.** En virtud del principio *iura novit curia*, el juez del contrato debe ponderar el derecho sustancial y resolver de fondo en asunto objeto de disputa<sup>75</sup>, aun cuando existan falencias procedimentales, que, desde luego, no tengan trascendencia con la validez de los actos surtidos dentro del proceso ni afecten el derecho fundamental al debido proceso de las partes.

**4.6.14.** En cuanto a la verificación de la precitada condición, la Convocante afirma que la Convocada no llevó a cabo la entrega del paz y salvo de la red contratada con fundamento en los siguientes medios de prueba<sup>76</sup>: **(i)** la Comunicación 20180181441781 del 10 de septiembre de 2018<sup>77</sup>; **(ii)** el testimonio de la señora Martha Camelo Calderón; y, **(iii)** el testimonio del señor José Yesid Plazas Higuera.

**4.6.15.** Con relación a la Comunicación 20180181441781 del 10 de septiembre de 2018, se trata de un documento dirigido al representante legal de la Convocada por el Vicepresidente de la Convocante, cuyo asunto es *“Solicitud entrega paz y salvo red prestadora de servicios de salud”*. En el contenido de esta Comunicación se lee lo siguiente:

*“El párrafo primero de la Cláusula Décima del Contrato de Prestación de Servicios No. 12076-011-2012 establece la obligación a cargo de la Unión Temporal de aportar el paz y salvo de la red contratada para la prestación de los servicios de salud, como requisito indispensable para proceder a realizar el pago del último mes del contrato.*

*“Por lo anterior, le solicito de manera respetuosa allegar las constancias de encontrarse a paz y salvo por todo concepto la unión temporal que tiene a bien Ud. Representar con cada una de las IPS contratadas, debidamente suscrita por el representante legal de la Institución. En el evento que se hayan*

---

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp: 42.503.

<sup>75</sup> *“Por lo anterior, el juez del contrato en aplicación del principio iura novit curia debe restablecer las condiciones económicas en que debió ejecutarse el contrato y ser mucho más exigente cuando ha sido la administración la que se ha beneficiado de las condiciones en las que se ejecutó en forma efectiva el contrato”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, exp: 11.194.

<sup>76</sup> También la convocante indica que la afirmación de que la convocada no haya entregado los paz y salvos de la red contratada constituye una negación indefinida, que la releva de probarla (alegatos de conclusión de la convocante p., 104).

<sup>77</sup> Comunicación 20180181441781 del 10 de septiembre de 2018, obra dentro de los archivos digitalizados del expediente 123610. Para acceder al documento: 02. PRUEBAS / PRUEBAS No 1 / 01. Pruebas demanda inicial - Fomag / 2\_Comunicacion 20180181441781\_solicitud paz y salvo red.

*notificado oportunamente al FOMAG cesiones de créditos actualmente pendientes de pago por parte del FOMAG, la constancia deberá ser expedida por aquellos conceptos económicos que no hagan parte de la referida cesión”.*

**4.6.16.** La Comunicación transcrita corresponde a una solicitud enviada con posterioridad al vencimiento del Contrato *sub iudice*, con el propósito de requerirle a la Convocada la entrega del paz y salvo de la red de servicios de salud contratada por ella para la ejecución del objeto contractual. Se observa que como fundamento de la solicitud se hace referencia al párrafo primero de la cláusula 10 del Contrato, la cual dispone la condición suspensiva de la última mensualidad, como ya se estableció anteriormente.

**4.6.17.** Es evidente que mediante dicha Comunicación la Convocante le solicita a la Convocada allegar los respectivos paz y salvos de cada una de las IPS que la última haya contratado para la ejecución de los servicios de salud comprendidos en el objeto contractual. También es claro el entendimiento que la Convocante da a la Cláusula 10 del Contrato, en el sentido de que la entrega de tales paz y salvos constituye un *“requisito indispensable para proceder a realizar el pago del último mes del contrato”*.

**4.6.18.** En cuanto a la materia del *petitum* bajo análisis, la señora Martha Camelo Calderón, profesional de la Gerencia de Servicios de Salud de la Convocante, manifestó en su testimonio lo que se aprecia a continuación:

*“DR. J. HERRERA: Pasando a otro tema, conoce usted si la Unión Temporal entregó al Fomag los paz y salvos con la Red de Servicios de Salud?”*

*“SRA. CAMELO: No. Se solicitó a la Unión Temporal aportar esos paz y salvos en el marco de la liquidación del contrato, pero no fueron allegados que conozca. Yo no conozco que los hayan allegado al Fomag.”*

*“DR. J. HERRERA: ¿Conoce usted aproximadamente qué cantidad de instituciones prestadoras de servicios de salud fueron subcontratadas por la Unión Temporal?”*

*“SRA. CAMELO: Un dato exacto, no señor. Ellos tenían sus sedes propias, tenían una red propia y tenían una red externa contratada, pero exactamente cuántos, desconozco”.*

**4.6.19.** A su vez, el señor José Yesid Plazas Higuera, Coordinador Administrativo y Financiero de la Convocante, con relación a los temas de la pretensión *sub examine*, manifestó:

*“DR. J. HERRERA: Le preguntó ahora sobre lo siguiente, en la cláusula 10ª del contrato se dispone que es obligación de la Unión Temporal aportar un paz y salvo con la Red de Servicios de Salud. Puede informar al Tribunal lo que a usted le conste sobre ese paz y salvo?”*

*“SR. PLAZAS: Sí, el paz y salvo era como una de las condiciones que tenía el contrato para efectos de hacer los pagos, en especial de la última cápita que el operador presentará el paz y salvo con su red, obviamente, antes de hacer el pago de la última cápita. La administración del año 2018 emitió un comunicado al operador diciéndole que por favor allegara ese paz y salvo con toda su red de prestadores sin obtener respuesta y así sucedió hasta la finalización del contrato. Hasta el proceso donde terminamos los proyectos de acta de liquidación que fue en el año 2019, pese a la solicitud de que allegaran el paz y salvo, ese documento nunca fue aportado. Es decir, que no se tiene evidencia de un paz y salvo por parte de la red de prestadores del operador. No se cuenta con ese paz y salvo, no se aportó y en lo que yo pude evidenciar no existe el documento.”*

*“DR. DURÁN: ¿Doctor Yesid, que argumentaba el contratista para no aportar dichos paz y salvos?”*

*“SR. PLAZAS: No lo tengo claro, pero en términos generales lo que aportaba era que se le debían algunas facturas y que hasta que no se le pagaran esas facturas no podía cancelarle a su red, pero no lo puedo afirmar con seguridad porque ha pasado mucho tiempo y son cinco operadores y cada uno con sus temas, es como la generalidad, pero en síntesis y a modo concreto, lo que puedo decir es que no se evidenció el paz y salvo en ningún momento, entregado por parte del operador”.*

**4.6.20.** Otro testimonio que contribuye a dilucidar las circunstancias que rodearon el tema del paz y salvo de la red contratada es el de la señora Sulamy Núñez Moya, Directora Financiera de Cosmitet Ltda., quien expresó:

*“DR. DURÁN: Hay una pretensión relacionada con la falta de entrega de paz y salvo con la red contratada, ¿qué nos tiene usted que decir al respecto, se entregó ese paz y salvo o no se entregó, si no se entregó, por qué razones? respondió.”*

*“SRA. NÚÑEZ: Bueno, ese requerimiento no se realizó dentro de los términos para el proceso de liquidación, de hecho, los*

*términos para iniciar el proceso de liquidación después de la ejecución del contrato no se dieron, igual nosotros en el ejercicio con la red, pues no hemos tenido inconvenientes en ningún tema de reclamación o que le haya sido elevada alguna reclamación por los proveedores nuestro respecto de deudas que nos hayan quedado sobre el contrato ejecutado, entonces pues de mi parte lo único que podría adicionar es que el ejercicio de ese requerimiento no se realizó dentro de los términos esperados.*

*“DR. DURÁN: ¿La entrega del paz y salvo era por requerimiento del FOMAG o era obligación entregarlo por parte de la Unión Temporal?*

*“SRA. NÚÑEZ: No lo tengo claro, lo cierto es que hacía parte del proceso de liquidación, pero los términos de liquidación no se dieron dentro de los plazos fijados, que eran los primeros cuatro meses de forma bilateral y los dos siguientes meses de forma unilateral”.*

**4.6.21.** De esta manera, los tres testimonios citados coinciden en que los paz y salvos de la red contratada no fueron allegados dentro del marco del fallido proceso de liquidación bilateral entre las partes.

**4.6.22.** Es importante destacar que la propia Convocada reconoce la falta de entrega de los paz y salvos, como se desprende del siguiente pasaje de su contestación a la demanda: *“Es claro que el paz y salvo no se ha entregado para el momento, pero ello no se desprende de una actitud caprichosa o negligente sino que se fundamenta -algo que desconoce el DEMANDANTE- en que existen serias discrepancias entre los saldos a favor de uno y del otro. Por lo que, es imposible e improcedente expedir un paz y salvo ante una situación en la que hay diferencias en los cálculos entre las partes”<sup>78</sup>.*

**4.6.23.** La Convocada justifica la falta de entrega de los paz y salvos, arguyendo que hay serias discrepancias entre los saldos a reconocerse entre ella y los integrantes de la red de prestadores de servicios de salud, circunstancia que no está en conocimiento de la Convocante, así como que dichas discrepancias de cálculo hacen que *“sea imposible e improcedente expedir un paz y salvo”.*

**4.6.24.** Con relación a estas justificaciones, se observa que la Convocada no detalló las supuestas diferencias de cálculo que pudieren existir entre ella y la red contratada, ni explicó la forma en que tales diferencias harían que la expedición de los paz y salvos fuera improcedente y de imposible cumplimiento. A esto se suma que el testigo Sulamy Núñez Moya manifestó que no era de su conocimiento que haya habido inconveniente con la red contratada, con las

---

<sup>78</sup> Contestación a los Hechos 56, 57, 58 y 59 en la contestación de la demanda.

siguientes palabras: *“nosotros en el ejercicio con la red, pues no hemos tenido inconvenientes en ningún tema de reclamación o que le haya sido elevada alguna reclamación por los proveedores nuestro respecto de deudas que nos hayan quedado sobre el contrato ejecutado”*.

**4.6.25.** De tal manera, no se demostró que la condición suspensiva prevista en la Cláusula 10 del Contrato sea de imposible cumplimiento –artículo 1532 del Código Civil–, por lo que la exigibilidad de la obligación de pago de la última mensualidad sigue estando sujeta a que la Convocada entregue los paz y salvos de la red contratada, en los términos del Contrato y de los demás documentos contractuales.

Con fundamento en los motivos expuestos, el Tribunal encuentra próspera la pretensión 6.1. de la demanda, en el sentido de que no se ha verificado la condición suspensiva prevista en la Cláusula 10 del Contrato y que la obligación de pago de la última mensualidad está sujeta a que se verifique la entrega del paz y salvo de la red contratada por parte de la Convocada.

**4.6.26.** Respecto de la pretensión 6.2. de la demanda, que se transcribe a continuación:

*“6.2. Que se ordene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 entregar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG el paz y salvo con la red contratada”*.

**4.6.27.** El objeto de la pretensión transcrita es que se ordene a la Convocada a que entregue el paz y salvo con la red contratada, para lo cual la Convocante emplea la misma argumentación acerca de la ejecución *in natura* de la obligación, ante la mora del deudor en obligaciones de hacer<sup>79</sup>, conforme se expuso al resolver la pretensión 5.2 de la demanda.

**4.6.28.** También la Convocada enfoca sus planteamientos hacia la improcedencia de la imposición de una multa derivada del incumplimiento en la entrega del paz y salvo con la red contratada<sup>80</sup>, más que a desvirtuar la posible ejecución *in natura* solicitada por la Convocante. Se anota que las justificaciones planteadas por la Convocada para explicar la falta de entrega de dicho paz y salvo ya fueron analizadas, al resolver la pretensión 6.1 de la demanda.

---

<sup>79</sup> *“Ahora bien, en cuanto a la solicitud de cumplimiento in natura de la obligación (pretensión 6.2 de la demanda), acumulada con la imposición de la multa (pretensión 6.3), basta remitir al Tribunal al numeral 2.6, literales c) y d) precedentes, que por identidad fáctica y jurídica son igualmente aplicables a la materia que nos ocupa, apartados en los que tuve la oportunidad de sustentar las razones jurídicas por las cuales se debe imponer obligación de hacer a la Convocada y, además, condenarla al pago de la multa pactada”*. Alegatos de conclusión de la convocante p. 107.

<sup>80</sup> *“IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA”*, contestación de la demanda p. 66 y ss.

**4.6.29.** Sea lo primero traer a colación las consideraciones expuestas por el Tribunal al resolver la pretensión 6.1 de la demanda, en el sentido de que la cláusula 10 del Contrato prevé una condición suspensiva para la obligación de pago de la última mensualidad, más que una obligación contractual en cabeza de la Convocada.

**4.6.30.** Dicho lo anterior, es evidente que la pretensión *sub examine* no se puede resolver a la luz del incumplimiento contractual y, por consiguiente, no hay lugar a aplicar el artículo el artículo 1610 del Código Civil, que versa sobre las opciones con que cuenta el acreedor cuando el deudor se ha constituido en mora en obligaciones de hacer.

**4.6.31.** Ahora bien, como el Tribunal lo precisó al resolver la pretensión 6.1 de la demanda, el pago de la última mensualidad está sujeto a una condición suspensiva. Esta condición es de carácter positivo, pues su verificación “*consiste en acontecer una cosa*” –artículo 1531 del Código Civil–. Ahora, el hecho de que la condición requiera un actuar positivo de la Convocante, la entrega del paz y salvo de la red contratada, no afecta la posibilidad física o moral de la condición, ya que el ordenamiento jurídico permite condiciones que dependan de la voluntad del acreedor o del deudor –artículos 1534 y 1535 del Código Civil–.

**4.6.32.** Bajos estas precisiones, es evidente que el Tribunal no puede ordenarle a la Convocada a que entregue los paz y salvos de la red contratada, lo cual no implica que ella quede liberada de su carga de entregar dichos paz y salvos, a efectos de hacer exigible la obligación de pago de la última mensualidad. Con otras palabras, para acceder al último pago, la condición suspensiva prevista en la cláusula 10 del Contrato debe verificarse, lo que implica que la Convocada deba entregar los paz y salvos con la red de prestadores de servicios de salud contratada para la ejecución del objeto contractual, en los términos del Contrato y de los demás documentos contractuales.

**4.6.33.** Con fundamento en los motivos expuestos, el Tribunal encuentra impróspera la pretensión 6.2. de la demanda, en el sentido de que no puede ordenar a la Convocada a entregar el paz y salvo con la red contratada, lo cual no la libera de su carga de realizar dicha entrega, a efectos de que se verifique la condición suspensiva prevista en la Cláusula 10 del Contrato y pueda acceder al pago de la última mensualidad.

**4.6.34.** Respecto de la pretensión 6.3. de la demanda, que se transcribe a continuación:

*“6.3. Que como consecuencia del referido incumplimiento, se imponga multa a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, 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'.*

**4.6.35.** En cuanto al objeto de la pretensión reproducida, nuevamente la Convocante emplea sus planteamientos sobre la procedencia de la aplicación de la multa e invoca la misma causal con la que intentó justificar su imposición en el marco de la pretensión 5.3 de la demanda<sup>81</sup>.

**4.6.36.** La Convocada y las Llamadas en Garantía se oponen a la prosperidad de la pretensión *sub examine* por medio de las excepciones denominadas "IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA"<sup>82</sup> e "Inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por la falta de entrega de paz y salvo y solicitarla con posterioridad al plazo de ejecución del contrato. La multa no tiene naturaleza indemnizatoria sino conminatoria",<sup>83</sup>, respectivamente.

**4.6.37.** El Tribunal ya tuvo la oportunidad de analizar los planteamientos que las partes y las Llamadas en Garantía realizan en relación con la improcedencia de imposición de multas una vez vencido el plazo de ejecución contractual, al resolver la pretensión 5.3 de la demanda, motivo por el cual las consideraciones vertidas allí se hacen extensibles al presente *petitum*, en el sentido de que la oportunidad temporal para la imposición de multas corresponde a la ejecución del contrato, en vista de la naturaleza conminatoria de ese mecanismo sancionatorio.

**4.6.38.** Además, se anota que la posibilidad de aplicar una multa frente a la falta de entrega del paz y salvo con la red contratada queda descartada, habida cuenta de que no se trata de un incumplimiento contractual, sino de la falta de verificación de una condición suspensiva, como el Tribunal lo expuso en detalle, al resolver las pretensiones 6.1 y 6.2. de la demanda.

---

<sup>81</sup> "Ahora bien, en cuanto a la solicitud de cumplimiento in natura de la obligación (pretensión 6.2 de la demanda), acumulada con la imposición de la multa (pretensión 6.3), basta remitir al Tribunal al numeral 2.6, literales c) y d) precedentes, que por identidad fáctica y jurídica son igualmente aplicables a la materia que nos ocupa, apartados en los que tuve la oportunidad de sustentar las razones jurídicas por las cuales se debe imponer obligación de hacer a la Convocada y, además, condenarla al pago de la multa pactada". Alegatos de conclusión de la convocante p. 107.

<sup>82</sup> "IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA", contestación de la demanda p. 66 y ss.

<sup>83</sup> "Inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco", contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Liberty Seguros, p. 59 y ss. contestación de la demanda y del llamamiento en garantía de Compañía Mundial de Seguros, p. 63 y ss.

**4.6.39.** Con fundamento en los motivos expuestos, el Tribunal encuentra impróspera la pretensión 6.3. de la demanda. Por los mismos motivos, el Tribunal halla prósperas las excepciones denominadas “*IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA*” e “*Inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por la falta de entrega de paz y salvo y solicitarla con posterioridad al plazo de ejecución del contrato. La multa no tiene naturaleza indemnizatoria sino conminatoria*”, planteadas por la Convocada y las Llamadas en Garantía, respectivamente.

#### **4.7. Séptimo Grupo de Pretensiones (La liquidación judicial del Contrato)**

**4.7.1.** Este grupo de pretensiones el del siguiente tenor:

***“7.- Pretensiones relacionadas con la liquidación del Contrato***

*Declarativas*

**7.1.-** *Que se liquide parcialmente el Contrato de Prestación de Servicios Medico- Asistenciales No. 12076-011-2012 del 2 de agosto 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.*

**7.1.1.-** *En subsidio de lo anterior, liquidar el Contrato de Prestación de Servicios Medico-Asistenciales No. 12076-011-2012 del 2 de agosto 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*

**7.2.-** *Que se condene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 a pagar los saldos resultantes de la liquidación, que son los mismos a que se refieren las pretensiones de ésta demanda”.*

**4.7.2.** Como es bien sabido, la liquidación del contrato supone la realización de un balance final de cuentas entre las partes como consecuencia del desarrollo y terminación del vínculo comercial, labor que supone efectuar un corte final de cuentas con el propósito de determinar cuáles prestaciones fueron ejecutadas y

establecer quién le debe a quién y a cuánto asciende ese resultado, liquidación que puede ser realizada en forma bilateral por las partes obrando de común acuerdo, de manera unilateral por la administración o por el juez del contrato que, en este caso, es la justicia arbitral en virtud de la habilitación expresa vertida en el pacto arbitral (arts. 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007).

**4.7.3.** La liquidación –judicial en este caso– supone la determinación por parte del juez de las prestaciones que se ejecutaron en desarrollo de la relación contractual, el valor de ellas y los montos pagados o pendientes de pago, lo cual debe traer como resultado el establecimiento de los saldos pendientes de pago, si es que ellos existen, para que de esta forma haya claridad acerca del estado o balance final y sepan las partes la existencia de saldos en su contra o a su favor, si es del caso, a lo que debe agregarse que, conforme a lo reconocido por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo<sup>84</sup>, es posible que la liquidación judicial arroje un resultado numérico adverso a quien la pidió en su demanda:

*“La liquidación de los contratos estatales tiene por finalidad realizar el balance final de las cuentas derivadas de la relación comercial, con el objeto de definir quién le debe a quién y cuánto debe. Teniendo en cuenta que el ejercicio de liquidación conlleva un cruce de cuentas de lo ejecutado en el marco del contrato, es posible que el resultado sea adverso a la misma parte que solicitó su realización”.*

**4.7.4.** En el presente asunto, la pretensión de liquidación apunta a que el Tribunal, según lo señalado por el Convocante, realice el “*balance financiero que resulte probado en el proceso*”, que se declare que dicha liquidación es parcial, pues “*quedan por fuera de dicha liquidación las materias que por su naturaleza no pueden ser incluidas por el FOMAG en su demanda*” y que, como consecuencia de ello, se condene al extremo Convocado “*a pagar los saldos resultantes de la liquidación, que son los mismos a que se refieren las pretensiones de ésta demanda*”.

**4.7.5.** Mediante Auto No. 33 de fecha 3 de noviembre de 2022, el Tribunal de oficio decretó como prueba la realización de un informe a cargo del extremo Convocante, al tenor de lo establecido en el artículo 275 del Código General del Proceso, con el propósito de establecer, entre otros asuntos, los siguientes aspectos que son relevantes de cara a la liquidación judicial que habrá de realizarse en este Laudo Arbitral:

---

<sup>84</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2021, rad. 68001-23-31-000-1999-02305-01(48508).

*“3.1.- El valor total del contrato objeto de este proceso, esto es, del Contrato para Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 12076-011.-2012 celebrado el 2 de agosto de 2012, discriminando el valor inicial junto con sus adiciones y modificaciones.*

*3.2.- El valor total que fue ejecutado y el valor total que se le pagó al contratista.*

*3.3.- Si, conforme a lo pactado, existen actividades o servicios que fueron ejecutados por el Contratista y que aún no han sido pagadas. En caso afirmativo, deberá indicarse la actividad o servicio ejecutado, el monto adeudado y no pagado y la fecha desde la que se adeuda.*

*3.4.- Si, conforme a lo pactado, existen actividades o servicios que no fueron prestados o ejecutados por el contratista e indicar o informar su valor.”*

**4.7.6.** A través de comunicación de fecha 22 de noviembre de 2022, la Convocante rindió el informe solicitado por el Tribunal, el cual, como corresponde, fue sometido a contradicción sin que las partes hayan cuestionado su contenido o refutado sus alcances. En dicho informe se lee:

*“3.1.- El valor total del contrato objeto de este proceso, esto es, del Contrato para Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011.-2012 celebrado el 2 de agosto de 2012, discriminando el valor inicial junto con sus adiciones y modificaciones.”*

**Respuesta:** El valor total del Contrato de Prestación de Servicios de Salud No. 12076-011-2012 fue de **NOVECIENTOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS SETENTA MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$922.970.908.880)**, cuyo valor incluye la suscripción de seis (6) otrosíes con prórroga y adición.

*“3.2.- El valor total que fue ejecutado y el valor total que se le pagó al contratista.”*

**Valor ejecutado:** El valor ejecutado corresponde a la suma de **UN BILLON DOSCIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$1.213.998.243.077).**

(...)

**Pagos efectuados:** El valor total pagado a la Unión Temporal Magisalud 2 Región 1 durante la ejecución del contrato fue de **UN BILLÓN CIENTO VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS VEINTE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE, (\$1.121.820.664.423)** valor que incluye pagos por concepto de Cápita y Ajustes, Salud Ocupacional, Promoción y Prevención, Junta Regional De Calificación, Tutelas y Alto Costo.

“3.3.- Si, conforme a lo pactado, existen actividades o servicios que fueron ejecutados por el Contratista y que aún no han sido pagadas. En caso afirmativo, deberá indicarse la actividad o servicio ejecutado, el monto adeudado y no pagado y la fecha desde la que se adeuda.”

**Respuesta:** A la fecha se encuentra sometida a condición suspensiva en los términos de la Cláusula Décima del Contrato la última cápita, valores de reembolsos descontados al operador en las capitas de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2017 y recobro de facturación de Alto Costo.

**CAPITA:** A la Unión Temporal le fue retenido el valor de la última cápita que corresponde a ocho (8) días del mes de octubre de 2017 y a veintidós (22) días del mes de noviembre de 2017, más el valor por reembolsos retenido en las capitas de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2017, lo que corresponde a un valor total de **\$19.066.184.225**.

Es preciso señalar que existe una suma retenida por valor de **\$335.946.390** correspondiente al descuento aplicable en las capitas por concepto del 2.5% de alto costo la cual pertenece al FOMAG, en los términos previstos en la Cláusula Octava del Contrato.

(...)

**ALTO COSTO:** Por este concepto se encuentran sometidas a condición suspensiva de pago un total de 385 facturas radicadas por la Unión Temporal y auditadas por la firma DYG Consultores cuyos resultados no fueron aceptados por el operador. El valor de recobro de estas 385 facturas corresponde a **\$55.797.075.254 (...)**.

Adicional se sometió a condición suspensiva el pago de un saldo por concepto de Alto Costo a cuentas auditadas en su momento por las firmas auditoras AuditStaff y Consorcio EAC 2015 por los siguientes valores así:

<b>AuditStaff</b>	\$ 6.789.694.926
<b>Consorcio EAC 2015</b>	\$ 6.330.696.739
<b>TOTAL</b>	\$ 13.120.391.665

(...)

“3.4.- Si, conforme a lo pactado, existen actividades o servicios que no fueron prestados o ejecutados por el contratista e indicar o informar su valor.”

**Respuesta:** Durante la ejecución del contrato hubo omisiones en la prestación del servicio de salud, que ocasionaron que los usuarios iniciaran procesos ante la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que emitió Fallos ordenando el pago de recursos por servicios pagados directamente por los usuarios, como es el caso de los siguientes usuarios (...)

A su vez el caso del paciente **DANIEL ALFARO MONTILLA PAZ** identificado con cedula de ciudadanía número 1.061.774.151, quien en su momento era afiliado vigente de la Unión Temporal Magisalud 2 y que requirió traslado para atención de su patología en la Fundación Valle de Lili, conforme a la Cláusula Segunda del Contrato, es obligación del contratista “garantizar la Prestación de los Servicios de Salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, zonificados en la Región [...], de acuerdo con las condiciones jurídicas, financieras y técnicas definidas en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el CONTRATISTA [...]”. De igual manera, la Cláusula Tercera establece que la garantía de la prestación del servicio de salud se realizará en la red ofrecida o en aquella necesaria para cumplir el objeto del Contrato. A su turno, conforme al Pliego de Condiciones del proceso de Selección Abreviada que condujo a la firma del Contrato (numeral 1.2), “La prestación de los servicios de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios del FNPSM en todos los niveles de atención, lo cual incluye además transporte dentro y fuera de la región; actividades de Promoción y Prevención y Salud

*Ocupacional, bajo la modalidad de capitación e implicará la obligación de garantizar, directa e indirectamente, la prestación integral del Plan de Atención de Salud del Magisterio.” Por lo anterior, debió el FOMAG realizar pagos directamente a la Clínica Valle de Lili, para garantizar integralmente los servicios de salud requeridos por tal paciente, tal y como se relaciona a continuación (...)*

*De lo anterior se descontó un solo pago a la **UT MAGISDALUD 2**, en razón a la atención del usuario por parte de Fundación Valle de Lili por valor de **\$419.225.380**, descontado en cápita con voucher 6167 a la UT MAGISALUD 2. Adicionalmente fueron pagados a la Fundación Valle de Lili un monto de **\$281.870.010**, que deben ser reconocidos a favor del FOMAG. En consecuencia, la Unión Temporal Magisalud 2 deberá atender eventuales reclamaciones que deriven por parte del tercero citado producto de los saldos reclamados por valor de **\$35.531.872** correspondientes a la atención brindada al paciente por tratarse de afiliado a cargo de la misma”*

**4.7.7.** Como se desprende del contenido del informe rendido por el extremo Convocante, no objetado, cuestionado ni controvertido por la Parte Convocada, a la fecha de elaboración de dicho medio de prueba, el FOMAG había retenido la suma de **(i) DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS DOS MILLONES CIENTO TREINTA MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (\$19.402.130.615,00)**, por concepto de la última cápita, que corresponde a ocho (8) días del mes de octubre de 2017 y a veintidós (22) días del mes de noviembre de 2017, ello en virtud de lo establecido en la Cláusula 10<sup>o</sup> del Contrato objeto de este proceso, la cual señala que el valor del último pago o mensualidad “*está condicionado a que el contratista cumpla a cabalidad las obligaciones establecidas en el presente contrato y los términos de referencia*”; **(ii) CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$55.797.075.254,00)**, por concepto de 385 facturas de alto costo auditadas, cuyo pago está sometido, según se dice en el informe, “*a condición suspensiva*”; y, **(iii) TRECE MIL CIENTO VEINTE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$13.120.391.665,00)**, por concepto de “*alto costo a cuentas auditadas en su momento por las firmas auditoras AuditStaff y Consorcio EAC 2015*”, cuyo pago igualmente está sometido a condición suspensiva.

**4.7.8.** Ahora bien, como ya se dijo, al proceso se aportó como prueba el laudo arbitral de fecha 10 de noviembre de 2022 proferido en otro proceso arbitral adelantado entre las mismas partes con el fin de resolver controversias surgidas del Contrato para la Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 12076-

011.-2012 celebrado el 2 de agosto de 2012, esto es, del mismo negocio jurídico objeto de este proceso arbitral. También se allegó prueba del pago de las condenas impuestas en dicho laudo arbitral por un valor de \$54.495.707.413,15, pago que, además, fue aceptado por las dos Partes en sus escritos de alegaciones finales. Por ello, el pago del laudo arbitral del 10 de noviembre de 2022, al ser un hecho cierto, aceptado y no discutido por las partes en este proceso, será materia de la liquidación judicial.

**4.7.8.** El Tribunal, en adición a lo anterior, tiene en cuenta para efectos de la liquidación que, luego de producido el pago de las sumas materia de condena por parte de la Convocada, existe consenso entre las partes que la única suma que permanece retenida por parte del FOMAG es la que corresponde a la última cápita. En este sentido, coinciden las partes que, como consecuencia del reconocimiento a favor de la UT MAGISALUD 2 de la facturación de alto costo en el laudo arbitral del 10 de noviembre de 2022 y el pago de dicha condena a su favor, solamente continúa retenido el valor de la última cápita que, según la prueba por informe rendida por la Convocante y no controvertida ni cuestionada por la Convocada, asciende a la suma de \$19.402.130.615,00.

**4.7.9.** En este punto es necesario señalar que la Parte Convocada en sus alegatos finales, haciendo referencia al dictamen pericial elaborado por la firma Key Metrics en el proceso arbitral con radicación 122343, señaló que la suma retenida por concepto de la última cápita asciende a DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS UN PESOS (\$19.223.299.501,00), “cifra que resulta del saldo de la factura No. 4798, por valor de \$5.060.346.323 y el valor total de la factura No. 5093 que asciende a \$14.162.953.178.” Como se observa, esta suma a la que la Convocada hace referencia en sus alegaciones y que es tomada del referido dictamen pericial, trasladado a este proceso arbitral, difiere de la señalada en la prueba por informe rendida por la Convocante, pues allí se indicó que la retención fue de DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS DOS MILLONES CIENTO TREINTA MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (\$19.402.130.615,00).

**4.7.10.** El Tribunal, sobre este aspecto, tomará para efectos de la liquidación el valor de la cápita retenida que aparece indicado en la prueba por informe rendida por el FOMAG y no el señalado en el dictamen elaborado por Key Metrics, prueba trasladada a este proceso, por cuanto, en primer lugar, es la propia entidad que realizó la retención la que está certificando su valor, circunstancia que le ofrece toda la credibilidad a este Tribunal; en segundo lugar, la prueba por informe no fue controvertida por las partes en el término de traslado contemplado en el artículo 277 del Código General del Proceso; y, en tercer lugar, la prueba por informe fue posterior a la elaboración del dictamen pericial, lo cual permite concluir que ofrece mayor exactitud en este punto. En consecuencia, en la liquidación se tendrá en cuenta que por concepto de la

última cápita el FOMAG retuvo la suma de DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS DOS MILLONES CIENTO TREINTA MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (\$19.402.130.615,00), la cual, con apego a lo previsto en la Cláusula 10<sup>o</sup> del Contrato, solamente se pagará cuando “(...) *el contratista cumpla a cabalidad las obligaciones establecidas en el presente contrato y los términos de referencia*”, motivo por el cual en la parte resolutive de este laudo no se ordenará su pago inmediato, sino que se dispondrá que este ocurrirá cuando acaezca la condición contractualmente pactada.

**4.7.11.** De otra parte, en atención a lo pretendido por la Convocante, la liquidación judicial del Contrato No. 12076-011.-2012 será parcial en la medida en que, como se indicó tanto en la demanda como en los alegatos finales, el FOMAG ha sido insistente en que se reserva el derecho de reclamar por **(i)** represamientos; **(ii)** contingencias derivadas de procesos judiciales o trámites extrajudiciales en los que llegue a ser vinculado; **(iii)** reembolsos, atenciones en salud o por cualquier otro emolumento que tenga que realizar por multiafiliados; y, **(iv)** reembolsos a favor de afiliados o terceros. En consecuencia, el Tribunal procederá a liquidar el Contrato y precisará que dicha liquidación es parcial, dado que el FOMAG ha expresado su voluntad de reclamar posteriormente, si es del caso, por los anteriores conceptos, aspectos sobre el cual el Tribunal no puede hacer pronunciamiento alguno en la medida en que se trata de reclamaciones futuras y eventuales, por lo que la liquidación judicial que se realizará en este laudo excluye o no comprende los mencionados asuntos.

**4.7.12.** En la liquidación judicial no se incluirá suma alguna a favor del FOMAG dado que, como se desprende del contenido de este laudo, no hay lugar a imponer condena dineraria en contra de la UT MAGISALUD 2 en razón de la no prosperidad de las pretensiones formuladas con tal propósito. Esta conclusión guarda coincidencia con lo solicitado en la pretensión 7.2., en donde se dijo que los saldos resultantes de la liquidación a cargo de la UT MAGISALUD 2 “*son los mismos a que se refieren las pretensiones de esta demanda*”, por lo que, al no prosperar pretensión condenatoria alguna la Convocada no está obligada a pagar suma alguna en virtud de la liquidación. En consecuencia, se denegará la referida súplica identificada con el número 7.2.

**4.7.13.** Por todo lo expuesto, la liquidación judicial parcial del Contrato para Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 12076-011-2012 celebrado el 2 de agosto de 2012, se resume de la siguiente manera:

Concepto	Valor
Valor del Contrato	\$922.970.908.880,00
Valor Ejecutado	\$1.213.998.243.077,00
Valor Pagado al Contratista antes de la expedición del Laudo Arbitral proferido el 11 de	\$1.121.820.664.423,00

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA  
S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2  
(EXPEDIENTE 123610)**

noviembre de 2022	
Suma Retenida al Contratista	\$19.402.130.615,00
Suma Pagada por el FOMAG al Contratista por concepto del Laudo Arbitral proferido el 11 de noviembre de 2022	\$54.495.707.413,15
Saldo Pendiente por concepto del Laudo Arbitral proferido el 11 de noviembre de 2022	\$0
Valores a favor del FOMAG	\$0
<b>Conclusión:</b> Suma a favor de la UT MAGISALUD 2, sometida a la condición contractual de la Cláusula Décima.	\$19.402.130.615,00(*)
(*) No se incluye en la liquidación los conceptos a los que se refiere el numeral 4.7.11. de la parte motivo de este laudo.	

**4.7.1.4.** En los anteriores términos queda liquidado judicialmente de manera parcial el Contrato materia del litigio, esto es, con un resultado a favor de la UT MAGISALUD 2 por la suma de DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS DOS MILLONES CIENTO TREINTA MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (\$19.402.130.615,00), por concepto de la última cápita retenida, sin que haya lugar a ordenar su pago inmediato habida cuenta que este se encuentra sometido a un condición negocial.

## **5. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES**

**5.1.** De acuerdo con las consideraciones plasmadas en este capítulo, a modo de síntesis debe señalarse que **(i)** se negarán todas las súplicas tanto del primer como del segundo grupo de pretensiones por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada, por lo que sobre ellas se declarará probado dicho medio exceptivo; **(ii)** se negarán las pretensiones del tercer y cuarto grupo, pues no se encontraron estructurados los elementos de la responsabilidad contractual objeto de tales pedimentos; **(iii)** se accederá a las pretensiones 5.1. y 5.2., pero se denegará la pretensión 5.3. por cuanto fueron probadas las excepciones denominadas “*Improcedencia de la Imposición de Multas por Parte de Fiduprevisora*” e “*Inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por falta de entrega total de Historias Clínicas de Tumaco*”; **(iv)** se accederá a la pretensión 6.1., pero se negará la identificada con el número 6.2. por no estar acreditados los presupuestos para su prosperidad y la 6.3. por prosperar las excepciones igualmente predicables respecto de la pretensión 5.3., a las que ya se hizo referencia; y, **(v)** se accederá a la pretensión 7.1. del séptimo grupo relacionadas con la liquidación del contrato, y se denegará la

pretensión 7.2., con las precisiones realizadas sobre ellas en el respetivo acápite.

**5.2.** Sobre los demás medios exceptivos propuestos por la UT MAGISALUD 2, el Tribunal dará aplicación a lo previsto en el inciso segundo del artículo 280 del Código General del Proceso, norma según la cual en la sentencia hay que hacer un pronunciamiento expreso sobre todas las excepciones, cuando haya lugar a hacerlo, esto es, hay casos, como el presente, en donde las pretensiones no encuentran prosperidad en razón de que sus elementos configurativos no se dieron en el presente asunto. Como puede observarse en el contenido de la parte motiva de este laudo, pretensiones tales como las incorporadas en el tercer grupo serán denegadas por cuanto no se pudo probar la responsabilidad contractual atribuida al extremo Convocado, circunstancia que es suficiente para que tales súplicas no alcancen prosperidad, sin necesidad de entrar a analizar las excepciones de fondo que en contra de aquellas fueron propuestas como bien lo permite el precepto procesal en comento.

**5.3.** Así las cosas, prosperarán las pretensiones 5.1., 5.2. y 6.1. de la demanda, las cuales, es útil recordar, son del siguiente tenor:

*“5.1.- Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012 así como la Circular con radicado 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 y las Resoluciones No. 1995 de 1999 y 839 de 2017, ambas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, por la falta de entrega total de las historias clínicas de Tumaco.*

*5.2.- Que se ordene a la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 entregar la totalidad de las historias clínicas a la Unión Temporal Salud Sur 2 (nuevo contratista), en cumplimiento de lo previsto en el Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012, la Circular con radicado 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 y las Resoluciones No. 1995 de 1999 y 839 de 2017, ambas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, entrega que deberá realizarse dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria del Laudo y a satisfacción del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.”*

*(...)*

*6.1.- Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 incumplió el Contrato de Prestación de Servicios Médico-*

*Asistenciales No. 12076-011-2012, al omitir su obligación de entregar el paz y salvo con la red contratada.”*

**5.4.** Igualmente, como se indicó, se accederá a la pretensión 7.1., atinente a la liquidación judicial parcial del Contrato para la Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 12076-011-2012 y aunque el balance arroja un valor positivo o a favor de la Convocada, no se impondrá condena ni se dará orden de realizar pago inmediato alguno por las razones expuestas en dicho acápite.

## **6. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

**6.1.** Las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por el FOMAG en contra de las aseguradoras COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A., son del siguiente tenor:

***“PRIMERA.-** Condenar a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y a LIBERTY SEGUROS S.A., en proporción al porcentaje de coaseguro, al pago de las condenas que se impusieren a la UNIÓN TEMPORAL MAGISTERIO 2, conforme a lo pactado en el contrato de seguro instrumentado en la póliza única de cumplimiento No. NB100022916, dentro de los límites asegurados.*

***SEGUNDA.-** Condenar a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y a LIBERTY SEGUROS 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”.*

**6.2.** Está demostrado que la UT MAGISALUD 2 mediante contrato de seguro recogido en la Póliza Única de Cumplimiento de Seguros No. NB100022916, otorgada por la Llamada en Garantía COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, en coaseguro con LIBERTY SEGUROS, garantizó el cumplimiento de las obligaciones incorporadas en el Contrato para la Prestación de Servicios Médico - Asistenciales No. 12076-011-2012, así:

No. Póliza de Cumplimiento	Aseguradora	Amparo	Vigencia	Valor Asegurado
NB-100022916 Certificado No. 10	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., en coaseguro con LIBERTY SEGUROS S.A.	CUMPLIMIENTO	30/10/2017 hasta 22/04/2018	\$92.297.090.888
		DEVOLUCION DEL PAGO ANTICIPADO	30/10/2017 hasta 22/04/2018	\$12.687.500.000
		CALIDAD DEL SERVICIO	30/10/2017 hasta 22/04/2018	\$9.229.709.088
		SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	30/10/2017 hasta 22/11/2020	\$46.148.545.444

6.3. Las Llamadas en Garantía, como consta en el contrato de seguro, aseguraron conjunta y proporcionalmente (coaseguro) en un porcentaje del 73% correspondiente a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS y 27% a LIBERTY SEGUROS S.A.

6.4. El objeto del seguro de cumplimiento materia del llamamiento en garantía, como se desprende de lo consignado en el texto de la póliza, es del siguiente tenor:

**“GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO No. 120-76-011-2012 CUYO OBJETO ES CONTRATAR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD PARA LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y SUS BENEFICIARIOS EN LA REGIÓN 1 COMPRENDIDA POR LOS DEPARTAMENTOS HUILA, CAQUETÁ, PUTUMAYO, VALLE DEL CAUCA Y NARIÑO.”**  
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

6.5. No son necesarias mayores consideraciones para concluir que la obligación resarcitoria en cabeza de las aseguradoras Llamadas en Garantía está únicamente referida al *“pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas”* en el contrato objeto del presente proceso, circunstancia que implica que solamente si se declara el aludido incumplimiento por parte de la UT MAGISALUD 2 de las obligaciones a su cargo y, además, se le condena al pago de los perjuicios derivados de dicho incumplimiento, surge la obligación resarcitoria de las aseguradoras. La obligación condicional en cabeza de las aseguradoras consiste, entonces, en responder por los perjuicios que se generen al FOMAG como consecuencia de la inobservancia de las obligaciones contractuales a cargo de la UT MAGISALUD 2, de tal suerte que, si no se impone condena al pago de perjuicios generados del incumplimiento, no habrá lugar a imponer, entonces, condena en contra de las Llamadas en Garantía.

6.6. Por lo anterior, al no prosperar las pretensiones encaminadas a obtener el pago de perjuicios a favor del FOMAG y en contra de la UT MAGISALUD 2, las Llamadas en Garantía, entonces, no están obligadas a cubrir indemnización alguna con apoyo en la Póliza Única de Cumplimiento de Seguros No. NB100022916. En suma, al no prosperar las pretensiones de la demanda arbitral tendientes al pago de indemnización por concepto de perjuicios, no hay lugar, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 66 del Código General del Proceso, a que el Tribunal haga un pronunciamiento de fondo en punto del llamamiento en garantía formulado en contra de COMPAÑÍA MUNDIAL DE

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 (EXPEDIENTE 123610)**

SEGUROS y LIBERTY SEGUROS, motivo por el cual ellas serán exoneradas de las súplicas formuladas en su contra.

## 7. JURAMENTO ESTIMATORIO

7.1. La Parte Convocante incorporó en su demanda arbitral el siguiente juramento estimatorio:

*“Conforme a lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso y conforme a los cálculos realizados por la Coordinación Administrativa y Financiera del FOMAG, seestima bajo la gravedad de juramento que la suma cuyo reconocimiento se pretende por el FOMAG corresponde a los siguientes valores:*

Concepto	Capital	Fecha inicio cálculo intereses	Intereses moratorios al 31-julio-2020
Glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada	\$ 4.251.686.359	23/09/2014	\$ 7.434.970.530
Devolución de los valores pagados en exceso por el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017	\$ 16.131.846.067	Mensual, desde septiembre de 2014	\$ 18.397.837.604
Fallos judiciales a favor de usuarios afiliados a la Unión Temporal, emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud	\$ 28.951.948	6/07/2017	\$ 25.924.003
	\$ 8.927.600	14/03/2019	\$ 3.374.281
	\$ 235.362	15/03/2019	\$ 88.770
Atención paciente Daniel Alfaro Montilla Paz	\$ 281.870.010	16/05/2018	\$ 175.576.829
Multa por la falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco	\$ 175.572.894	No aplica	
Multa por la falta de entrega de paz y salvo con la red contratada	\$ 175.572.894	No aplica	
<b>Totales</b>	\$ 21.054.663.135		\$ 26.037.772.016
<b>Total juramento estimatorio</b>			<b>\$47.092.435.151</b>

7.2. Por su parte, la Parte Convocada objetó el juramento estimatorio de la demanda, manifestando en la contestación a la demanda arbitral, lo siguiente:

*“De conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, se objeta el monto estimado bajo juramento por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, representado por FIDUCIARIA LA PREVISORA, que asciende a la suma de \$47.092.435.151.*

(...)

*Ahora bien, la UPCM incluye, otras variables diferentes a la UPC, que tienen la finalidad de cubrir ciertas particularidades, como lo son la mayor frecuencia de uso, la inclusión de*

*medicamentos no POS, patologías de Alto Costo y el no recobro de cuotas moderadoras.*

*La UPC, además del incremento por la continuidad de la prestación de los servicios de salud, incluye unos “adicionales”, a saber “... el incremento derivado de nuevos servicios...” y “... el incremento de la UPC que corresponda a actualizaciones del plan obligatorio de salud...”. Y las normas antes citadas excluyen estos “adicionales” para el reajuste de la fórmula en los contratos que reenvíen a los incrementos de la UPC.*

*En pocas palabras, el régimen legal aplicable a la actualización de la UPC excluye los “servicios adicionales” y en ese mismo sentido se encuentra orientado el parágrafo primero de la Cláusula Octava del Contrato.*

*Por lo anterior, no es admisible que se presente un monto del juramento estimatorio denominado “Devolución de los valores pagados en exceso por el indebido ajuste de la cápita en los años 2014 y 2015, con efectos acumulativos en los años 2015, 2016 y 2017” dado que dichas actualizaciones se realizaron conforme a las normativas aplicables.*

*Adicionalmente, el DEMANDANTE no ha acreditado que la totalidad de los fallos que componen su juramento estimatorio se encuentran efectivamente pagados, ni comprendió la totalidad de los mismos que supuestamente se le adeudan porque acepta entre los mismos hechos que hay fallos que se encuentran en trámite de pago al momento de la presentación de la demanda.*

*Por último, al ser claro que el mecanismo de las multas no es procedente para el momento en que nos encontramos, dado que el Contrato en cuestión finalizó su vigencia en noviembre de 2017, conllevando a que no exista sustento alguno del origen de las cifras “multa por falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco” y “multa por falta de entrega de paz y salvo con la red contratada”.*

**7.3.** Conforme a lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, las sanciones por juramento estimatorio ocurren en dos hipótesis: La primera, cuando la estimación de la indemnización reclamada bajo juramento sea irrazonable y, por ende, exceda el 50% de la cantidad que resulte probada, evento en el cual se impondrá condena económica a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, por el

10% de la diferencia entre lo estimado y lo probado; la segunda hipótesis de sanción ocurre cuando “*se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas*”.

**7.4.** Como se observa, en el primer caso la sanción opera por la ocurrencia de un desfase entre lo estimado y lo probado, mientras que en el segundo caso se presenta cuando las súplicas se niegan por ausencia de prueba de la existencia de los perjuicios cuya reparación se reclama, a lo cual hay que agregar que para que se impongan las referidas sanciones es necesario que exista prueba de que la parte demandante obró con temeridad, mala fe, descuido, ligereza y falta de previsión, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 2013.

**7.5.** Las consideraciones precedentes le sirven de apoyo al Tribunal para determinar que en el presente caso no hay lugar a imponer sanción alguna por concepto del juramento estimatorio incorporado en la demanda, por cuanto, en primer lugar, en el presente caso no se impuso condena alguna en contra del Convocado debido a que por razones jurídicas el Tribunal encontró que las pretensiones de condena no estaban llamadas a prosperar y no por ausencia de prueba de los perjuicios reclamados. Como se observa en esta parte motiva, algunas de las pretensiones no prosperaron por cuanto operó el fenómeno de la cosa juzgada y otras no alcanzaron éxito por no encontrarse probado incumplimiento alguno en cabeza de la Convocada, pero en ningún caso ellas fueron denegadas por ausencia de demostración del perjuicio reclamado, lo cual hace inaplicables las sanciones en comento.

**7.6.** En segundo lugar, no encuentra el Tribunal mala fe, temeridad, descuido ni negligencia en la conducta procesal desplegada por la Parte Convocante al formular el juramento estimatorio respecto de los rubros reclamados en la demanda arbitral, razón más que suficiente para no aplicar la referida sanción.

## **8. COSTAS**

**8.1.** Conforme a la legislación procesal vigente (art. 365 núm. 1º del CGP) aplicable al proceso arbitral, la parte que es derrotada en un juicio debe ser condenada en costas, condena que puede ser total o parcial dependiendo de que las súplicas, a su vez, prosperen total o parcialmente, dado que la ley permite que el juzgador imponga condena parcial o se abstenga de imponer condena en costas en aquellos casos de prosperidad parcial de las pretensiones, decisión que debe estar motivada en forma adecuada (núm. 5º).

**8.2.** De acuerdo con lo establecido en el artículo 361 del estatuto procesal, las costas están integradas o compuestas por dos conceptos: En primer lugar, por las expensas, esto es, por los gastos en los que se ha incurrido con ocasión de

la tramitación del proceso; y, en segundo lugar, por las agencias en derecho, esto es, por la remuneración que se le reconoce a la parte vencedora por concepto de los gastos de defensa en los que tuvo que incurrir con ocasión del juicio.

**8.3.** En el presente caso las pretensiones de la demanda no alcanzaron prosperidad en su gran mayoría, toda vez que solamente cuatro de ellas fueron acogidas (5.1., 5.2., 6.1. y 7.1.) y ninguna implica la imposición de condena en contra de la Parte Convocada, motivo por el cual, en esencia, la parte vencedora de este proceso es el extremo Convocado.

**8.4.** Por lo anterior, en aplicación de las disposiciones procesales en comento, el Tribunal considera que la Parte Convocante debe ser condenada en costas a favor de la Parte Convocada, en razón de la falta de prosperidad de la mayoría de las pretensiones, en una proporción del 70%.

**8.5.** Ahora bien, de acuerdo con tales disposiciones las costas deben estar debidamente comprobadas en el expediente, específicamente en lo que atañe al rubro de expensas, esto es, los gastos en los que haya incurrido la parte con ocasión de la tramitación del proceso; sin embargo, revisado el expediente no se encuentra prueba de los gastos en los que haya incurrido la Parte Convocada con ocasión del desarrollo del presente proceso arbitral, toda vez que fue la Parte Convocante la que asumió el valor correspondiente a la totalidad de las sumas fijadas por concepto de gastos y honorarios, a lo cual debe agregarse que no existe prueba en el expediente de que se haya producido la restitución o reembolso de dichas cantidades de dinero a favor de la Convocante.

**8.6.** En consecuencia, en la liquidación de costas no se incluirá ningún rubro o suma por concepto de expensas o gastos en los que hubiese podido incurrir la Parte Convocada, pues, se insiste, no hay en el proceso prueba de que la Convocada haya incurrido en el pago de suma alguna de dinero generada por la tramitación del proceso.

**8.7.** En lo que toca con las agencias en derecho, esto es, el reconocimiento por los gastos de representación judicial en los que hubiese podido incurrir la parte vencedora en el proceso, se procederá a fijar la suma de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000,00)**, la cual se encuentra acorde con la duración del proceso, la complejidad del asunto, el número de audiencias celebradas y las actuaciones procesales surtidas, además de que dicho valor se encuentra enmarcado en los límites establecidos en el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura el cual considera este Tribunal aplicable por analogía a los procesos arbitrales. En consecuencia, la condena al pago de las agencias en derecho se realizará en una proporción del 70% (recuérdese que la condena en costas en este caso es parcial), por lo que la suma por la que se impondrá es de **DOSCIENTOS DIEZ**

**MILLONES DE PESOS (\$210.000.000,00).** Así las cosas, la condena en costas a cargo de la Convocante y a favor de la Convocada se resume así:

Concepto	Valor
Expensas	\$0
Agencias en derecho	\$210.000.000,00
<b>Total condena en costas</b>	<b>\$210.000.000,00</b>

**8.8.** Ahora bien, como quiera que las pretensiones formuladas en contra de las Llamadas en Garantía no prosperan se hace imperioso imponer condena en costas a su favor y a cargo de la Convocante, quien formuló el llamamiento. Hay que recordar, sobre este particular, que el llamamiento en garantía fue formulado por la Parte Convocante en contra de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A., por lo que si dichas pretensiones no prosperan es necesario condenar en costas a la primera.

**8.9.** En este sentido, está probado que las Llamadas en Garantía realizaron los siguientes pagos, esto es, que asumieron las siguientes expensas o costos como consecuencia de la tramitación del proceso: *(i)* LIBERTY SEGUROS S.A. pagó la suma de **DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS (\$262.394.410,00)**, por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, suma que, como consta en el expediente, se encuentra depositada a órdenes del Tribunal, por lo que será restituida una vez se realice la rendición final de cuentas. Debe ponerse de presente que la Convocante (que a su vez es llamante en garantía) pagó el 50% de los honorarios a cargo de las llamadas, motivo por el cual el pago al que se está haciendo referencia, realizado en forma extemporánea, permanece depositado a órdenes del Tribunal.; y, *(ii)* la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. pagó la suma de **DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$291.047.820,00)**, por concepto de honorarios y gastos, los cuales se incluirán el rubro correspondiente a expensas en la liquidación de las costas.

**8.10.** En efecto, consta en el expediente que dentro del término legalmente previsto para realizar el pago de las sumas correspondientes a honorarios y gastos a cargo de las Llamadas en Garantía, solamente la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. pagó las sumas a su cargo por valor de **DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$291.047.820,00)**. Dentro de los cinco (5) días siguientes, la Parte Convocante realizó el pago correspondiente al saldo faltante, en su condición de llamante en garantía. De manera extemporánea LIBERTY SEGUROS S.A. pagó la suma de **DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS (\$262.394.410,00)**, la cual se encuentra depositada a ordenes del Tribunal, por lo que, como se indicó, se ordenará su devolución.

**8.11.** En cuanto a las agencias en derecho, se fijará la suma de **VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000,00)** a favor de cada una de las Llamadas en Garantía, suma que es acorde con la duración del presente proceso, la complejidad del asunto litigioso, el número de audiencias celebradas y las actuaciones procesales surtidas, además de que dicho valor se encuentra enmarcado en los límites establecidos en el Acuerdo No. PSAA16- 10554 agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura el cual considera este Tribunal aplicable por analogía a los procesos arbitrales.

**8.12.** En consecuencia, a cargo del FOMAG y a favor de LIBERTY SEGUROS S.A. se impondrá condena en costas por la suma de **VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000,00)** y a favor de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. la suma de **TRESCIENTOS DIECISÉIS MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$316.047.820,00)**, que corresponde al valor de la suma pagada por honorarios y gastos, así como al valor de las agencias en derecho.

## **9. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES**

**9.1.** El artículo 280 del Código General del Proceso, dispone que en la parte final del primer inciso 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, lealtad y respeto que eran de esperarse de unas y de otros, defendieron sus posiciones a través de los mecanismos legales y que tuvieron a su disposición durante el trámite.

**9.2.-** Cada una de ellas participó activamente en la práctica y contradicción de la prueba, interviniendo oportunamente en el proceso. En consecuencia, no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

## **CAPÍTULO TERCERO** **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias entre **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.)**, como Parte Convocante en contra de la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2**, como Parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Constitución Política y la Ley, en ejercicio de la habilitación otorgada por las Partes para tal efecto y con el voto unánime de todos sus miembros

## **RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR** probada la excepción de mérito de cosa juzgada en relación con el Primer y Segundo Grupo de Pretensiones de la demanda arbitral identificadas con los numerales 1.1., 1.1.1., 1.1.2., 1.1.3., 1.2., 1.3., 1.3.1., 1.3.2., 1.3.3., 2.1., 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., 2.2., 2.3., 2.3.1., 2.3.2., y 2.3.3.

**SEGUNDO.-** En consecuencia, **DENEGAR** las pretensiones a las que se refiere el numeral anterior.

**TERCERO.- NEGAR** el Tercer Grupo de Pretensiones de la demanda arbitral, esto es, las identificadas con los numerales 3.1., 3.1.1., 3.2., 3.3., 3.3.1., 3.3.2. y 3.3.3. de conformidad con las precisas consideraciones incorporadas en la parte motiva.

**CUARTO.- NEGAR** el Cuarto Grupo de Pretensiones de la demanda arbitral, esto es, las identificadas con los numerales 4.1., 4.2., 4.3., 4.4., 4.4.1., 4.4.2. y 4.4.3. de conformidad con las precisas consideraciones incorporadas en la parte motiva.

**QUINTO.- DECLARAR** que la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2** incumplió el Contrato de Prestaciones Médico Asistenciales No. 12076-011-1012, así como la Circular 20170181132181 del 19 de septiembre de 2017 y las Resoluciones No. 1995 de 1999 y 839 de 2017 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, por la falta de entrega total de las historias clínicas de Tumaco. En los anteriores términos prospera la pretensión 5.1. de la demanda arbitral.

**SEXTO.-** Como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la Convocada **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2** entregar a la **UNIÓN TEMPORAL SALUD 2** la totalidad de las historias clínicas de Tumaco, dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo Arbitral, en los términos y en la forma prevista en el Contrato de Prestaciones Médico Asistenciales No. 12076-011-1012 y demás disposiciones aplicables. Por lo anterior, prospera la pretensión 5.2. de la demanda arbitral.

**SÉPTIMO.- DECLARAR** probadas las excepciones de mérito denominadas "*Improcedencia de la Imposición de Multas por Parte de Fiduprevisora*" e "*Inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por falta de entrega total de Historias Clínicas de Tumaco*", la primera de ellas propuesta por el extremo Convocado **UNIÓN TEMPORAL SALUD 2** y la segunda formulada por las Llamadas en Garantía **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** y **LIBERTY SEGUROS S.A.**

**OCTAVO.-** Como consecuencia de lo anterior, **NEGAR** la pretensión 5.3. de la demanda arbitral.

**NOVENO.- DECLARAR** que la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2** no ha cumplido con su carga de entregar al **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.)** el paz y salvo con la Red Contratada, siendo esta una condición para el último pago. En consecuencia, prospera la pretensión 6.1. de la demanda arbitral, en conformidad con las precisas consideraciones incorporadas en la parte motiva.

**DÉCIMO.- DENEGAR**, por las precisas razones contenidas en la parte motiva, la pretensión 6.2. de la demanda arbitral.

**UNDÉCIMO.- DECLARAR** probadas las excepciones de mérito denominadas *IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE FIDUPREVISORA* e *“Inexistencia de siniestro por imposibilidad de hacer efectiva la multa por la falta de entrega de paz y salvo y solicitarla con posterioridad al plazo de ejecución del contrato. La multa no tiene naturaleza indemnizatoria sino conminatoria”*, la primera de ellas propuesta por la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2** y la segunda de ellas formulada por **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** y **LIBERTY SEGUROS S.A.**

**DUODÉCIMO.-** Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores excepciones **NEGAR** la pretensión 6.3. de la demanda arbitral.

**DÉCIMO TERCERO.- LIQUIDAR PARCIALMENTE**, conforme a las precisas consideraciones incluidas en la parte motiva, el Contrato de Prestaciones Médico Asistenciales No. 12076-011-1012 del 2 de agosto de 2012, celebrado entre el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.)** y la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2**, así:

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
Valor del Contrato	\$922.970.908.880,00
Valor Ejecutado	\$1.213.998.243.077,00
Valor Pagado al Contratista antes de la expedición del Laudo Arbitral proferido el 11 de noviembre de 2022	\$1.121.820.664.423,00
Suma Retenida al Contratista	\$19.402.130.615,00
Suma Pagada por el FOMAG al Contratista por concepto del Laudo Arbitral proferido el 11 de noviembre de 2022	\$54.495.707.413,15

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2 (EXPEDIENTE 123610)**

Saldo Pendiente por concepto del Laudo Arbitral proferido el 11 de noviembre de 2022	\$0
Valores a favor del FOMAG	\$0
<b>Conclusión:</b> Suma a favor de la UT MAGISALUD 2, sometida a la condición contractual de la Cláusula Décima.	\$19.402.130.615,00(*)
(*) No se incluye en la liquidación los conceptos a los que se refiere el numeral 4.7.11. de la parte motivo de este laudo.	

En consecuencia, prospera la pretensión 7.1. de la demanda arbitral.

**DÉCIMO CUARTO.- DENEGAR**, por las precisas razones contenidas en la parte motiva, la pretensión 7.2.

**DÉCIMO QUINTO.- CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.)** a pagar a favor de la **UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2** la suma de **DOSCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS (\$210.000.000,00)** por concepto de costas (específicamente por el rubro de agencias en derecho).

**DÉCIMO SEXTO.- CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.)** a pagar a favor de la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** la suma de **TRESCIENTOS DIECISÉIS MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$316.047.820,00)**, por concepto de costas del proceso.

**DÉCIMO SÉPTIMO.- CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.)** a pagar a favor de **LIBERTY SEGUROS S.A.** la suma de **VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000,00)**, por concepto de costas del proceso.

**DÉCIMO OCTAVO.-** Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las Partes la cuenta final de gastos y la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

**DÉCIMO NOVENO.-** Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de esta providencia con destino a cada una de las partes, a los árbitros y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**VIGÉSIMO.-** ordenar que por Secretaría se informe sobre la expedición de este Laudo Arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que tome atenta nota en los registros correspondientes.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme esta providencia.

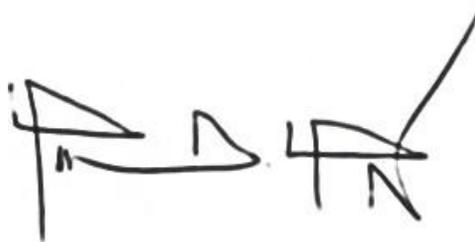
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**JOSÉ PABLO DURÁN GÓMEZ**  
Presidente del Tribunal



**EURÍPIDES DE JESUS CUEVAS CUEVAS**  
Árbitro



**HERNANDO HERRERA MERCADO**  
Árbitro



**HENRY SANABRIA SANTOS**  
Secretario

**TABLA DE CONTENIDO**

<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	<b>1</b>
<b>ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO</b>	<b>1</b>
1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO	1
1.1. Parte Convocante	2
1.2. Parte Convocada	2
1.3. Llamadas en Garantía	3
2. EL PACTO ARBITRAL	3
3. SÍNTESIS DEL LITIGIO	5
3.1. Las pretensiones	5
3.2. Los Hechos	13
3.3. Las Excepciones de Mérito	26
3.3.1. Pleito Pendiente	26
3.3.2. Cosa Juzgada	27
3.3.3. Naturaleza y normativa aplicable del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 12076-011-2012	28
3.3.4. La inoponibilidad del Acta de Acuerdos suscrita El 10 de Septiembre de 2013, entre el Gobierno Nacional y Fecode, al Contratista	32
3.3.5. El acta de Acuerdos suscrita el 10 de septiembre de 2013, entre el Gobierno Nacional y Fecode, no modificó el Contrato de Prestación de Servicios Médico – Asistenciales No. 12076-011-2012	32
3.3.6. Inexistencia de la Obligación de Reembolso	32
3.3.7. Correcta Forma del Ajuste de la Cápita	33
3.3.8. Falta de Prueba de Pago de las Decisiones de la Superintendencia	33
3.3.9. Improcedencia de la Imposición de Multas por parte de Fiduprevisora	34
3.3.10. Nadie puede alegar su propia Culpa o Dolo	34
3.3.11. Nadie puede ir en contravía de sus propios actos	34
3.3.12. Violación del Principio de Planeación por parte de Fiduprevisora como vocera del FOMAG	35
3.3.13. Excepción Genérica	35
3.4.- El Llamamiento en Garantía	35
3.4.1.- Las pretensiones del Llamamiento en Garantía	35
3.4.2.- Los Hechos del Llamamiento en Garantía	36
3.5.- La Oposición de las Llamadas en Garantía	37
4. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN EL PROCESO	38
5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	42
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	<b>43</b>
<b>CONSIDERACIONES PARA RESOLVER</b>	<b>43</b>
1. PRESUPUESTOS PROCESALES	43
2. EL CONTRATO OBJETO DEL LITIGIO	43
3. ANÁLISIS SOBRE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL	51
4. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	55
4.1. Primer Grupo de Pretensiones (Reembolso del valor de las glosas de las facturas de alto costo pagadas de manera anticipada)	55
4.2. Segundo Grupo de Pretensiones (Devolución de valores pagados en exceso por indebido ajuste de cápita).	76
4.3. Tercer Grupo de Pretensiones (pago de fallos judiciales a favor de usuarios afiliados a la Unión Temporal, emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud o el Tribunal Superior correspondiente)	90
4.4. Cuarto Grupo de Pretensiones (costos que debieron ser asumidos por el FOMAG para la atención de un paciente crítico)	95

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE  
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuya vocera es FIDUCIARIA LA PREVISORA  
S.A.) CONTRA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2  
(EXPEDIENTE 123610)**

---

4.5. Quinto Grupo de Pretensiones (Pretensiones relacionadas con la falta de entrega total de historias clínicas de Tumaco) _____	98
4.6. Sexto Grupo de Pretensiones (falta de entrega de paz y salvo con la red contratada) _____	121
4.7. Séptimo Grupo de Pretensiones (La liquidación judicial del Contrato) _____	131
5. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES _____	139
6. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA _____	141
7. JURAMENTO ESTIMATORIO _____	143
8. COSTAS _____	145
9. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES _____	148
<b>CAPÍTULO TERCERO _____</b>	<b>148</b>
<b>PARTE RESOLUTIVA _____</b>	<b>148</b>