

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**

**VS**

**FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, REPRESENTADO POR  
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

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

**CAPÍTULO PRIMERO - ANTECEDENTES**

**1. PARTES**

**1.1. PARTE CONVOCANTE**

Es la sociedad Fundación Medico Preventiva para el Bienestar Social S.A., cuya existencia y representación legal aparece debidamente acreditada con el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad que fue aportado con la demanda<sup>1</sup>.

En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como la demandante, la convocante, Fundamep, o por su razón social.

**1.2. PARTE CONVOCADA**

Habida cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por el legislador como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica (Ley 91 de 1989, artículo 3º), la parte convocada en este proceso está conformada por el patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

---

<sup>1</sup> Folios 92 a 95 del Cuaderno Principal número 1.

del Magisterio, cuya administradora y vocera es Fiduciaria La Previsora S.A., entidad fiduciaria respecto de la cual también fue debidamente acreditada su existencia y representación legal<sup>2</sup>, y que fue notificada del auto admisorio de la demanda, compareció al proceso y actuó dentro de este sin reparo de la parte convocante.

En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como el demandado, el convocado o el FOMAG, o por su denominación de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## **2. PACTO ARBITRAL**

Entre las partes se celebró el Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 1122-16-08, de fecha veintiséis (26) de diciembre de dos mil ocho (2008)<sup>3</sup>, con el propósito de que Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., prestara servicios médico asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados al FOMAG y a sus beneficiarios, en una región preestablecida en el contrato. En dicho contrato fue incluido el pacto arbitral vigente entre las partes, que es del siguiente tenor:

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

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

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

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

*El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes en un término máximo de 30 días a partir de la notificación de la parte*

---

<sup>2</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 96 a 116 del Cuaderno Principal número 2.

<sup>3</sup> Folios 46 a 92 del Cuaderno de Pruebas número 2.

*convocante. En caso de no ser posible, serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá de la lista que tenga para el efecto.*

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

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

*Los gastos relacionados con ocasión de la aplicación de la presente cláusula serán pagados, por el CONTRATISTA y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Una vez proferido el correspondiente laudo la parte vencida reembolsará a la otra parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el Tribunal según lo abonado por este con motivo del procedimiento y en todo caso sujetándose ambas partes a lo que ordene el laudo arbitral o fallo, prevaleciendo este sobre cualquier estipulación que hayan pactado entre ellos.*

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

*PARÁGRAFO: Si con anterioridad a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, las partes manifiestan por escrito ánimo de arreglo directo, la controversia se dirimirá mediante conciliación ante la Procuraduría General de la Nación con control de legalidad ante el Juzgado Administrativo o Tribunal Contencioso Administrativo competente.”<sup>4</sup>*

### **3. TRÁMITE ARBITRAL**

- 3.1. El veinticuatro (24) de noviembre de dos mil quince (2015), la convocante formuló ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral en contra del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Fomag, para reclamar las pretensiones en ella contenidas<sup>5</sup>. La misma fue corregida en tres oportunidades<sup>6</sup>.
- 3.2. Los árbitros del presente trámite fueron escogidos de mutuo acuerdo por las partes como aparece en el acta de designación de árbitros de fecha diez (10) de mayo de dos mil dieciséis (2016)<sup>7</sup>, y oportunamente aceptaron la designación; en consecuencia, el Tribunal fue integrado dando cumplimiento a las reglas previstas en la Ley y el Pacto Arbitral.

---

<sup>4</sup> Folios 79 y 80 del Cuaderno de Pruebas número 1.

<sup>5</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 1 a 89.

<sup>6</sup> Folios 119, 226 y 349 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>7</sup> Folio 227 del Cuaderno Principal número 1.

- 3.3. La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia realizada el quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016)<sup>8</sup>, en la cual se designó al Presidente y a la Secretaria, se reconoció personería a los apoderados de las partes, se admitió la demanda presentada por la parte convocante, se ordenó su notificación y traslado por el término legal tanto a la convocada y al Señor Agente del Ministerio Público, como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -Acta número 1-.
- 3.4. El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente a Fiduciaria la Previsora S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>9</sup>. El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fueron notificados del mismo auto conforme con lo previsto en el artículo 612 del Código General del Proceso<sup>10</sup>.
- 3.5. La demandada presentó escrito de contestación de la demanda por fuera de término<sup>11</sup>, por lo cual se tuvo por no contestada<sup>12</sup>.
- 3.6. El veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017), en la audiencia de conciliación surtida, después de varios aplazamientos<sup>13</sup>, las partes no conciliaron sus diferencias, por lo cual se declaró fracasada la etapa de conciliación y se fijaron los costos legales del arbitraje -Acta número 5<sup>14</sup>-, suma que fue entregada en tiempo y en su totalidad por la parte convocante<sup>15</sup>.
- 3.7. El 22 de febrero de 2017, en la primera audiencia de trámite -Acta número 6 -<sup>16</sup>, por Auto número 7, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre Fundación Medico Preventiva para el Bienestar Social S.A., como parte convocante, y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado judicialmente por Fiduciaria La Previsora S.A., como parte convocada, sometidas a consideración del Tribunal Arbitral. Dicha providencia no fue objeto de recurso por las partes, ni por el agente del Ministerio Público.
- 3.8. En dicha audiencia y luego de que cobrara ejecutoria la providencia de asunción de competencia, por Auto número 8, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por la parte

---

<sup>8</sup> Folios 398 a 401 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>9</sup> Folios 402 a 405 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>10</sup> Folios 415 a 421 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>11</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 424 a 452.

<sup>12</sup> Auto número 3, Acta número 3, folios 453 a 454 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>13</sup> Folios 453 a 461 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>14</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 462 al 466.

<sup>15</sup> Cuaderno Principal número 1, folio 471.

<sup>16</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 471 al 478.

demandante y otras de oficio, que en la medida que fueron practicadas constituyen pruebas del presente proceso:

- 3.8.1. Los documentos aportados por la parte demandante con sus respectivos escritos de demanda y correcciones<sup>17</sup>, y los aportados por el testigo William Emilio Mariño Ariza<sup>18</sup>.
- 3.8.2. El dictamen pericial técnico a cargo de un perito experto en aseguramiento en salud, que fue rendido por la firma ACT Actuarios S.A.S., con ocasión del acuerdo de las partes en su designación<sup>19</sup>. Dicho dictamen, una vez rendido<sup>20</sup>, fue objeto de solicitudes de aclaración y complementación de ambas partes<sup>21</sup>, las cuales fueron decretadas por el Tribunal<sup>22</sup> y resueltas por el perito<sup>23</sup>. También fue objeto de contradicción por parte de FOMAG, quien presentó, para ese propósito una experticia de parte elaborada por el perito Hugo Barrios<sup>24</sup>. Asimismo, tanto ACT Actuarios S.A.S., por intermedio de su representante legal, como el perito de contradicción, atendieron diligencia de interrogatorio y fueron preguntados tanto por el Tribunal como por los apoderados judiciales de ambas partes<sup>25</sup>.
- 3.8.3. El dictamen pericial contable, a cargo de un perito experto en ciencias contables y financieras, que fue rendido por Gloria Zady Correa Palacio con ocasión del acuerdo de las partes en su designación<sup>26</sup>. Dicho dictamen, una vez rendido<sup>27</sup>, no fue objeto de solicitudes de aclaración y complementación de ninguna de las partes, ni de contradicción en audiencia.
- 3.8.4. Los testimonios decretados de oficio por el Tribunal de Fabio Alberto Valencia Bustamante<sup>28</sup>, Félix Regulo Nates Solano<sup>29</sup>, Luis Alfredo Puyana Silva<sup>30</sup>, Martha Camelo Calderón<sup>31</sup> y William Emilio Mariño Ariza<sup>32</sup>.

---

<sup>17</sup> Cuaderno de Pruebas números 1 y 2 hasta el folio 134.

<sup>18</sup> Cuaderno de Pruebas número 2, folios 314 al 430.

<sup>19</sup> Auto número 10, Acta número 7, folios 502 a 504 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>20</sup> Folios 257 a 284 del Cuaderno de Pruebas número 2.

<sup>21</sup> Folios 557 y 558 y 564 a 570 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>22</sup> Auto número 20, Acta número 13, folios 571 a 573 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>23</sup> Folios 458 a 492 del Cuaderno de Pruebas número 2.

<sup>24</sup> Folios 431 a 457 del Cuaderno de Pruebas número 2.

<sup>25</sup> Actas números 15 y 16, folios 589 a 597 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>26</sup> Auto número 10, Acta número 7, folios 502 a 504 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>27</sup> Folios 139 a 256 del Cuaderno de Pruebas número 2.

<sup>28</sup> Acta 11, folio 547 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>29</sup> Acta 11, folio 548 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>30</sup> Acta 11, folio 549 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>31</sup> Acta 12, folio 560 del Cuaderno Principal número 1

<sup>32</sup> Acta 12, folio 561 del Cuaderno Principal número 1

- 3.9. El Tribunal prescindió de los testimonios de Bertha Moreno, Fernando Ruiz Gómez, Gilberto Torres Torres<sup>33</sup> y Pedro Fabián Dávalos Verdugo<sup>34</sup>, por su inasistencia a rendirlos en la oportunidad señalada para cada uno de ellos.
- 3.10. Terminada la etapa probatoria se decretó su cierre y se fijó la oportunidad para los alegatos de conclusión y presentación del concepto del Ministerio Público<sup>35</sup>.
- 3.11. Los apoderados de las partes y el representante del Ministerio Público designado para el trámite, en audiencia del 22 de noviembre de 2017<sup>36</sup>, expusieron sus alegatos y concepto, respectivamente, de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos.<sup>37</sup>
- 3.12. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo<sup>38</sup>.

#### 4. LA DEMANDA

Como pretensiones de la demanda fueron planteadas las siguientes:

**“PRIMERA:** Que se declare que durante la ejecución del contrato para la prestación de servicios médico–asistenciales N° 1122-16-08 celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FIDUPREVISORA S.A. y la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, se presentó insuficiencia integral en el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM), es decir, los ingresos por este concepto fueron inferiores a los gastos incurridos por la demandante necesarios para atender y financiar el Plan de Atención en Salud del Magisterio o Plan de Beneficios, pactado en dicho contrato, insuficiencia que se presentó en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y hasta abril 30 de 2012 fecha de terminación del contrato, conforme a lo que resulte probado en este proceso.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la declaración de insuficiencia integral el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM), para atender y financiar el Plan de Atención en Salud del Magisterio pactado en dicho contrato, el Tribunal declare que, en el contrato N° 1122-16-08 celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FIDUPREVISORA S.A y la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, para la prestación de servicios médico–asistenciales, se generó desequilibrio económico del contrato que afectó a la persona jurídica demandante.

---

<sup>33</sup> Cuaderno Principal número 2, Auto número 18, Acta número 11, folio 550.

<sup>34</sup> Cuaderno Principal número 2, Auto número 19, Acta número 12, folio 562.

<sup>35</sup> Cuaderno Principal número 2, Auto número 23, Acta 16, folios 592 a 597.

<sup>36</sup> Cuaderno Principal número 1, Acta número 17, folios 598 al 600.

<sup>37</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 1 al 82, 83 al 116 y 117 al 138.

<sup>38</sup> Cuaderno Principal número 1, Acta número 17, Auto número 24, folio 599.

**TERCERA:** Que se declare que la NACIÓN-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- ente demandado en este proceso arbitral, incumplió el contrato 1122-16-08, celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FIDUPREVISORA S.A. y la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, por cuanto el desequilibrio económico-financiero del citado contrato, fue causado además por el incumplimiento de dicho ente estatal de las estipulaciones previstas en el pliego de condiciones de la Convocatoria Pública-Sección Abreviada N° 001 de 2008 y el contrato 1122-16-08, como también de lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 7° del Decreto 4747 de 2007, acción u omisión antijurídica que afectó patrimonialmente a la persona jurídica demandante en este proceso, quien no tiene porque (sic) padecerlo.

**CUARTA:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene por concepto de daño emergente (Artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993) al ente demandado a restablecer la ecuación económica y financiera surgida al momento del nacimiento del contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales N° 1122-16-08 celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FIDUPREVISORA S.A. y la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, mediante el pago a favor de la demandante de la suma estimada de **DIECISEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE PESOS (\$16.350.934.197,00)** o a una suma superior, que corresponde a las pérdidas sufridas y las utilidades dejadas de percibir por la persona jurídica demandante durante los años 2008, 2009, 2010, 2011 y hasta abril 30 de 2012, conforme a lo que resulte probado. La(s) suma(s) resultante(s) deberá(n) indexarse o actualizarse, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 y la disposición sobre la materia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin perjuicio del reconocimiento de los intereses moratorios a que se refiere dicha norma del Estatuto de Contratación o en la forma que lo disponga el Tribunal.

**QUINTA:** Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al ente demandado, al pago de los perjuicios sufridos por la demandante así: **a)** Mediante el pago de los intereses legales de mora calculados desde la fecha en que debió reconocerse y pagarse la suma o sumas a que se refiere la pretensión cuarta, hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral. **b)** A la actualización o indexación correspondiente calculada desde la fecha en que debió percibirse el pago correspondiente hasta la fecha en que se profiera el laudo arbitral sobre las sumas resultantes de la pretensión cuarta.

**SEXTA:** Que se condene al ente demandado a cumplir el laudo arbitral dentro del

*término de cinco (5) días contados a partir de la fecha de su notificación.*

**SEPTIMA:** *Que se condene al ente demandado a pagar a favor de la persona jurídica demandante en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los intereses comerciales sobre el monto total de las condenas impuestas en el laudo arbitral, desde la fecha en que se notifique el laudo arbitral hasta aquella en que efectivamente se produzca el pago de las condenas impuestas a favor de las personas jurídicas demandantes.*

**OCTAVA:** *Condenar a la entidad demandada al pago de las costas del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.”*

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

Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, procedió el 10 de julio de 2008 a decretar la apertura de la Convocatoria Pública–Selección Abreviada N° 001 de 2008 para la contratación de los servicios de salud para los afiliados y sus beneficiarios del FOMAG. El pliego de condiciones de tal convocatoria, aprobado por el Consejo Directivo del FOMAG, era un pliego analítico pues determinaba con detalle todas las condiciones de la ejecución del contrato y todos los oferentes estaban obligados a ajustarse a las mismas, so pena de que sus ofertas no fueran consideradas.

En el objeto de dichos pliegos se determinó que el propósito de la convocatoria era “*seleccionar los contratistas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios del FNPSM, bajo la modalidad de capitación para los cuatro niveles de complejidad, e implicará la obligación de garantizar, directa e indirectamente, la prestación integral del plan de atención de salud del Magisterio conformado por los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, más los establecidos en el PACM (Plan de Atención Complementaria del Magisterio).*” (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Previamente a esa apertura de convocatoria, el mismo Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, introdujo modificaciones al modelo médico-asistencial vigente. Aunque mantuvo la atención integral del Plan de Beneficios, conformado por los servicios en el Plan Obligatorio de Salud del Sistema Contributivo (POSC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud, más los establecidos en el PACM (Plan de Atención Complementaria del Magisterio), introdujo variaciones relevantes al mismo como incorporar un modelo de atención basado en la medicina familiar; adicionó reglas de transporte de usuarios dentro y fuera de la región, cambiar la forma de pago de la salud ocupacional y de la promoción y prevención, buscando con ello la efectiva prestación de esos servicios mediante la cancelación por evento, modificó el sistema de pago de Unidad de Pago por Grupo Familiar (UPGF) por la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM), reconociendo a los contratistas un plus porcentual en la capitación del 48.32% y constituyó



una cuenta especial, con recursos aportados por el contratista proveniente de un porcentaje de la UPCM, administrada por la Fiduciaria, cuyo objeto es cubrir las contingencias de liquidez por las desviaciones que se pudieran presentar en los eventos que representan un alto costo dentro del IV nivel.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) asumió expresamente en el pliego de condiciones mencionado el riesgo económico que se pudiera presentar por la insuficiencia de la Unidad de Pago de Capitación del Magisterio (UPCM) en la atención del Plan de Atención Complementario en Salud del Magisterio (PACM), en cumplimiento además de lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 7° del Decreto 4747 de 2007.

En los términos del Pliego de Condiciones se definió como pago por capitación lo siguiente:

*“Pago de una suma fija que se hace por persona (afiliado o beneficiario) que tendrá derecho a ser atendida durante el plazo contractual, a partir del plan de beneficios en salud del FOMAG. Esta unidad de pago está constituida por la UPCM establecida previamente.”*

Y a su vez, la UPCM fue definida así:

*“Corresponde a la UPC del régimen contributivo por los grupos etarios y las zonas geográficas, a la que se le adiciona un plus porcentual fijo de la UPC promedio del Magisterio, que cubre aquellos aspectos que son inherentes al régimen de excepción, el cual se calculó en 48,32%.”*

*UPCM = UPC ez + 48,32% UPC promedio del Magisterio.*

*Donde:*

*UPCM= Unidad de Pago por Capitación del Magisterio.*

*UPC= Unidad de Pago por Capitación del Régimen Contributivo.*

*e= Grupo Etario (Subíndice). Grupo de personas clasificados por rango de edades que comparten similares características epidemiológicas, uso de los servicios de salud y de los costos respectivos, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para cada vigencia la cual constituye una de las variables para ajustar el riesgo de la UPC.*

*z= Zona Geográfica (Subíndice). Conjunto de Municipios y Distritos que comparten características similares de oferta de servicios, de dispersión de la población, geográficas y de infraestructura vial, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la cual constituye una de las variables para ajustar el riesgo de la UPC.*

*UPC promedio del Magisterio=Unidad de pago por Capitación promedio teniendo en cuenta los*

*grupos etéreo y zonas geográficas.” (Subrayado fuera de texto).*

Por otra parte, en el mismo pliego se determinó que el FOMAG asumirá los riesgos económicos originados en el evento en que técnicamente se presente de manera integral una insuficiencia del valor de la UPCM para atender la demanda de los servicios del Magisterio y aunque tuvo varias modificaciones en el curso del proceso de convocatoria finalmente quedó en los siguientes términos:

**“1.4 ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES INVOLUCRADOS EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD DEL FNPSM.**

(.....)

*3.1. Teniendo en cuenta que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, con fundamento en el estudio técnico que para esos efectos se realizó y que hace parte integral de los presentes Pliegos de Condiciones (Anexo N° 9), determinó el valor de la UPCM, en el evento en que técnicamente se presente de manera integral una insuficiencia del mismo para atender la demanda de los servicios del Magisterio, el FNPSM asumirá los riesgos económicos originados por dicha situación. La integralidad de la UPCM se predica de todas sus variables y de los ítems que la componen.” (Resaltado fuera de texto).*

Indicó el demandante que la insuficiencia integral de la UPCM, “significa que los ingresos recibidos por el prestador de servicios de salud por este concepto son inferiores a los gastos incurridos por dicho prestador para atender el Plan de Beneficios o Plan de Atención Complementario del Magisterio (PACM)”.

La entidad licitante asumió el riesgo económico de insuficiencia de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio en cumplimiento de normas reglamentarias que han desarrollado las leyes que regulan el servicio público de salud, como son la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, como fue expresado en el mismo pliego.

Por otra parte, el contrato No. 1122-16-08 suscrito entre las partes, contiene las condiciones mínimas establecidas en el Decreto 4747 de 2007 para los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud celebrados mediante el mecanismo de pago por capitación.

De lo anterior concluye que las estipulaciones del pliego de condiciones que posteriormente se incorporaron a las cláusulas del contrato (numeral 1.14 de la cláusula primera), el propio contrato y lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 7 del Decreto 4747 de 2007, no permiten transferir el riesgo propio del aseguramiento, como lo son el aseguramiento financiero y la gestión de riesgo en salud a los prestadores de salud (IPS) y bajo ese entendimiento participó la demandante en el proceso.

En efecto, Fundamep presentó su propuesta a la Convocatoria Pública-Selección Abreviada N° 001 de 2008 en agosto 13 de 2008, sometiéndose en un todo a las estipulaciones del pliego con las consideraciones antes reseñadas.

Los criterios de evaluación de las propuestas previstas en el capítulo séptimo del pliego no incluyeron previsión sobre la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio (UPCM), por lo que en ese particular aspecto los oferentes no podían sino aceptarlo. Por otra parte, el riesgo a evaluar en el momento de la libre elección se relacionó exclusivamente con el número de usuarios definitivo a atender.

Concluido el proceso de evaluación de las propuestas y efectuada la adjudicación a Fundamep, se celebró el contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales N° 1122-16-08 el 1 de noviembre de 2008, por un plazo de dos años contados a partir del 15 de diciembre de 2008, con un valor inicial de \$72'002.859.288, que se determinaba por multiplicar el número de usuarios determinado a través del procedimiento de libre elección por el valor de la unidad de pago de capitación (UPC) del régimen contributivo más el 48.32% del valor promedio de la UPC del Magisterio.

Durante la ejecución del contrato, por el alcance de los pactos entre las partes, la entidad contratante estaba en posibilidad de verificar la calidad del servicio de salud y la satisfacción del usuario, así como de conocer la amplitud y frecuencia de los servicios prestados por medio de los RIPS y FIAS, y, además, tener el monitoreo, supervisión y auditoría permanente de los costos y calidad del servicio en que incurre el prestador de servicios de salud.

Por otra parte, según lo pactado respecto de la firma de pago la capitación de los primeros tres (3) meses se realizaría con base en la población relacionada en los pliegos de condiciones, mientras que del cuarto (4) mes en adelante se reconocería de acuerdo con las bases de datos soportadas con las hojas de afiliación, aportadas por el contratista y consolidadas por la Fiduciaria y en forma vencida no anticipada.

La insuficiencia de la UPCM se empezó a presentar durante la ejecución contractual y ello fue advertido por Fundamep; sin embargo, en agosto de 2009, el Consejo Directivo del Fomag autorizó a la Fiduciaria para contratar un estudio que determinara la insuficiencia de la UPCM para ser entregado a finales de 2009 o comienzos del año 2010 para soportar la toma de decisiones correspondiente, decisión que generó expectativa en todos los prestadores de servicios. Como la insuficiencia de la Unidad de Pago por Capitación (UPCM) solo se evidencia meses después de ocurrida por la asincronía entre ingresos y egresos del contrato, por ello resulta tan importante, que los estudios de suficiencia de la capitación se hagan oportunamente (anualmente como es lo usual) por parte de la entidad responsable del aseguramiento, en este caso, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), pues de otra manera pueden acumularse déficits.

El estudio contratado por el Fomag a Consultores Profesionales y Actuariales Ltda. contratado

concluyó con respecto a Fundamep que en efecto se presentaba una insuficiencia de la UPCM para el año 2009, de 9.96%, que especialmente afectaba sus gastos administrativos, con los efectos colaterales que implica esta circunstancia; para el año 2010 determinó que la insuficiencia de la UPCM proyectada era de 13.97%. Sin embargo, dice la demandante que este estudio fue ignorado con la consecuente violación de estipulaciones contractuales “y conduciendo a la persona jurídica demandante al desequilibrio económico y financiero del contrato.”

Finalmente, lo que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinó es que no usaría el estudio para ajustar la UPCM y que el mismo solo servirá como fundamento para la nueva convocatoria pública, lo que implica el incumplimiento de las estipulaciones del pliego y del contrato por parte de dicho Fondo.

Por tal razón, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se ha abstenido de ordenar el ajuste de la UPCM y el contrato entre las partes se terminó sin ningún ajuste de la UPCM por razones de insuficiencia de la misma.

En mayo de 2012 Fundamep le dirige una comunicación al Vicepresidente de Prestaciones de Fiduciaria La Previsora S.A. en la que se refiere, entre otros temas, a la insuficiencia de la UPCM, y como ella ha implicado la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Como respuesta a dicha comunicación, Fiduprevisora indicó que *"En consecuencia, le informo que FIDUPREVISORA S.A., como administradora de los recursos y vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no ha recibido instrucciones del Consejo Directivo por cuanto a la fecha no se ha pronunciado sobre el ajuste de la Unidad de Pago por Capitación del Magisterio-UPCM- a los contratos objeto de la Convocatoria Pública-Selección Abreviada N° 001 de 2008"*, por lo que se entendió agotada la posibilidad de una solución directa a su conflicto contractual.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los apoderados de las partes en la audiencia celebrada el 22 de noviembre de 2017<sup>39</sup>, presentaron en forma oral sus alegatos de conclusión, y entregaron al finalizar sendos escritos<sup>40</sup>.

## **6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Agente del Ministerio Público presentó su concepto en la audiencia de alegatos de conclusión en forma oral y también presentó versión escrita<sup>41</sup>. En conclusión, solicitó al Tribunal “*declarar de oficio la excepción de caducidad*” respecto de la acción formulada y, “*subsidiariamente, y solo en el evento de que ese Tribunal no acceda a la declaratoria de caducidad, denegar las pretensiones de la*

---

<sup>39</sup> Cuaderno Principal número 1, Acta número 17, folios 598 al 600.

<sup>40</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 1 al 82, 83 al 116 y 117 al 138.

<sup>41</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 375 al 407.

*demanda por improcedencia y extemporaneidad de las mismas al no dejar expresa, concreta y específica salvedad en el acta de liquidación.”*

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

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “*al cual se adicionarán los días de suspensión*” e “*interrupción por causas legales*”, sin exceder la solicitada de consuno por las partes de un “*tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días*”. La primera audiencia de trámite culminó el 14 de febrero de 2017 -Acta número 10<sup>42</sup>-, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó las suspensiones del proceso, así:

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	DÍAS
Acta No. 7, Auto No. 10	Del 14 de marzo al 17 de abril de 2017	34
Acta No. 8, Auto No. 15	Del 16 de mayo al 10 de agosto de 2017	86
<b>TOTAL DE DÍAS DE SUSPENSIÓN</b>		<b>120</b>

Terminada la primera audiencia de trámite el 22 de febrero de 2017, suspendido el proceso durante ciento veinte (120) días por decisión conjunta de las partes, los cuales se adicionan al término del proceso, el término legal vence el 22 de diciembre de 2017, y, por lo tanto, el Tribunal, se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

---

<sup>42</sup> Cuaderno Principal número 2, folios 207 al 220.

## CAPÍTULO SEGUNDO - CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

- I. Los presupuestos procesales
- II. Naturaleza Jurídica y Régimen del Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 1122-16-08
- III. Consideraciones sobre el Régimen de Caducidad aplicable al Contrato No. 1122-16-08, y las Solicitudes de Declaratoria de la Caducidad de la Acción, formuladas por la Parte Convocada y por el Agente del Ministerio Público en la Audiencia de Alegatos
- IV. Consideraciones sobre el juramento estimatorio
- V. Calificación de la conducta procesal de las partes
- VI. Las Costas.

### I. **LOS PRESUPUESTOS PROCESALES**

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

El Tribunal, en la audiencia realizada el día 2 de noviembre de 2017 – Acta 16, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 132 del Código General del Proceso, puso de presente que no observaba en lo actuado ningún motivo que pudiera configurar causal de nulidad u otra irregularidad del proceso, y requirió a los apoderados de las partes y al agente del Ministerio Público para que si lo estimaban del caso se pronunciaran al respecto, frente a lo cual, tanto los apoderados de las partes como el Ministerio Público guardaron silencio<sup>43</sup>.

En efecto, en el proceso se acreditó:

#### 1. **DEMANDA EN FORMA**

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

#### 2. **CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA COMPARECER AL PROCESO**

En los documentos que obran en el expediente se observa que tanto la sociedad que integra la parte

---

<sup>43</sup> Cuaderno Principal número 2, Acta número 19, folio 309.

convocante como el convocado patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, administrado por Fiduciaria La Previsora S.A., son sujetos de derecho plenamente capaces para comparecer al proceso; que su existencia y representación legal, cada una de acuerdo con su propia naturaleza jurídica, está debidamente acreditada, y que tienen capacidad para disponer de los derechos que se reclaman.

Además, por tratarse de un arbitraje en derecho, las partes han comparecido al proceso por medio de apoderados judiciales debidamente constituidos.

### **3. COMPETENCIA**

En la primera audiencia de trámite, como ya se indicó en los antecedentes, el Tribunal resolvió afirmativamente sobre su competencia para conocer de todas las diferencias sometidas a su consideración con base en las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la providencia al respecto proferida en la citada audiencia; sin que dicha providencia hubiera sido objeto de recurso por las partes.

## **II. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN DEL CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES No. 1122-16-08**

Con el fin de resolver la presente controversia el Tribunal abordará inicialmente el estudio de la naturaleza jurídica y el régimen del Contrato para la Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 1122-16-08, a fin de determinar si al mismo le resultan aplicables las disposiciones de los contratos estatales, y los efectos que de dicha aplicación se derivan para la decisión que habrá de adoptar el Tribunal.

Para ello, y dado que este contrato fue celebrado entre la Fundación Médica Preventiva para el Bienestar Social S.A. y Fiduciaria La Previsora S.A., obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag<sup>44</sup>, el Tribunal considera necesario, en primer término, hacer referencia al Contrato de Fiducia Mercantil en general y, en particular, al Contrato de Fiducia Mercantil celebrado por medio de la escritura pública número 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C., varias veces modificado, y evaluar la existencia del patrimonio autónomo y las características del mismo en el caso concreto para, con base en ello, determinar la naturaleza jurídica y el régimen del citado negocio jurídico que es objeto del presente trámite.

---

<sup>44</sup> Cuaderno de Pruebas número 1, folio 46.

## **1. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y NATURALEZA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

### **1.1. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y LA CREACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO**

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, el contrato de fiducia mercantil es “... un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

De acuerdo con la disposición citada, las partes del contrato de fiducia mercantil son el fideicomitente, fiduciante o constituyente, de una parte, y el fiduciario, de otra, quienes concurren a la celebración del contrato, el cual se ejecuta para cumplir la finalidad establecida por el primero, en provecho del fideicomisario o beneficiario, que puede ser el mismo fideicomitente o un tercero. El fideicomitente es el sujeto de derecho capaz de disponer de sus bienes para constituir un fideicomiso, que puede ser una persona natural o jurídica incluidas las personas de derecho público, autorizadas por la ley, o incluso un patrimonio autónomo. El fiduciario, por su parte, debe ser una persona jurídica autorizada para obrar en tal condición quien se compromete a ejecutar la voluntad del fideicomitente sobre los bienes fideicomitados, con el objetivo de cumplir la finalidad asignada. Finalmente, el beneficiario, que como se indicó puede o no coincidir con el fideicomitente, es el sujeto de derecho que debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento de la finalidad y eventualmente, los mismos bienes fideicomitados<sup>45</sup>, cuya existencia no es necesaria al momento de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo<sup>46</sup>.

Así, el contrato de fiducia mercantil es un contrato comercial típico, cuya celebración trae como consecuencia o efecto la formación de un patrimonio autónomo, en tanto el artículo 1233 del Código de Comercio dispone que los bienes fideicomitados “... forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”. En este sentido los bienes que se entregan en virtud de un contrato de fiducia mercantil salen del patrimonio del fideicomitente, sin entrar a formar parte del patrimonio del fiduciario, y se radican en el patrimonio autónomo, con el único objetivo de cumplir la finalidad asignada. Sobre este particular ha señalado el Consejo de Estado:

*“Por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo, pues los bienes i)*

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos Bancarios”, Editorial Legis, (Bogotá D.C. – 2002), Págs. 838-843.

<sup>46</sup> Código de Comercio, artículo 1229.



*salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente -titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio. 3.2.- Igualmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los bienes fideicomitados se deben separar del resto del activo de una fiduciaria, con el fin de que ese patrimonio autónomo no se confunda con el del fiduciario, ni con otros patrimonios igualmente constituidos”<sup>47</sup>.*

La constitución del patrimonio autónomo tiene lugar a partir de la celebración del contrato de fiducia mercantil, y la tradición de los bienes fideicomitados, a título de fiducia mercantil, es una de las obligaciones del fideicomitente que se derivan del mismo (obligación de dar), más no constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato. En este sentido, un sector de la doctrina explica que para la creación jurídica del patrimonio no se requiere la tradición efectiva de bien alguno, en tanto el concepto de patrimonio entraña la posibilidad de adquirir bienes afectos a una finalidad determinada, pero su surgimiento no requiere la adquisición efectiva de los mismos, frente a lo cual observa el Tribunal que en la práctica de la industria fiduciaria la creación contable del patrimonio autónomo suele producirse cuando el fiduciario por primera vez recibe bienes fideicomitados, lo cual puede ocurrir de manera concomitante con la celebración del contrato, o de manera posterior. Por ello se ha concluido que el contrato de fiducia mercantil no pertenece a la categoría de los contratos reales<sup>48</sup>, sino que puede ser consensual o solemne según la naturaleza de los bienes fideicomitados.

---

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 10 de marzo de 2016, Expediente No. 2011-00053 (19972).

<sup>48</sup> A este respecto señala la doctrina:

*“Para resolver si la tradición de la cosa es necesaria para el perfeccionamiento del contrato debe partirse de la base que en el ordenamiento colombiano la regla general es la consensualidad y la excepción es que se requiera la entrega de la cosa o formalidades para el perfeccionamiento del contrato. Lo anterior implica, por consiguiente, que las dudas que existan sobre la existencia o no de una determinada formalidad, que no se puedan resolver a través de las reglas de interpretación de la ley, deberían solucionarse a través del principio que el contrato es consensual.*

*Ahora bien, en este punto debe observarse que la redacción del artículo 1226 no es contundente, pues el mismo señala que la fiducia es un “negocio jurídico en virtud del cual una persona...transfiere”. La expresión “en virtud de” significa, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, “En fuerza, a consecuencia o por resultado de”, lo que indica que la transferencia no es necesaria para perfeccionar el contrato, sino que es la consecuencia del mismo. Todo lo anterior permitiría concluir que el contrato de fiducia no es real.*

*Si se parte de la base de que el contrato de fiducia no es real, queda por definir, si en todo caso para que surja el patrimonio autónomo se requiere que se hayan transferido bienes a la fiduciaria. Dicha duda tiene importancia práctica pues si todavía no se han transferido bienes y por ello no existe patrimonio autónomo las obligaciones que adquiriera la fiduciaria en desarrollo del contrato de fiducia comprometerían su propio patrimonio.*

(...)

*De acuerdo con las normas expuestas se ha sostenido que la existencia de un patrimonio autónomo supone la transferencia de algún bien, así el mismo tenga un carácter meramente simbólico frente a lo que será el objeto de la fiducia cuando la misma se desarrolle. Por consiguiente, si no se ha transferido ningún bien no puede hablarse de patrimonio autónomo, lo cual daría lugar a considerar que*

Al respecto, el artículo 1228 del estatuto mercantil dispone que: *“La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes...”*, y la Superintendencia Financiera de Colombia, autoridad que ejerce la supervisión estatal de la actividad fiduciaria en el país, ha precisado el alcance de esta disposición y de otras normas que resultan igualmente aplicables, así:

*“La instrumentación de los contratos fiduciarios debe realizarse conforme con su naturaleza y con la de los bienes fideicomitidos.*

*En términos generales se establece que cuando se trate de un contrato de fiducia mercantil, tal como lo señala el art. 1228 del C.Cio, éste debe constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes y, la constituida mortis causa, debe serlo por testamento.*

*De acuerdo con el numeral 2 del art. 146 del EOSF, las sociedades fiduciarias pueden celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.*

*En ese orden de ideas y de conformidad con lo previsto en el art. 2.5.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requieren de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles. En consecuencia, tales contratos pueden constar en documentos privados y si la propiedad del bien se halla sujeta a registro, dicho documento debe registrarse en los términos y condiciones previstos en el art. 16 de la Ley 35 de 1993 y art. 7 del Decreto 650 de 1996, en relación con bienes inmuebles; y de acuerdo con las disposiciones del Decreto 400 de 2014 y complementarias, respecto de las garantías mobiliarias.”<sup>49</sup>*

---

*si la fiduciaria adquiere obligaciones, las mismas no pueden recaer en el patrimonio autónomo porque este no existe, por lo cual afectarían su propio patrimonio.*

*Sin embargo, es posible otra aproximación teniendo en cuenta la doctrina clásica del patrimonio la cual señaló que la existencia de un patrimonio no supone la existencia de bienes, pues toda persona tiene un patrimonio, aunque no posea ningún bien. En este sentido dijo la Corte Suprema de Justicia que de acuerdo con dicha teoría “toda persona tiene en abstracto un patrimonio, esto es, sea cual fuere el contenido material y económico, y así no lo haya ...”. **Por consiguiente, el patrimonio se refiere realmente a la posibilidad de adquirir bienes que van quedar afectos al cumplimiento de las obligaciones que se contraen por el titular del patrimonio.***

*Esta misma lógica debe aplicarse a los patrimonios autónomos, pues cuando la ley los autoriza lo que realiza es una excepción al principio de que toda persona sólo tiene un patrimonio, pero en manera alguna desconoce el principio de que el patrimonio como concepto no supone la existencia de un bien determinado. **Lo anterior indica que la existencia misma del patrimonio autónomo no deriva del hecho de que la fiduciaria tenga un bien afecto a una finalidad.**” (Resalta el Tribunal), Cárdenas Mejía, Juan Pablo, “El Contrato de Fiducia y el patrimonio autónomo”, <http://www.asofiduciarias.org.co/images/El-contrato-de-fiducia-y-el-patrimonio-autonomo.pdf>, consultado el 13 de octubre de 2017.*

<sup>49</sup> Circular Básica Jurídica, Parte II, Título II, Capítulo I, numeral 2.4.

Así las cosas la celebración de un contrato de fiducia mercantil implica la constitución de un patrimonio autónomo, precisado lo cual abordara el Tribunal el análisis de los elementos y algunas de las características principales del mismo, para posteriormente verificar su existencia en el contrato recogido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C..

Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia<sup>50</sup> y se deriva del artículo 1233 del Código de Comercio, los patrimonios autónomos son un conjunto de derechos y obligaciones que tienen vida propia, de manera transitoria, sin que tengan personería jurídica. A este propósito señala el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010<sup>51</sup> (artículo 1 del Decreto 1049 de 2006<sup>52</sup>) lo siguiente:

*“Artículo 2.5.2.1.1. Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. (...)”*

Dado que los patrimonios autónomos carecen de personería jurídica, la ley ha asignado al fiduciario el deber de administrarlos, y actuar en calidad de vocero, como expresamente lo señala el segundo inciso del mismo precepto, así:

*“El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, **comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos**”*

---

<sup>50</sup> “1. La doctrina clásica considera el patrimonio como uno de los atributos de la personalidad que se haya constituido por la universalidad jurídica compuesta por todos los derechos y obligaciones de carácter pecuniario, ligada ella a una persona natural o jurídica, y predica respecto de él la característica de la unicidad expresada bajo la siguiente fórmula: sólo quienes son personas de alguna de las dos especies indicadas tienen patrimonio, cuanto que a su vez únicamente ellas pueden ser sujetos de derecho; toda persona tiene en abstracto un patrimonio, esto es, sea cual fuere el contenido material y económico, y así no lo haya, lo que dependerá de la dinámica productiva de su titular; y es único cuanto que una persona no puede tener más que un patrimonio, visto éste como el conjunto de elementos activos y pasivos que pertenecen a un mismo sujeto de derecho.

2. Empero, la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente.

Esos son los llamados en la doctrina los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inculcable utilidad socio- económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de agosto de 2005, Expediente No. 1909.

<sup>51</sup> “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”.

<sup>52</sup> “por el cual se reglamentan los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio”.

**señalados en el acto constitutivo de la fiducia.** Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo”. (Resalta y subraya el Tribunal)

Es en tal calidad de administrador y vocero que el fiduciario puede celebrar en nombre del patrimonio autónomo todos los actos y contratos necesarios para desarrollar el objeto y lograr la finalidad del fideicomiso, siempre dentro de los límites establecidos en el negocio fiduciario<sup>53</sup>. De ello se sigue, que el centro de atribución de los derechos y obligaciones que surjan del negocio jurídico de que se trate, lo es directamente el patrimonio autónomo, universalidad jurídica que es la que resulta directamente vinculada por el acto negocial a través de la manifestación de voluntad que en nombre suyo y con efectos directos sobre la misma, efectúa quien actúe como su vocero y administrador. A este respecto ha señalado con claridad el Consejo de Estado:

*“El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, por lo cual debe actuar por conducto del fiduciario quien, a su vez, actúa como vocero y administrador del patrimonio autónomo y en tal carácter celebra y ejecuta diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia (artículo 1 del Decreto 1049 de 2006). Además, el fiduciario lleva la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia (artículos 1234 [4] del Código de Comercio y 1 del Decreto 1049 de 2006)<sup>54</sup>”.*

Así, los patrimonios autónomos tienen relevancia jurídica en sí mismos considerados, sin requerir por lo tanto del sustento personal propio de la doctrina clásica que liga el patrimonio como un atributo de la personalidad jurídica.

En efecto, aunque el patrimonio autónomo no puede considerarse como una persona natural ni jurídica, sí constituye un vehículo jurídico receptor de derechos y obligaciones legales y convencionales derivadas de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia mercantil.

De acuerdo con el artículo 1234 del Código de Comercio, son deberes indelegables del fiduciario, entre otros, realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, y las obligaciones que se adquieren en cumplimiento de tal deber afectan directamente a la universalidad

---

<sup>53</sup> El fiduciario es titular de un derecho real especial, en cuanto está dirigido a unos fines negociales predeterminados por el fideicomitente en el negocio fiduciario. Y esa titularidad reposa sobre el bien transferido que constituye el denominado patrimonio autónomo. De allí que el fiduciario detenta es una legitimación sustancial restringida por los límites del negocio celebrado.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente No. 2006-01516 (16642).

jurídica cuyos bienes garantizan el efectivo cumplimiento de las mismas. A este respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

*“5. En ese sentido, “el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o estar expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes” [1]; y cuanto más las puede ejercer si el respectivo contrato en el que participa con ocasión de ser fiduciario, debe celebrarlo porque así se le impone en el acto de constitución de la fiducia, lo que implica llevar la personería para ese efecto”<sup>55</sup>. (Resalta el Tribunal)*

Ahora bien, como lo señala la doctrina, la vocería que adelanta el fiduciario no implica que exista representación. La expresión “vocero” significa “El que habla en nombre de otro”. Técnicamente en la vocería no existe representación (en puridad esta sólo se predica de las personas jurídicas o de los centros de imputación normativa), en la fiducia, simplemente el fiduciario expresa su voluntad para vincular al patrimonio autónomo.

De lo anterior se concluye que cuando el fiduciario actúa como vocero del patrimonio autónomo, compromete dicho patrimonio y es, por consiguiente, este el que soportará las obligaciones que se asumen<sup>56</sup>, a lo cual:

*“(…) Se agrega que el patrimonio autónomo constituye un conjunto de bienes afectos a una finalidad específica y que, como tal, carece de personería jurídica. Por ello, teniendo en cuenta que la ley dispuso la administración y representación del patrimonio autónomo por parte de la citada fiduciaria, le correspondía a esa sociedad obrar en este proceso como demandada, como en efecto lo hizo, amén de que ella misma actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Calamidades expidió los actos acusados”<sup>57</sup>.*

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia reiterando su jurisprudencia, puntualizó: “(…) que las obligaciones que adquiera el fiduciario en la cabal ejecución del encargo recaen sobre ese patrimonio autónomo, no sobre el suyo propio, por manera que su responsabilidad no se ve

---

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de agosto de 2005, Expediente No. 1909.

<sup>56</sup> Cárdenas Mejía, Juan Pablo, “El Contrato de Fiducia y el Patrimonio Autónomo”, <http://www.asofiduciarias.org.co/images/El-contrato-de-fiducia-y-el-patrimonio-autonomo.pdf>, consultado el 13 de octubre de 2017.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, Sentencia del 22 de febrero de 2017, Expediente No. 2005-07064 (50254).

*comprometida. Ahora, cosa distinta es, como ya se puso de presente, que por razones de otra índole, verbi gratia, las derivadas de un obrar excesivo o contrario a las estipulaciones negociables (sic) o a los fines de la fiducia, entre otras posibles hipótesis que no es del caso escrutar en toda su extensión, el fiduciario comprometa su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida, en que el que con su dolo o culpa causa un daño está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario (art. 2341 del C. Civil)". (Cas.civ. mayo 31/2006 [SC-065-2006], exp.0293)".<sup>58</sup>*

Así pues, tenemos que, como efecto de la celebración del contrato de fiducia mercantil, surge un patrimonio autónomo que debe ser administrado por el fiduciario quien tiene, salvo disposición contractual en diferente sentido, la capacidad para celebrar en su calidad de vocero todos los actos y contratos necesarios para realizar la finalidad para la cual fue creado. Adicionalmente, como ya se señaló, las obligaciones que se derivan de tales actos y contratos recaen de manera exclusiva en el mencionado patrimonio.

Dicho todo lo anterior, el Tribunal abordará el examen del Contrato de Fiducia Mercantil celebrado mediante la escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C., varias veces modificado, copia del cual obra en el expediente de este proceso<sup>59</sup>, a fin de establecer si el mismo dio lugar a la creación de un patrimonio autónomo y si este concurrió como parte contratante en el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 1122-16-08.

#### 1.2. EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL CELEBRADO MEDIANTE LA ESCRITURA PÚBLICA NÚMERO 0083 DEL 21 DE JUNIO DE 1990 DE LA NOTARÍA 44 DE BOGOTÁ D.C.

Inicia el Tribunal por destacar que el contrato de Fiducia Mercantil que nos ocupa se celebró en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, artículo 3º, antecedente normativo cuyo texto dice así:

*"Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. **Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley** y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o*

---

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de julio de 2009, Expediente NO. 11001-3103-039-2000-00310-01

<sup>59</sup> Cuaderno Principal número 1, folios 103 a 116.

*variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*

*El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.” (Resalta y subraya el Tribunal).*

Las partes en este contrato fueron LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, como fideicomitente, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como fiduciario, y como beneficiario el fideicomitente designó a los docentes afiliados al FOMAG y sus beneficiarios.

El mencionado contrato fue prorrogado en diferentes oportunidades y a través del Otrosí suscrito el 25 de enero de 2006 se integró y consolidó su clausulado, incluyendo sus adiciones, modificaciones y aclaraciones<sup>60</sup>, por lo que dicho texto será el que tiene en cuenta el Tribunal<sup>61</sup>.

Respecto del objeto del contrato de Fiducia Mercantil se pactó, en la cláusula primera, lo que sigue:

*“Primero. OBJETO DEL CONTRATO. **La constitución de un patrimonio autónomo con los recursos que integran el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el fin que la FIDUCIARIA los administre, invierta destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el FONDO, de acuerdo con las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.***

***Integran el FONDO y por lo tanto el patrimonio autónomo** los siguientes recursos (...).” (Resalta y subraya el Tribunal)*

Las partes acordaron expresamente la finalidad del patrimonio autónomo, señalando en la cláusula segunda, que él se destinaría a la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como al cumplimiento de los objetivos establecidos en la Ley 91 de 1989. En efecto, se acordó:

---

<sup>60</sup> En efecto, en la cláusula 22 del mencionado se dispuso: “*Vigésimo Segundo. DOCUMENTOS CONTRACTUALES. Teniendo en cuenta que mediante el presente acuerdo se consolidan y ajustan el contrato principal de fiducia mercantil celebrado entre las partes el veintiuno (21) de junio de 1990, y sus posteriores modificaciones, aclaraciones y adiciones, sin modificar el objeto del mismo, el alcance y contenido de las obligaciones a cargo de cada una estará determinado por lo indicado en este documento y en el Anexo No. 2 que da cuenta del cumplimiento de las obligaciones que por haberse ejecutado no se incluyen*”.

<sup>61</sup> Por medio de modificación al contrato de Fiducia Mercantil suscrita el 31 de enero de 2007, se modificó la comisión fiduciaria pactada (cláusula tercera) y las garantías exigidas a la fiduciaria (cláusula segunda). Mediante modificación suscrita el 25 de enero de 2008, las Partes modificaron la duración del contrato (cláusula quinta), señalando que el término de ejecución se ampliaba hasta el 20 de junio de 2010. Adicionalmente, se incluyeron nuevas modificaciones a la comisión fiduciaria (cláusula tercera) y a las garantías exigidas a la fiduciaria (cláusula segunda).

*“Segundo. FINALIDAD DEL CONTRATO. El presente contrato y, como consecuencia de ello, **el patrimonio autónomo que fue constituido al momento de su celebración** tienen como finalidad primordial la eficaz administración de los recursos del FONDO que, a su vez y de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, fue creado para el cumplimiento de los objetivos que a continuación se precisan con el fin de que los mismos determinen el alcance de las prestaciones a cargo de la FIDUCIARIA: 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del FONDO; 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir con todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el FONDO, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda; 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes y; 5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones”. (Resalta y subraya el Tribunal)*

Además, las partes convinieron que los recursos que la fiduciaria recibiera en virtud del contrato de fiducia mercantil se incorporarían al patrimonio autónomo creado y los mantendría separados del resto de sus activos, así como de los activos relacionados con otros negocios fiduciarios<sup>62</sup>.

En la cláusula sexta, al regular las obligaciones de la fiduciaria, se determinó con precisión cuáles le corresponden como vocera del “*patrimonio autónomo constituido*”, señalando en el literal A. correspondiente a las obligaciones de administración e inversión de recursos, entre otras, las siguientes:

*“1. Administrar e invertir los recursos del Patrimonio Autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras estos se destinan al pago de las prestaciones sociales del Magisterio y reinvertir, en la misma forma prevista para el capital, los rendimientos que tales recursos generen.*

*(...)*

*3. Emplear estrictas medidas de seguridad en el manejo y custodia de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo y asumir respecto de esta obligación responsabilidad hasta la culpa leve<sup>63</sup>.*

---

<sup>62</sup> “Decimotercero. SEPARACIÓN DE LA FIDUCIA. Los recursos que la FIDUCIARIA reciba en virtud del presente contrato se incorporarán al patrimonio autónomo que se constituyó el 21 de junio de 1990 y los mantendrá separados del resto de sus activos y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios”.



Así las cosas, los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil, como son el consentimiento de las partes contratantes, el objeto jurídico que comprende la constitución de un patrimonio autónomo, su administración por el fiduciario, y la destinación de los bienes fideicomitados a una finalidad específica determinada por el fideicomitente, se encuentran presentes en el Contrato de Fiducia Mercantil examinado, y por ello, el Tribunal concluye que en virtud del mismo se creó efectivamente el patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este aspecto quiere el Tribunal destacar que la creación de un patrimonio autónomo con ocasión de la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil mencionado, había sido materia de análisis por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al haber sido consultada, entre otros aspectos, sobre si el contrato de fiducia mercantil ordenado por la ley 91 de 1989 comportaba la creación de un patrimonio autónomo, cuál era su régimen aplicable y sobre la capacidad de contratación del mismo. El Consejo de Estado concluyó que sí tuvo lugar la generación del vehículo mencionado, en los términos que se transcriben:

*“1. La ley 80 de 1993 no modificó la ley 91 de 1989; esta ley estableció un régimen especial para celebrar un contrato de fiducia mercantil que desarrolle el objeto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El contrato suscrito entre el Ministerio y la Previsora S.A., sus prórrogas y modificaciones se rigen por lo dispuesto*

---

<sup>63</sup> En el literal B. de la misma cláusula se establecieron las siguientes obligaciones de información y rendición de cuentas:

*“1. Informe de Estado Financieros: Dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes y debe contener balance de estado de pérdidas y ganancias del mes inmediatamente anterior con excepción de los de cierre de período contable anual. Dentro de los primeros quince (15) días hábiles de cada mes se presentarán de conformidad con el plan general de la contabilidad pública. (...)*

- 1. Informe de ingresos del patrimonio autónomo. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes. El informe debe incluir todos los ingresos contables por causación o consignación que hayan afectado las cuentas del patrimonio autónomo en el mes inmediatamente anterior.*

*(...)*

- 2. Informe de egresos. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes y debe incluir todos los egresos contables por causación o giro que hayan afectado las cuentas del patrimonio autónomo e el mes inmediatamente anterior.*

- 3. Informe de inversiones. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes y debe contener una relación mensual de las inversiones efectuadas por el patrimonio autónomo y la composición del portafolio (...)*

- 4. Flujo de caja del mes inmediatamente anterior. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes y debe adicionarse con el Flujo de Caja proyectado de ingresos de pagos del patrimonio autónomo.*

*(...)*

- 7. Informe de impuestos. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes y debe incluir una relación completa de los impuestos a cargo del patrimonio autónomo causados en el mes anterior (incluyendo retentiva, IVA o cualquier otro a cargo del patrimonio autónomo)”*

*en la ley de creación del Fondo, el Decreto 222 de 1983, el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

**2. El contrato de fiducia mercantil celebrado en virtud de la ley 91 de 1989 comporta, por su naturaleza, la creación de un patrimonio autónomo.**

(...)

*En materia de contratación de los servicios de salud, la entidad fiduciaria es la encargada de la celebración de contratos para garantizar, dichos servicios, quien obra de acuerdo con la recomendación que imparta el Consejo Directivo del Fondo, conforme a la ley<sup>64</sup>. (Resalta el Tribunal)*

En este aspecto vale la pena señalar que el precitado Contrato de Fiducia Mercantil se perfeccionó en vigencia del Decreto 222 de 1983, que no prohibía la celebración de este tipo de contratos<sup>65</sup>, a lo que se debe agregar que contó con expresa autorización legal tal como se deriva de lo dispuesto en el artículo 3º, inciso primero, de la Ley 91 de 1989, arriba transcrito.

Así las cosas, el referido Contrato de Fiducia Mercantil se celebró en cumplimiento del mandato legal establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, y no contaba con ninguna de las restricciones legales en cuanto a negocios fiduciarios de las entidades estatales, que, luego de su celebración, surgieron con la expedición de la Ley 80 de 1993.

Teniendo en cuenta que con la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil descrito se constituyó el patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que en calidad de vocera de dicho patrimonio la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., suscribió el Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 1122-16-08, a continuación, se analiza si este último puede ser considerado como un contrato sujeto a las normas de los contratos estatales<sup>66</sup>. Lo anterior con el fin de establecer cuál es el régimen jurídico aplicable, y particularmente cuál es el término de caducidad que se debe tener en cuenta a efectos de presentar las acciones que se deriven del mismo.

---

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 13 de diciembre de 2004, Radicado No. 2004-01614 (1614).

<sup>65</sup> "Pese a estas críticas, bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983 se celebraron toda clase de negocios fiduciarios por parte de entidades públicas, amparadas en quienes sostenían que se trataba de un contrato de derecho privado cuya viabilidad jurídica se desprendía claramente de lo previsto en el inciso final del artículo 16 y en el inciso final del artículo 80 del mencionado decreto que abrían esa puerta a todos los contratos de derecho privado no regulados expresamente por el estatuto". DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, "Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993", Editorial Legis, (Bogotá D.C. – 2203), pág. 49.

<sup>66</sup> De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales.

## **2. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN DEL CONTRATO No. 1122-16-08**

El contrato para la prestación de servicios médicos asistenciales No. 1122-16-08, base del presente proceso (en adelante también el Contrato No. 1122-16-08), fue celebrado como resultado de la Convocatoria Pública Selección Abreviada No. 001 de 2008, el 26 de diciembre de 2008 (fecha de cumplimiento de los requisitos legales de ejecución<sup>67</sup>), entre las siguientes partes:

Por un lado, la FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., sociedad comercial, y por el otro, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., “*obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)*”, tal como se deriva del numeral 1.9 del Contrato que expresamente señala:

### *“1.9. LA FIDUCIARIA – CONTRATANTE*

*La sociedad FIDUPREVISORA S.A. es la administradora de los recursos y vocera del patrimonio autónomo del FNPSM en virtud del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de (sic) círculo de Bogotá, prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente, y celebrado con la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.*

*FIDUPREVISORA S.A., actúa como contratante en los contratos de prestación de servicios médicos asistenciales del Fondo, por expresa delegación del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en el Acuerdo No. 04 de julio 22 de 2004<sup>68</sup>.*

*Las decisiones de la FIDUPREVISORA S.A., referentes a la Convocatoria Pública – Selección Abreviada No. 001 de 2008 y a este contrato, se adoptarán mediante actas”.*

Así pues, es claro, como se ha dicho, que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. actuaba como vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, que, quien tenía la calidad de contratante no era la fiduciaria misma, ni tampoco el Fideicomitente, sino

---

<sup>67</sup> Cuaderno de Pruebas número 1, folio 92.

<sup>68</sup> El Acuerdo 4 de 2004 establecía lo siguiente en materia de selección de contratistas:

“4. SELECCIÓN DE CONTRATISTAS El Consejo Directivo acordó que en cada región habrá más de un prestador de servicios, salvo que sólo se presente un proponente o los que se presenten no alcancen los requisitos mínimos. En cada región se contratará con las entidades que obtengan los mayores puntajes, previo el cumplimiento de unos requisitos y criterios que serán definidos en una próxima sesión del Consejo Directivo, con base en una evaluación técnica realizada por una entidad preferiblemente pública, distinta a la Fiduciaria. El número máximo de entidades con las que se contratará dependerá de la población; estos criterios serán definidos en una próxima sesión. La selección se realizará mediante el procedimiento de invitación pública previsto en la Ley 80 de 1993. En el proceso de selección se deberá aplicar el procedimiento establecido en la legislación vigente respecto de la recomendación de las entidades con las que se contratará por parte de los Comités Regionales y del Consejo Directivo”.

que era el propio patrimonio autónomo citado, cuya vocería ejerció la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.<sup>69</sup>

Por lo que hace al régimen de este contrato, la parte convocante en su demanda invocó como fundamentos de derecho, además de sus cláusulas, los siguientes artículos: “*Artículos 90 de la C.P.; 3º, 8-4, 8-5, 13, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, 4º de la Ley 1150 de 2007 y 1602, 1603, 1613, 1614, 1535 del Código Civil, en concordancia con la Ley 100 de 1993, artículos 236, artículos 13 literal d) y 14 de la Ley 1122 de 2007, parágrafo 2, artículo 7 del Decreto 4747 de 2007 y Ley 1438 de 2011, artículo 52.*”<sup>70</sup>

A su turno, la parte convocada en sus alegatos de conclusión manifestó su criterio sobre la ley aplicable al contrato objeto del proceso, así:

*“Teniendo en cuenta que el tribunal arbitral por voluntad de las partes reemplaza temporalmente las funciones del aparato jurisdiccional institucional, es necesario determinar, de acuerdo con la naturaleza del contrato, a cuál especialidad jurisdiccional se reemplazará para determinar el régimen legal aplicable al presente asunto.*

*Al respecto sino hay duda de la aplicación del régimen de derecho público, por las siguientes razones:*

*a) En los términos de la invitación pública así como el contrato mismo remitió en su clausulado a la aplicación de la ley 80 de 1993 así como de la ley 1150 de 2007 junto con sus normas complementarias o modificatorias.*

*b) Para efectos de la interpretación unilateral del contrato se incluyeron en su texto las que lo exceptúan del derecho común y permiten interpretaciones y actuaciones unilaterales por el contratante*

*c) En relación con la liquidación del contrato, por mandato de lo establecido en la cláusula 17 del contrato las partes determinaron la aplicación del artículo 11 de la ley 1150 de 2007.*

---

<sup>69</sup> En este sentido se pronunció el Tribunal de la Unión Temporal COMFAMA contra Fiduciaria La Previsora S.A., en Laudo proferido el 5 de diciembre de 2003, en el que se señaló:

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

<sup>70</sup> Cuaderno Principal número 1, folio 43.

*Siendo así, las normas y la jurisprudencia aplicables son las propias del derecho público antes citadas, por lo que la jurisdicción reemplazada de forma temporal es la Contencioso administrativa.”<sup>71</sup>*

El agente del Ministerio Público, en su concepto presentado en la audiencia de alegaciones, se pronunció al respecto en los siguientes términos:

*“Para esta Agencia del Ministerio Público, el **Contrato No. 1122-16-08 es un contrato Estatal**, en razón a que la parte contratante, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A es de naturaleza pública.”<sup>72</sup>*

Ahora bien, para abordar el examen de la naturaleza y el régimen del contrato *sub lite*, recuerda el Tribunal que a efectos de definir qué es un contrato estatal el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala:

*“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación. (...)”.*

Entonces, la naturaleza de contrato estatal se establece de acuerdo con el criterio orgánico relacionado con la calidad de entidad estatal a la que hace referencia la ley.

El numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80, establece que para los efectos de esta ley se denominan entidades estatales las allí previstas, así:

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, 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%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

---

<sup>71</sup> Página 9 del memorial de alegatos de conclusión de la parte convocada, presentado en la audiencia de alegaciones realizada el día 22 de noviembre de 2017.

<sup>72</sup> Página 14 del concepto del agente del Ministerio Público designado para este proceso, presentado en la audiencia de alegaciones realizada el día 22 de noviembre de 2017.

*b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.*

En el literal a) de la norma citada no se encuentran mencionados los patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas en virtud de contratos de fiducia mercantil; adicionalmente, en la misma se establece que se consideran entidades estatales las personas jurídicas que tengan una participación oficial superior al 50%, cualquiera que sea su denominación. Dentro de esta clasificación no podría entenderse incluido el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en calidad de tal y como se ha dicho, no tiene personalidad jurídica.

En el literal b) de la norma se relacionan una serie de entidades que no tienen personería jurídica, pero a las que la propia ley les ha otorgado capacidad para celebrar contratos. No obstante, como se ha señalado, esta disposición alude “(...) a entidades del orden nacional y que, por lo mismo, constituyen órganos que se manejan como una sección del Presupuesto General de la Nación”<sup>73</sup>. Dado que el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se encuentra enlistado en este literal, ni hace parte del Presupuesto General de la Nación<sup>74</sup>, tampoco podría considerarse incluido dentro de la mencionada definición.

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, para el Tribunal es claro que el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no puede considerarse *stricto sensu* una entidad estatal; no obstante, al propio tiempo se advierte que en el Contrato No. 1122-16-08, cláusula vigésima segunda, se estableció expresamente que el mismo se sujeta en primera instancia, entre otras, a las normas legales propias de los contratos estatales, estipulación esta cuya existencia, validez y eficacia no fueron discutidas por las partes en este proceso, y que a la letra dice así:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.- 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 2007 y en sus decretos reglamentarios**, así como las demás normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan. En lo que no esté particularmente*

---

<sup>73</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993”, Editorial Legis, (Bogotá D.C.– 2203), pág. 49.

<sup>74</sup> “La creación de patrimonios autónomos mediante contratos de fiducia mercantil se apartará también del espíritu del estatuto orgánico de presupuesto, el decreto 111 de 1996 que compiló las tres leyes orgánicas sobre esta materia (38/89, 179/94 Y 225/95), en la medida en que tales patrimonios implican manejar unos recursos por fuera del presupuesto, con lo cual se vulnera el principio de universalidad del presupuesto, contenido en el artículo 15 de ese decreto, y también el inciso 10 del artículo 110 (...)”; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 1 de diciembre de 2000, Expediente No. 1303.

*regulado en ellas, por las normas legales, administrativas, comerciales, civiles y demás disposiciones colombianas vigentes que le sean aplicables.” (Resalta y subraya el Tribunal).*

El sometimiento del Contrato No. 1122-16-08 al régimen de los contratos estatales, se explica y justifica en función del objeto y la finalidad del Contrato de Fiducia Mercantil atrás examinado, y de las siguientes particularidades que rodearon la creación del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se ejercen funciones administrativas propias del FOMAG previstas en la Ley 91 de 1989 y sus reglamentaciones, relacionadas con el pago de las prestaciones sociales del personal de docentes afiliados y cobijados por ese régimen de excepción, y sus beneficiarios; la prestación de los servicios médico asistenciales a la población beneficiaria; los correspondientes registros contables y estadísticos, necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda; velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes, y velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones (Ley 91 de 1989, artículo 5°):

**A. LOS RECURSOS QUE CONFORMAN EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO INCLUYEN RECURSOS DE NATURALEZA PÚBLICA**

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se nutre de los siguientes recursos:

*“Artículo 8°.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.*

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

*Parágrafo - En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2<sup>75</sup>.*

---

<sup>75</sup> A su turno el Contrato de Fiducia Mercantil establece, en la cláusula primera, que los recursos que conforman el patrimonio autónomo son los siguientes:

**1. “Del Sistema General de Participaciones:**

- a. Aporte correspondiente a los docentes activos y pensionados cuya cuantía determine la normatividad vigente sobre la materia;
- b. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo devengado y una tercera parte de sus posteriores aumentos;
- c. El aporte de las entidades territoriales certificadas de acuerdo con la normatividad vigente;
- d. El aporte de las entidades territoriales certificadas equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes;
- e. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, el cual hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación;

**2. De las Entidades Territoriales:**

- a. Los aportes señalados en el numeral anterior, que correspondan a su calidad de ente nominador, cuando quiera que las prestaciones sociales del docente afiliado al FONDO no sean cubiertas por el Sistema General de Participaciones;
- b. Las sumas por concepto de deuda de prestaciones sociales correspondientes al saldo consolidado de la deuda, con independencia de aquellas provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales-FONPET.
- c. Las sumas que la Nación debe entregar por concepto de deuda de prestaciones sociales de conformidad con la revisión y ajuste del corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989;
- d. Las sumas que reciba el Fondo Nacional de las Entidades territoriales-FONPET.

**3. De otras fuentes:**

- a. Las sumas provenientes de las Cajas de Previsión Seccionales o Entidades que hagan sus veces, por concepto de deuda de prestaciones sociales.



Así, los recursos del FOMAG incluyen recursos públicos, provenientes de aportes de la Nación, y del impuesto al valor agregado que las entidades territoriales destinan para el pago de las prestaciones del Magisterio. En este aspecto quiere el Tribunal destacar como la naturaleza pública de dichos recursos no se modifica por el hecho de ser transferidos al patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto continúan afectos a la destinación estatuida por la entidad pública fideicomitente. A este respecto ha señalado el Consejo de Estado:

*“Los recursos que hacen parte de los patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un Fondo, como el Nacional de Productividad, y Competitividad no mutan su naturaleza de públicos, una vez se separan del patrimonio de las entidades públicas constituyentes, porque dichos patrimonios autónomos o especiales son una forma de administrar dichos recursos en orden a que se apliquen a la destinación específica prevista en la ley de creación del respectivo fondo”<sup>76</sup>.*

Tenemos, por tanto, un primer elemento de análisis según el cual los recursos que son administrados por la Fiduciaria la Previsora y con los cuales se van a pagar las obligaciones que se derivan del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales No. 1122-16-08, incluyen recursos de naturaleza pública sin que dicha naturaleza se afecte por el hecho de que se hayan separado del patrimonio público originario.

**B. LOS RECURSOS QUE CONFORMAN EL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO SON OBJETO DE CONTROL POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Teniendo en cuenta que los recursos que conforman el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incluyen recursos de naturaleza pública, la Contraloría General de la República, con fundamento en las facultades otorgadas por el artículo 267 de la Constitución Política, ha practicado periódicamente auditorias con el fin de evaluar el cumplimiento de los principios de eficiencia y eficacia en la administración de los recursos y los resultados de la gestión realizada. A este respecto el Tribunal destaca como en el Otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil se señaló como parte de las obligaciones de la Fiduciaria la siguiente:

*“Sexto. OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA (...)*

*B. Obligación de información y rendición de cuentas*

*(...)*

- 
- b. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el FONDO con fines de rentabilidad.*
  - c. Los recursos que reciba de otras entidades.*
  - d. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto”.*

<sup>76</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 1 de diciembre de 2000, Expediente No. 1303.

*9. Informes requeridos por los entes de control del Estado. A solicitud de las entidades de control y dentro del plazo que las mismas autoridades establezcan. Se tiene por autoridades de control la Contraloría General de la República, la Contaduría General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Superintendencia Financiera y cualquier otra autoridad que de conformidad con la ley tenga competencias al respecto”.*

Así, podemos contar con un segundo elemento de análisis consistente en el seguimiento que de la utilización de los recursos que se encuentran en el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio adelanta la Contraloría General de la República.

**C. LA FIDUCIARIA ACTÚA EN CALIDAD DE VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FOMAG, DE ACUERDO CON LAS INSTRUCCIONES QUE LE IMPARTE EL CONSEJO DIRECTIVO, CONFORMADO, ENTRE OTROS, POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE ALTO NIVEL**

Como se ha dicho, la fiduciaria actúa en calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con las instrucciones que le imparte el Consejo Directivo del FOMAG, del cual forman parte varios funcionarios públicos de alto nivel, tal como se deriva de la Cláusula cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil, la cual señala:

*“Cuarto. CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. De conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 91 de 1989, el FONDO tendrá un Consejo Directivo integrado por los siguientes miembros: 1. El ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá; 2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su Delegado; 3. El Ministro de la Protección Social o su Delegado; 4. Dos representantes del Magisterio designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes; 5. El Gerente de la FIDUCIARIA, con voz pero sin voto”.*

Las funciones del Consejo Directivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, reglamentado por el Decreto 2831 de 2005 son las siguientes:

*“1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos que conforman el FONDO, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento; 2. Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del FONDO; 3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del FONDO; 4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme el cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del FONDO, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos; 5. Revisar el presupuesto anual de ingresos y*

*gastos del FONDO y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación; 6. Las demás que determine el Gobierno Nacional.*

*PARÁGRAFO.- El Consejo Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 91 de 1989, fijará las políticas generales de inversión y administración de los recursos dados en fiducia, para lo cual la FIDUCIARIA deberá presentar las recomendaciones del caso. No obstante lo anterior, la FIDUCIARIA en el marco de los parámetros mínimos de administración de riesgos para la realización de operaciones de tesorería establecidos en la Circular Externa 088 de 2000 de la Superintendencia Bancaria o las normas que la sustituyan, modifiquen, aclaren o adicionen, debe presentar con la periodicidad que lo considere necesario, sus recomendaciones expertas al respecto.*

*El Ministerio se obliga a gestionar ante el Consejo Directivo la formulación de una regla en virtud de la cual la adopción de la política de inversión implica la imposibilidad de ordenar que se acometan obras o se efectúen inversiones que comprometan la liquidez del FONDO o impidan la atención y pago de las obligaciones a cargo del mismo”.*

Como tercer elemento de análisis, este Tribunal observa que la contratación que adelanta la Fiduciaria en calidad de vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se hace atendiendo las instrucciones y recomendaciones que imparte el Consejo Directivo del mismo, órgano colegiado conformado, entre otros, por diferentes funcionarios públicos de alto nivel.

En este aspecto se hace referencia a la responsabilidad de la Fiduciaria de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Fiducia Mercantil, por el cumplimiento de las órdenes impartidas por el Consejo Directo. Al respecto, en la cláusula octava del Contrato de Fiducia Mercantil ya referida, se dispone:

*“Octavo. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.- Las Obligaciones que asume la FIDUCIARIA en virtud del presente contrato son de medio en lo que tiene que ver con los resultados que arrojen las inversiones y el resultado en lo que se refiere a las obligaciones de dar y hacer que penden de su diligencia. La FIDUCIARIA responderá hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión que se encuentra circunscrita al desarrollo del objeto contractual y a la ejecución de las obligaciones que resultan de la ley 91 de 1989, sus modificaciones, aclaraciones o adiciones, el Código de Comercio, El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de las circulares o resoluciones de la Superintendencia Bancaria, del Estatuto Orgánico de Presupuesto y de las estipulaciones pactadas en el presente contrato.*

*Las actuaciones de la FIDUCIARIA que tengan origen en recomendaciones, instrucciones, decisiones u órdenes del MINISTERIO o del Consejo Directivo del*

*FONDO solo implicará para la FIDUCIARIA responsabilidades en cuanto a la forma o medio a través del cual se ejecuta o realiza la respectiva recomendación, instrucción, decisión u orden, salvo que ella haya sido adoptada por el especial conocimiento de la FIDUCIARIA en determinada materia. (...).”*

Como se establece en el Contrato de Fiducia Mercantil, la Fiduciaria no es responsable por las consecuencias que se deriven de las decisiones que adopte el Ministerio o el Consejo Directivo, limitándose su responsabilidad únicamente a sus acciones u omisiones descalificables en relación con la forma o medio que seleccione en relación con la instrucción de que se trate.

#### **D. RÉGIMEN APLICABLE AL PROCESO DE SELECCIÓN Y A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE SALUD DEL MAGISTERIO**

El Consejo Directivo, mediante Acuerdo No. 2 de junio 4 de 2008, determinó modificar los lineamientos para la contratación de los servicios de salud para el Magisterio, determinando que a partir de su vigencia “*el proceso de selección y sus contratos se regiría por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*”<sup>77</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal considera que al Contrato No. 1122-16-08, debe impartírsele integralmente el tratamiento de contrato estatal. No se desconoce que otros laudos arbitrales relacionados con el tema, han indicado que este tipo de contratos son contratos estatales, al considerar que son suscritos directamente por la Nación - FOMAG<sup>78</sup>; no obstante, como acaba de

---

<sup>77</sup> Cabe destacar que mediante Acuerdo No. 4 de 2004 “*por medio del cual se modificó el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo de los Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, se señaló en lo relativo a la selección de contratistas lo siguiente: “*En cada región se contratará con las entidades que obtengan los mayores puntajes, previo el cumplimiento de unos requisitos y criterios que serán definidos en una próxima sesión del Consejo Directivo, con base en una evaluación técnica realizada por una entidad preferiblemente pública, distinta a la Fiduciaria. El número máximo de entidades con las que se contratará dependerá de la población; estos criterios serán definidos en una próxima sesión. La selección se realizará mediante el procedimiento de invitación pública previsto en la Ley 80 de 1993.*”

<sup>78</sup> En efecto, en el Laudo proferido el 4 de diciembre de 2014 para resolver las controversias entre la Fundación Oftalmológica de Santander - FOSCAL- y otros contra La Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se señaló:

*“Definida la tipología en la cual se enmarca el contrato No. 122-14-08, es preciso abordar lo atinente a su naturaleza jurídica. Para estos efectos, debe recordarse que la calidad de contratante la ostentaban, de un lado, el FOMAG, a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA como su representante y vocera y, de otra parte, LA UNIÓN TEMPORAL AVANZAR MÉDICO REGIÓN 01, aspecto que es relevante si se tiene en cuenta que la definición de la naturaleza del contrato estatal está dada por un criterio orgánico, de acuerdo con el cual es necesario establecer en cada caso si al menos uno de los extremos de la relación contractual es un ente de naturaleza estatal.*

(...)

*Teniendo en cuenta, entonces, que la Nación Colombiana es persona jurídica de naturaleza pública y que el FOMAG fue creado como una cuenta especial de la Nación (art 3 Ley 91 de 1989), se advierte que para el caso concreto uno de los extremos de la relación contractual es la Nación como titular del FOMAG, de ahí que deba concluirse que el Contrato para la Prestación de Servicios Médico – Asistenciales No. 1122-14-08, es un contrato estatal, debido a que la parte contratante es un ente público denominado Nación”.*

analizarse, si bien en esta oportunidad se llega a una conclusión similar frente al tratamiento que debe darse al contrato de prestación de servicios médico asistenciales, tal conclusión no se apoya en la consideración según la cual como parte contratante se encuentra directamente la Nación - FOMAG.

**III. CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE CADUCIDAD APLICABLE AL CONTRATO No. 1122-16-08, Y LAS SOLICITUDES DE DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, FORMULADAS POR LA PARTE CONVOCADA Y POR EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AUDIENCIA DE ALEGATOS**

Concluido que al Contrato No. 1122-16-08 se le debe dar integralmente el tratamiento de un contrato estatal, de ello se sigue, entre otras cosas, que, en caso de surgir entre las partes contratantes algún conflicto, la acción judicial aplicable para ventilarlo es la de controversias contractuales, y el juez natural es el contencioso administrativo<sup>79</sup>; sin embargo, para el caso en concreto, las partes, mediante el pacto arbitral contenido en la cláusula vigésima tercera, derogaron la jurisdicción del juez natural para someter sus controversias a la decisión de un tribunal de arbitraje.

En ese entendido, y habida cuenta de que en la audiencia de alegatos de conclusión tanto la parte convocante como el agente del Ministerio Público solicitaron la declaratoria de la caducidad de la acción, a continuación el Tribunal analizará cuál es el régimen de caducidad aplicable al medio de control promovido por la convocante, y estudiará si en el presente caso tuvo ocurrencia el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción. Para ello en primer lugar, se hará referencia al concepto mismo

---

En sentido similar, se observa que en el Laudo proferido el 3 de junio de 2011, para resolver las controversias existentes entre la Unión Temporal Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. – Sociedad Clínica de Montería S.A.- Caja de Compensación Familiar del Chocó contra el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se indicó:

*“En primer lugar, ha de analizarse si el contrato que ocupa a este Tribunal es de naturaleza estatal, y por ende se halla regulado por la Ley 80 de 1993. El tema no fue objeto de controversia entre las partes. En efecto, la parte Convocada no ha alegado que dicho contrato no corresponda a la categoría de contrato estatal. Sin embargo, el Tribunal considera que, para efectos de la adecuada fundamentación de la decisión que ha de proferir, se hace indispensable abocar el análisis en cuestión.*

(...)

*El contrato celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal que ha convocado este Tribunal, es de naturaleza estatal en tanto que el denominado Fondo Cuenta creado por la Ley 91 de 1989, es de naturaleza estatal, independientemente de que se halle representada por la Fiduciaria la Previsora. Es claro, entonces, de acuerdo con las propias disposiciones de la Ley 80 de 1993, que los contratos estatales se rigen tanto por dicha ley como por las disposiciones que le son propias, según su naturaleza. En este orden de ideas, no hay discusión sobre la naturaleza de contrato estatal que reviste el contrato que ocupa a este Tribunal, máxime que el mismo tiene por objeto la gestión del servicio público de salud para los servidores públicos del magisterio, materia esta que fue asumida por la Nación a través de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, lo que acentúa aún más su naturaleza de contrato estatal (...).”*

<sup>79</sup> En este sentido se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer las controversias relativas a contratos, cualquiera que sea su régimen, en la que una parte sea entidad pública o un particular en ejercicio de función administrativa, y que, de acuerdo con el parágrafo de la misma disposición, para los efectos de dicha normativa se entiende por entidad pública cualquier ente que cuente con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

de caducidad, para luego determinar el régimen de caducidad aplicable al Contrato No. 1122-16-08, y finalmente analizar el caso en concreto.

## 1. EL CONCEPTO DE CADUCIDAD

La caducidad es un fenómeno jurídico en virtud del cual por el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. Así para que se dé el fenómeno jurídico de la caducidad, solo se requiere la ocurrencia de dos supuestos, a saber, (i) el transcurso del tiempo que tiene carácter preclusivo, y (ii) el no ejercicio de la acción durante el término legalmente establecido para ello. Ello significa que la caducidad es ante todo un fenómeno objetivo<sup>80</sup>.

La finalidad de la caducidad es brindar seguridad jurídica a las relaciones jurídicas de los asociados. Al respecto, sostiene la doctrina:

*“Conforme a lo antes discernido y explorado podemos concluir que la institución jurídica de la caducidad se encamina a brindar protección al valor y principio general de derecho de la seguridad, a la vez que ofrecer dinamismo y agilidad a las relaciones jurídicas de los asociados, propendiendo por evitar que se extiendan o prolonguen de manera indefinida situaciones emanadas de tales relaciones socioeconómicas que deriven a la posteridad en una caótica indeterminación de los derechos subjetivos”<sup>81</sup>.*

Sobre la importancia de la caducidad también se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 del C.C.A.), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”<sup>82</sup>.*

---

<sup>80</sup> Palacio Hincapié, Juan Ángel, “Derecho Procesal Administrativo”, Editorial Librería Jurídica Sánchez R Ltda., (Bogotá D.C.– 2006), Pág. 99

<sup>81</sup> Acevedo Prada, Luis Alfonso, “Caducidad, prescripción, perención, preclusión y términos”, Ediciones Jurídica Radar, (Bogotá D.C.– 2004), Pág. 97.

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998.

Debe tenerse en cuenta que, además de perentorio, el plazo de caducidad es de orden público y que, en consecuencia, no puede ser renunciado o modificado por las partes<sup>83</sup> y frente al mismo el juez tiene la obligación de declararlo, aun de oficio, si encuentra probada su ocurrencia<sup>84</sup>.

Este plazo limita la posibilidad de toda persona para acceder a la jurisdicción con el fin de obtener justicia; por ello, cuando la demanda no se presenta dentro del término que otorga la ley porque el interesado ha dejado fenecer dicho plazo, se pierde la oportunidad de reclamar mediante el proceso judicial los derechos subjetivos o aquellos derivados del interés legítimo que se tuviere<sup>85</sup>.

La pérdida de la oportunidad para reclamar por vía judicial tiene consecuencias para el interesado quien, se reitera, no podrá presentar demanda en busca del reconocimiento de sus derechos y, en caso de hacerlo, la ocurrencia del fenómeno mencionado tiene consecuencias para el Juez, quien queda impedido para realizar un pronunciamiento de mérito y se ve obligado a reconocerlo de manera oficiosa ya sea mediante el rechazo de la demanda o al momento de dictar sentencia por tratarse de una excepción de las llamadas mixtas, es decir que, “[...] *puede presentarse el caso de un juez que, a pesar de haberla declarado no probada en el trámite de la excepción mixta, la encuentre perfectamente estructurada al dictar sentencia*”<sup>86</sup>.

En el caso que ocupa al Tribunal, se tiene que si bien la parte convocada no presentó inicialmente alegación alguna relacionada con la caducidad de la acción formulada por la convocante, este aspecto fue puesto de presente en la audiencia de alegaciones finales, tanto por parte del agente del Ministerio Público como por el apoderado de la convocada, y, dado que la caducidad es un fenómeno de orden público, improrrogable e irrenunciable por las partes y que el juez debe declararlo de oficio de encontrarlo probado, a continuación el Tribunal abordará lo relacionado con el régimen de caducidad aplicable al Contrato No. 1122-16-08, teniendo en cuenta para ello que por la antedicha naturaleza de la caducidad su examen resulta procedente en el laudo, aun si previamente no se ha alegado dentro del proceso, como también cuando habiendo sido alegada como excepción el tribunal arbitral que conoce el caso inicialmente no la encuentra probada en un comienzo y la retoma al momento del laudo. Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia lo que sigue:

---

<sup>83</sup> Es el simple paso del tiempo el que implica la ocurrencia del fenómeno tal como lo ha señalado la doctrina: “(...) en la caducidad los efectos deletéreos se producen automática, inexorable y definitivamente, por el solo transcurso del tiempo”. HINESTROSA, Fernando, “Tratado de las Obligaciones Tomo I”, Universidad Externado de Colombia, (Bogotá D.C.– 2002), Pág. 854

<sup>84</sup> A este respecto ha señalado la jurisprudencia constitucional: “*En tanto que la figura procesal de la caducidad ha sido entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente*”. Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2009.

<sup>85</sup> Solano Sierra, Jairo Enrique, “Derecho Procesal Contencioso – Administrativo”, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda, (Bogotá D.C.– 2014), Pág. 682

<sup>86</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “*Instituciones de Derecho procesal Civil*”. Bogotá D.C., Tomo I. Edit. Dupré, 2009, p. 567 citado en el Laudo de Zapata Lopera S.A. y otros contra el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA de 29 de octubre de 2014, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

*“Sobre la oportunidad procesal para declarar la caducidad de la acción administrativa, el Consejo de Estado en providencia del 26 de mayo de 1995, señaló lo que se señala a continuación: “Fuera de lo dicho, la complejidad del debate mismo planteado amerita que el asunto no se defina de primer intento. Sólo cuando la caducidad sea clara deberá declararse en el primer auto; de lo contrario, el punto deberá reestructurarse en el fallo definitivo”<sup>87</sup>.*

*Es decir, que en el evento en el que no se adviertan ab initio suficientes elementos de juicio para declarar extinta la acción contractual, el Tribunal se encuentra habilitado para resolver sobre este punto en el laudo que pone fin a la controversia sometida a arbitraje, lo cual es tanto más pertinente cuando ya se ha practicado la prueba con la cual se aprovisionó el litigio.*

*El Consejo de Estado hubo de señalar respecto de la posibilidad de postergar el análisis de la expiración de la acción, lo que sigue:*

*“La Sala ha considerado<sup>88</sup> que no procede de entrada el rechazo de plano de la demanda, cuando se controvierte la notificación de los actos acusados, pues para decidir si se configuró la caducidad de la acción deberá tramitarse el proceso, para que en la sentencia se defina si la demanda se presentó de manera oportuna.*

*Sin embargo, debe precisarse que esa tesis es aplicable en los casos en que exista duda razonable frente a la caducidad de la acción. Esto es, la tesis opera cuando no sólo se alega la indebida o falta de notificación de los actos, sino cuando se advierte prima facie que hay razones serias para dudar del acaecimiento de la caducidad de la acción. En esos casos, habrá de preferirse la admisión y no el rechazo de la demanda, pero siempre que en la demanda se cuestione objetivamente, no caprichosamente, no subjetivamente, la falta o indebida notificación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que haya serias dudas sobre la fecha de notificación del acto definitivo. En ese caso, estaría en discusión la fecha en que opera la caducidad y, por ende, deberá admitirse la demanda”<sup>89</sup>. (Subrayas del Tribunal).*

*De lo anterior se infiere que siempre que al comienzo de toda actuación procesal, no se tenga certeza o se dude respecto de la configuración de la caducidad, se debe continuar con el trámite procedimental para que en la sentencia, o en este caso el laudo que pone fin al proceso, se determine si el mencionado fenómeno extintivo de la acción ha operado o no.*

---

<sup>87</sup> Auto del 26 de mayo de 1995, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, expediente 9360.

<sup>88</sup> Citado en la providencia: “Cfr. autos del 29 de octubre de 2009 (exp. 17811) y del 13 de abril de 2005 (exp. 14960), C.P. Héctor J. Romero Díaz, y del 1º de diciembre de 2000, C.P. Daniel Manrique Guzmán (exp. 11326)”.

<sup>89</sup> Auto 2012 – 00249 de 11 de febrero de 2014, M.S. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo.



*En este sentido, en sentencia del 19 de septiembre de 2013 del Consejo de Estado, se expresa lo que a continuación se señala:*

*“Ahora bien, la ocurrencia de la caducidad debe verificarse por el juez al momento de admitir la demanda, en la medida en que constituye un presupuesto procesal de la acción, pero si ello no es posible, deberá ser analizada en la sentencia y conduciría a la inhibición para decidir de fondo el asunto”. (Subrayas del Tribunal).”<sup>90</sup>*

Amén de lo anterior, se ha de tener presente que, con arreglo a la normatividad procesal, en particular el artículo 281 del Código General del Proceso, concordante con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en el laudo se debe tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, que la ley permita considerarlo de oficio.

## **2. RÉGIMEN DE CADUCIDAD APLICABLE A LA ACCIÓN PARA VENTILAR Y RESOLVER LAS CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL CONTRATO NO. 1122-16-08**

Como se dijo, el Contrato No. 1122-16-08 debe ser analizado bajo la lente del régimen del contrato estatal y, en consecuencia, le resultan aplicables las normas de caducidad de la acción contractual en los contratos estatales. Este régimen de caducidad, sin embargo, ha tenido diferentes modificaciones, tal como lo señala de manera resumida el Consejo de Estado:

*“El Decreto-Ley 01 de 1984 reguló la acción relativa a contratos (art 87) para que las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, demandaran un pronunciamiento sobre la existencia o validez del contrato, sobre la declaratoria de revisión, de incumplimiento y de la responsabilidad derivada del mismo. (...)*

*Ese decreto estableció como término de caducidad de la acción contractual el de dos años, “de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella (art. 136).*

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

*2. Regulación en la Ley 80 de 1993. El estatuto contractual contenido en la Ley 80 de 1993 modificó el término, de dos años, de caducidad de la acción de controversias*

---

<sup>90</sup> Laudo del 29 de octubre de 2014, proferido en el proceso arbitral de Lopera S.A. y Otros contra el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA.

*contractuales, previsto en el código contencioso Administrativo (art. 136 num.6) respecto de las omisiones de los contratantes y de las conductas antijurídicas de éstas; el término de caducidad de la acción previsto en el Código Contencioso Administrativo se conservó respecto al ataque de la validez del contrato, de los actos jurídicos (...) y de los hechos contractuales que no les son imputables a las partes (...).*

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

*(...)*

*3. Regulación en la Ley 446 de 1998. Dispuso que el término de caducidad de todas las acciones relativas a contratos, es de dos años. Unificó entonces el término para la presentación de las demandas, sin hacer diferencia respecto del cuestionamiento de los actos jurídicos contractuales, las conductas jurídicas (imputables o no a las partes contratantes) y las conductas antijurídicas contractuales. (...)<sup>91</sup>.*

Con posterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998, se expidió la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012, que en materia de caducidad de la acción relativa a los contratos estatales dispuso en su artículo 164 lo siguiente:

*“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.*

---

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Auto del 9 de marzo de 2000, Expediente No. 17333.

*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; (...).”*

De acuerdo con la norma citada, tratándose de contratos de ejecución sucesiva<sup>92</sup> será necesario analizar si el contrato requiere o no requiere liquidación. En caso de tratarse de un contrato que no requiere liquidación, el término de caducidad deberá contarse a partir del día siguiente a la terminación del contrato por cualquier causa, y si, por el contrario, el contrato requiere liquidación, la forma de hacer el cómputo del término de caducidad dependerá de acuerdo con lo señalado en los numerales iii), iv) y v), de si tal liquidación se realizó de común acuerdo, de manera unilateral o si no se realizó.

Esta disposición es, por las razones que se han expuesto y por ser el contrato *sub lite* de ejecución sucesiva, la que resulta aplicable al caso concreto y cuya aplicación pasará a analizarse en el siguiente aparte del presente laudo.

Adicionalmente, el Tribunal considera importante señalar que resultan aplicables las consideraciones señaladas por el Consejo de Estado y acogidas por diferentes tribunales de arbitraje<sup>93</sup>, según las cuales, en lo no previsto por el régimen procesal especial establecido en la Ley 1563 de 2012, la

---

<sup>92</sup> Los contratos de ejecución sucesiva son aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo, lo cual revela inequívocamente que no puede ejecutarse en “un solo acto único” sino en “varios actos escalonados”. URIBE HOLGUIN, Ricardo, “De las obligaciones y del contrato en general”, Ediciones Rosaristas, (Bogotá D.C.– 1980), Pág. 247.

<sup>93</sup> Tribunal de Arbitraje de Zapata Lopera S.A. contra El Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA adelantado ante la Cámara de Comercio de Medellín, Sentencia del 29 de octubre de 2014.

justicia arbitral debe aplicar las disposiciones que aplicaría el juez natural que conocería del caso de no haber las partes acordado la solución de las controversias a través del tribunal de arbitraje. Al respecto señaló el máximo tribunal de lo contencioso administrativo lo siguiente:

*“(…) En tal sentido, se deben distinguir las normas sustantivas aplicables a un negocio, de las procesales que rigen su conflicto. Las unas y las otras pertenecen a dos ordenamientos que no se chocan, ni se complementan, ni se excluyen; pues regulan aspectos diferentes que no tienen por qué relacionarse en el sentido de la identidad. Por ello, es incorrecto pensar, como ya lo ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, que si un contrato se rige por el derecho privado su juez es el civil y su régimen procesal el ordinario, pero si se rige por la ley 80 y por la ley 1.150 su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y su régimen procesal el del código contencioso administrativo. Esta equivalencia de regímenes jurídicos carece de fundamento normativo y jurisprudencial. Hasta la saciedad se ha sostenido que un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales. En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto- **si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquella son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato. Por esta razón, la acción que se ejerce ante los árbitros es la contractual, regulada en el art. 87 del Código Contencioso Administrativo, y por eso mismo el término de caducidad de la acción es la prevista en dicho estatuto, es decir, la regulada en el art. 136 num. 10.”**<sup>94</sup> (Resalta el Tribunal)*

Por lo anterior, es posible concluir que, debiéndose aplicar el régimen del contrato estatal las controversias que se deriven del contrato *sub lite* deberán ser ventiladas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en consecuencia, también serán aplicables en lo pertinente las normas procesales propias de dicha jurisdicción.

En este aspecto, considera importante el Tribunal mencionar que no considera aceptable la tesis doctrinal según la cual el proceso arbitral no se encuentra cobijado por la caducidad contemplada en la normatividad civil ni en la normatividad administrativa, que ha sido planteada así:

---

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 18 febrero de 2010, Expediente No. 2009-0058 (37004)

*“La caducidad de la acción arbitral. Siendo el proceso arbitral un proceso autónomo e independiente de los procesos tramitados ante la justicia ordinaria, llámese juez civil, comercial, de familia o de lo contencioso administrativo, es natural que las caducidades respectivas y relacionadas con estas acciones ordinarias no cobijan ni se trasladan al juicio arbitral (...).*

*La ley o estatuto arbitral no estableció ningún término de caducidad de la acción arbitral, por lo cual, como principio general, se aplica el término extintivo de 20 años previsto en el artículo 1º. de la Ley 50 de 1936 y el artículo 2536 del CC (...).*

*En este orden de ideas, la caducidad de las acciones administrativas establecidas expresamente en el artículo 44 de la ley 446 de 1998 no se comunican al juicio arbitral, porque no se trata de acciones ante lo contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho (caducidad de cuatro meses), de reparación directa (caducidad dos años) o una acción administrativa contractual (caducidad de dos años). No; se trata de un proceso arbitral-administrativo que se rige por la regla general de los 20 años”<sup>95</sup>.*

No comparte el Tribunal la tesis expuesta, pues considera que, como lo ha señalado otro Tribunal de Arbitraje: “(...) todo lo relacionado con la caducidad, tiene carácter general y se aplica al tipo de acción que se pretenda intentar, con prescindencia de cuál sea el juez competente. Dicho en otras palabras, tales ordenamientos de procedimiento se ocupan de regular la forma de acceder a la jurisdicción y en ellos, la caducidad regula el tipo de acción de manera general y no una caducidad según el juez que resulte competente”<sup>96</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, tratándose de Tribunales de Arbitraje deberá aplicarse la normatividad de caducidad que corresponda de acuerdo con la controversia de que se trate. Dado que en este caso, tal como se dijo, nos encontramos ante una controversia derivada de un contrato al que debe darse integralmente el tratamiento de contrato estatal, reitera el Tribunal que el régimen aplicable en materia de la caducidad es el establecido en la normatividad administrativa (artículo 164 de la Ley 1437 de 2011).

Así las cosas, a continuación, pasa a analizarse en concreto cuál es la normatividad, en materia de caducidad, que debe ser evaluada en el presente caso. Para estos efectos, lo primero que se debe dilucidar es si el fenómeno de la caducidad debe ser considerado como un fenómeno de naturaleza sustancial o de naturaleza procesal.

---

<sup>95</sup> GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, “Nuevo Régimen de Arbitramento - Manual Práctico”, Cámara de Comercio de Bogotá, (Bogotá D.C. – 2004).

<sup>96</sup> Tribunal de Arbitraje de Droservicio Ltda. y Grupo Médico De Occidente E.A.T. contra Cajanal S.A. EPS En Liquidación, adelantado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, decisión del 15 de octubre de 2008.

## 2.1. CARÁCTER SUSTANCIAL O PROCESAL DE LA CADUCIDAD

Son arduas las discusiones respecto del carácter sustancial o procesal de la caducidad. Para el profesor Carlos Betancur Jaramillo la caducidad tiene carácter sustancial:

*“No pueden confundirse los dos fenómenos [caducidad y prescripción], aunque en la práctica la misma ley y los doctrinantes los utilizan indistintamente. Aquél, es un término preclusivo de carácter sustancial (extintivo del derecho de acción), pues no ha sido establecido para consolidar la adquisición o extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, como ocurre con la prescripción, sino para dar, como se dijo, estabilidad y firmeza a una situación jurídica que la necesita. Si el derecho de acción es sustancial y fundamental (arts. 229 de la Carta) el fenómeno que lo extingue, la caducidad, será de la misma categoría”<sup>97</sup>.*

Por su parte, el profesor Jairo Enrique Solano, sostiene una posición contraria:

*“La doctrina hace consistir la caducidad como el “fenómeno jurídico de la extinción del derecho a accionar o recurrir por vencimiento del término perentorio concedido por la ley”. Así, la caducidad es otro presupuesto procesal para acudir a la jurisdicción, y establecido como fenómeno jurídico de extinción de los medios de control por el transcurso del tiempo. Es pues, una condición o recaudo procesal para promover las pretensiones contencioso-administrativas, dentro del plazo perentorio que fija la ley”<sup>98</sup>.*

El Consejo de Estado, por su parte, ha adoptado diferentes posiciones. En efecto, en auto del 27 de mayo de 2004 consideró que la caducidad era una figura de naturaleza sustancial y, en consecuencia, debían aplicarse las normas vigentes al momento de la celebración del contrato. Al respecto afirmó:

*“(…) Debe preguntarse, entonces, si las normas sobre caducidad son concernientes “a la sustanciación y ritualidad de los juicios”, pues, de ser así, tendría que concluirse que debe aplicarse, de manera inmediata, la nueva disposición, es decir, el art. 136 del C.C.A, reformado por la Ley 446 de 1998.*

*Al referirse a las normas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, la jurisprudencia ha entendido que se trata de disposiciones procesales, definiéndolas como aquellas que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que, por tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos. (...)*

---

<sup>97</sup> Betancur Jaramillo, Carlos, “Derecho Procesal Administrativo”, Editorial Señal Editora, (Bogotá D.C. – 2009), Pág. 179-180.

<sup>98</sup> Solano Sierra, Jairo Enrique, “Derecho Procesal Contencioso – Administrativo”, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., (Bogotá D.C.– 2014), Pág. 681.

*El derecho de acción es un derecho subjetivo público, en tanto faculta a la persona para acudir a la jurisdicción, a fin de buscar la satisfacción de los intereses amparados por el derecho. (...)*

*Conforme a lo expuesto, y en la medida en que el derecho de acción resulta directamente afectado por las normas sobre caducidad, es posible concluir que éstas no son de carácter procesal o, mejor, que no se trata de disposiciones relativas a la sustanciación y ritualidad de los juicios. En efecto, la caducidad determina de modo necesario el derecho de acción, al punto que constituye uno de los elementos esenciales del mismo; si la caducidad ha operado, el derecho no existe.*

*Por lo anterior, encuentra la sala que el art. 40 mencionado no resulta aplicable a las normas que regulan la caducidad, que, a pesar de estar contenidas en el C.C.A, tienen carácter sustancial, y no procesal”<sup>99</sup>.*

No obstante lo anterior, con posterioridad el Consejo de Estado recogió la posición citada y en decisión de 11 de octubre de 2006 afirmó que la caducidad es una disposición propia de la sustanciación y ritualidad de los juicios y, por tanto, resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En efecto, se afirmó:

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

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

*(...)*

*Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que*

---

<sup>99</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 27 de mayo de 2004, Expediente No. 2002-0513 (24371).

*resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata.*

*En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente”<sup>100</sup>.*

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional cuando afirma:

*“La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia”<sup>101</sup>.*

Este Tribunal considera acertada la posición según la cual las normas de caducidad de la acción judicial corresponden a las normas que regulan el modo de reclamar en juicio y, en consecuencia, deben considerarse como normas de naturaleza procesal, a las que les resulta aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

## 2.2. EL RÉGIMEN DE CADUCIDAD APLICABLE AL CONTRATO 1122-016-08

Como se ha referido, el régimen de caducidad de los contratos estatales ha sufrido a lo largo del tiempo diferentes modificaciones, y teniendo en cuenta que, como también se dijo, el Tribunal considera que la caducidad es una institución de naturaleza procesal, tiene aplicación el artículo 40 de Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, que dispone lo siguiente:

*"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

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

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

---

<sup>100</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 11 de octubre de 2006, Expediente No. 2001-00993 (30566).

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.



TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.

VS

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, REPRESENTADO POR FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-  
FIDUPREVISORA S.A.

---

Así las cosas, descendiendo al caso que ocupa al Tribunal, es necesario en primer lugar determinar desde cuándo empezó a correr el término de caducidad para poder establecer cuál es la normatividad aplicable. Para estos efectos se debe empezar por hacer un recuento de la duración del Contrato, a partir de los documentos contractuales obrantes en el expediente, así:

DOCUMENTO CONTRACTUAL	CLÁUSULA	DURACIÓN DEL CONTRATO
Contrato No. 1122-16-08, de fecha 26 de diciembre de 2008 <sup>102</sup>	Cláusula sexta. Plazo del Contrato	Hasta el 14 de diciembre de 2010
Otrosí No. 2 de fecha 14 de diciembre de 2010 <sup>103</sup>	Cláusula primera	Desde el 15 de diciembre de 2010 hasta el 30 de abril de 2011
Otrosí No. 3 de fecha 29 de abril de 2011 <sup>104</sup>	Cláusula primera	Desde 1 de mayo de 2011 hasta 31 de octubre de 2011
Otrosí No. 5 de fecha 31 de octubre de 2011 <sup>105</sup>	Cláusula primera	Desde 1 de noviembre de 2011 hasta 30 de abril de 2012

De acuerdo con el recuento el Contrato 1122-16-08 estuvo vigente hasta el 30 de abril de 2012.

En segundo lugar, es necesario hacer referencia al régimen de liquidación acordado en el contrato en la cláusula décimo séptima en los siguientes términos:

*“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El contrato, por ser de tracto sucesivo, deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el Artículo 6o de la Ley 80 de 1993 y Artículo 11 de la Ley 1150 de 2.007. Para el efecto, terminado el mismo por cualquier causa, se liquidará dentro de los seis (6) meses siguientes (sic) la fecha de Terminación. 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. (...)”*

---

<sup>102</sup> Cuaderno de Pruebas número 1, folio 46 y siguientes.

<sup>103</sup> Cuaderno de Pruebas número 1, folio 97 y siguientes.

<sup>104</sup> Cuaderno de Pruebas número 1, folio 99 y siguientes.

<sup>105</sup> Cuaderno de Pruebas número 1, folio 106 y siguientes.

Así, pues, las partes previeron que la liquidación del contrato se debería realizar de común acuerdo en un plazo mayor al de cuatro (4) meses establecido en la Ley 80 de 1993, acordando que la liquidación se debía realizar en el término de seis (6) meses contados a partir de su terminación.

En este sentido, se debe tener en cuenta que las partes suscribieron acta de liquidación del referido contrato, documento que fue aportado por la parte convocante y no fue tachado de falso por la convocada. No obstante, tal como lo destacaron en sus alegaciones finales el apoderado de la convocada y el agente del Ministerio Público, el documento mencionado no cuenta con una fecha cierta de suscripción. En la parte final del mismo únicamente se consignó la siguiente información:

*“En constancia de todo lo anterior, se firma la presente Acta de Liquidación Final Bilateral y de común acuerdo, por los que en ella intervinieron, a los [ESPACIO EN BLANCO] del mes de [ESPACIO EN BLANCO] de dos mil trece (2013)”<sup>106</sup>.*

Dado que, en este caso, el término de caducidad de la acción contractual empezó a correr a partir de la liquidación bilateral, y esta fue realizada en el año 2013, fecha para la que se encontraba vigente la Ley 1437 de 2011, y que dicha normatividad era la aplicable al momento de la terminación del Contrato (30 de abril de 2012), la norma aplicable es el artículo 164 del C.P.C.A., cuya aplicabilidad en este caso pasa a exponerse.

### **3. ANÁLISIS DE LA CADUCIDAD EN EL CASO CONCRETO**

#### **3.1. CADUCIDAD DEL ARTÍCULO 164 DE LA LEY 1437 DE 2011**

Como se dijo, la caducidad de la acción contractual debe ser analizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que establece que tratándose de contratos de ejecución sucesiva en los que se requiera liquidación<sup>107</sup> y la misma sea realizada de común acuerdo por las partes, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente a la firma del acta.

El contrato objeto de estudio es un contrato de ejecución sucesiva, que requiere liquidación y la misma se efectuó por las partes de común acuerdo. No obstante, como se dijo, si bien el Contrato No. 1122-16-08 se liquidó en el año 2013 no se probó dentro del proceso la fecha exacta de la suscripción por las partes del acta de liquidación.

En estas condiciones y so pena de desconocer el régimen de caducidad, para computar el término de este se deben tener en cuenta los términos de liquidación del contrato pactados en el mismo. Como lo afirman el agente del Ministerio Público y el apoderado de la parte convocada, no es posible tener como referencia para contar el término de caducidad una fecha de liquidación bilateral posterior a la que surge de los términos establecidos en el contrato y en la ley, pues ello comportaría

---

<sup>106</sup> Cuaderno de Pruebas número 1, folio 116.

<sup>107</sup> De acuerdo con la jurisprudencia la Liquidación es requerida tanto cuando la ley lo establece, como cuando las partes lo acuerdan en el contrato. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344

eventualmente una variación convencional del régimen de cómputo de la caducidad lo que, en criterio del Tribunal, y dado el carácter de orden público de la caducidad, no podría quedar al arbitrio de la voluntad de las partes. En este aspecto, comparte este Tribunal la jurisprudencia del Consejo de Estado que, al respecto, se ha pronunciado señalando:

*“Pues bien, de todas estas características que se han mencionado emerge que una vez que se da el supuesto de hecho que el legislador ha señalado como comienzo del término de caducidad, él indefectiblemente empieza a correr y **en ningún caso queda en manos de alguna de las partes la posibilidad de variar el termino prefijado en la ley.***

**Por consiguiente si, cuando es menester la liquidación del contrato, hay un plazo legalmente señalado para realizarla, bien sea de común acuerdo o bien sea de manera unilateral, y si la caducidad de la acción contractual empieza a correr a partir de la respectiva liquidación, es conclusión obligada que si el plazo legalmente previsto para realizar la liquidación concluye sin que esta se hubiere hecho, irremediamente el término de caducidad habrá empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento y por ende ninguna incidencia tendría en el término de caducidad una liquidación posterior. Sostener lo contrario sería tanto como argumentar que el término de caducidad puede quedar al arbitrio de alguna de las partes.**

*En efecto, de no ser como se viene afirmando se llegaría a la extraña e ilegal situación de existir un término de caducidad superior al previsto en la ley en virtud de la decisión de alguna de las partes (...)*

*Y es que la posición que aquí se critica impondría la obligada pero errada e ilegal conclusión consistente en que el término de caducidad ya no sería de dos años contados a partir del momento en que vencieron los términos legales para liquidar el contrato (...), todo por decisión de quien o quienes liquidaron el contrato por fuera de los términos legalmente previstos para ello”<sup>108</sup> (Resalta y subraya el Tribunal)*

Descendiendo al caso concreto observa el Tribunal que, dado que el Contrato 1122-016-08 terminó el 30 de abril de 2012 y que tal día era el último día de ejecución, el término de liquidación bilateral se debe empezar a contar a partir del día siguiente, esto es, el 1 de mayo de 2012, como lo señala en su concepto el señor agente del Ministerio Público. Así las cosas, es posible entender que los seis (6) meses pactados por las partes para la liquidación del Contrato vencían el 1 de noviembre del mismo año.

---

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, Auto de 8 de junio de 2016, Expediente No. 54067.

Una vez vencido el término de liquidación bilateral, el contrato establecía la posibilidad de liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes, y dado que según lo ya dicho las partes tenían para realizar la liquidación de común acuerdo hasta el 1 de noviembre de 2012, esos dos (2) meses se comienzan a contar a partir del día siguiente, esto es, el 2 de noviembre de 2012, y, por ende, la liquidación unilateral podría realizarse hasta el 2 de enero de 2013.

Ahora bien, en criterio del Tribunal, el término de caducidad empezó a correr desde el día siguiente al 2 de enero de 2013, esto es, el 3 de enero de 2013, de suerte que la entidad demandante contaba con dos años para acudir a la jurisdicción y tal plazo venció el 3 de enero de 2015. Así las cosas y puesto que la demanda se presentó el 24 de noviembre de 2015, se debe concluir que ella fue presentada una vez ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción contractual<sup>109</sup>.

No desconoce este Tribunal que algunos doctrinantes, como Carlos Betancur Jaramillo, sostienen que con la modificación del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, por medio del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el término de caducidad se debe contar a partir de la suscripción del acta de liquidación, sin importar que la misma se suscriba con posterioridad al vencimiento de los términos pactados en el contrato o establecidos en la ley. En efecto, el Dr. Betancur sostiene:

*“1. La ley 1150 da la solución al primer interrogante, ya que la administración igualmente podrá hacerla unilateralmente dentro del término de dos años contados desde el vencimiento de los dos meses que inicialmente tenía para el efecto. En esta hipótesis la caducidad de los dos años se contará desde la ejecutoria del acto que contiene esa liquidación. Aunque esto puede demorar excesivamente la liquidación de los contratos, creemos que esta sea la solución porque de lo contrario el nuevo acto de liquidación tendría un término de caducidad menor a los dos (2) años e incluso no tendría término. Piénsese en una liquidación efectuada el último día del vencimiento de esos dos (2) años. La solución no podría ser, que dicho acto ya no sería demandable por haberse caducado su acción.*

*3. En cuanto al segundo interrogante se afirma que, igualmente, pasados los dos meses iniciales, las partes podrán de común acuerdo hacer la liquidación y la caducidad de los dos años empezará a correr a partir de la firma del acta”<sup>110</sup>.*

---

<sup>109</sup> No comparte el Tribunal la aplicación de términos de vacancia judicial propuesta por el Ministerio Público, pues como se ha señalado en diferentes tribunales, los mismos no resultan aplicables a la justicia arbitral, respecto de lo cual se trae a colación la siguiente cita jurisprudencial: “Como se advierte de la primera de las disposiciones citadas, la conocida “vacancia judicial” por vacaciones anuales, que comprende entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero siguiente, inclusive, y los días de “semana santa”, solo cubre a la jurisdicción ordinaria y, en concreto, a los funcionarios y empleados de las ramas y despachos mencionados, así como a los respectivos agentes del ministerio público. Pero esa previsión no cubre a los tribunales de arbitramento porque no son “despachos judiciales” ni están mencionados en la disposición legal. Tampoco cubre a los árbitros mismos porque no son funcionarios ni empleados de la rama judicial, sino particulares facultados para administrar justicia, calidad que no justificaría una consideración de “vacaciones” por esa labor transitoria y excepcional, cuyo descanso no está vinculado al asunto particular a su cargo”. Tribunal de Arbitraje de Droservicio Ltda y otro contra Cajanal S.A. EPS En Liquidación, Laudo del 15 de octubre de 2008.

<sup>110</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos, “Derecho Procesal Administrativo”, Editorial Señal Editora, (Bogotá D.C. – 2009), Pág. 638

No comparte este Tribunal la posición doctrinal mencionada, en tanto la misma desconoce que es la propia disposición legal la que señala que si bien las partes pueden liquidar el contrato dentro de los dos años siguientes a la terminación del plazo para liquidar, tal facultad la pueden ejercer sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), lo que implica que el ejercicio de la misma se sujeta a que no se haya configurado el término de caducidad.

Un entendimiento en sentido contrario implica, como lo ha señalado el Consejo de Estado, que las partes pueden de común acuerdo modificar el término de caducidad, cuando tal término siendo una institución de orden público resulta inmodificable por la voluntad de las mismas<sup>111</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, en este caso y para los efectos del cómputo del término de caducidad de la acción contractual, no se podrá entender que el acta de liquidación que suscribieron las partes, fue de fecha posterior al término establecido en el contrato para realizar tal liquidación o, en caso de haberlo sido, el término de caducidad se deberá contar en todo caso a partir del día siguiente al vencimiento del plazo establecido en la Cláusula 17 del Contrato 1122-16-08 para su liquidación que, como se dijo, acaeció el 2 de enero de 2013.

Es la propia ley la que le asigna una carga a los miembros del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación solícita y efectiva de sus derechos reconocidos, y dado que en este caso no se cumplió la carga de diligencia, o mejor, del reclamo oportuno, debe este Tribunal de oficio declarar probada la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la acción contractual promovida por la parte demandante.

Entonces, al hallarse probada la caducidad de la acción el Tribunal procederá a declararla de oficio y ello conduce, además, al rechazo de todas las pretensiones de la demanda, tal como se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

#### **IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO**

Teniendo en cuenta que se encontró probado el fenómeno de la caducidad respecto de la acción promovida por la parte convocante, y como consecuencia de ello el Tribunal ha de abstenerse de examinar el resto del litigio, no se configuran los presupuestos exigidos por la ley procesal para la aplicación de sanciones relacionadas con el juramento estimatorio incluido en la demanda, en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso.

---

<sup>111</sup> Al respecto resulta importante citar al profesor Hinestrosa:

*“Cual se indicó atrás, la caducidad tiene mayor coeficiente o una mayor orden o interés público, con causales taxativamente señaladas en la ley, que determina su inderogabilidad y la inalterabilidad de sus efectos: no se puede prescindir de ella, de nada valen las ampliaciones o restricciones de sus términos”* HINESTROSA, FERNANDO, *“La prescripción extintiva”*, Universidad Externado de Colombia, (Bogotá D.C. -2006), Pág. 258.

## V. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280 de Código General del Proceso, el Tribunal resalta la conducta procesal de las partes en este trámite, considerando que, por intermedio de sus apoderados judiciales, actuaron de manera leal y respetuosa.

## VI. LAS COSTAS

### 1. EXPENSAS Y GASTOS SUFRAGADOS DURANTE EL CURSO DEL PROCESO

Los honorarios y gastos del proceso que surgen de su carácter arbitral fueron determinados en la audiencia celebrada el pasado veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017)<sup>112</sup> y fueron asumidos íntegramente por la parte demandante<sup>113</sup>.

En adición, las partes incurrieron en gastos relativos a los honorarios de la perito contable por la suma de \$21.420.000, incluido IVA<sup>114</sup>, pagada por ambas partes, y a los honorarios del perito actuario por la suma de \$113.050.000, incluido IVA<sup>115</sup>, la cual también fue pagada por ambas partes. En total, las partes incurrieron en la suma de \$134.470.000 y cada una de ellas asumió de este total la cantidad de \$67.235.000.

### 2. AGENCIAS EN DERECHO

El Tribunal estima como agencias en derecho para efectos de la condena en costas que se resuelve a continuación la suma de \$122.000.000, que equivale aproximadamente al cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de un árbitro.

### 3. CONDENA

Tomando en cuenta que fracasaron íntegramente las pretensiones de la demanda, el Tribunal condenará a Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., al pago del 100% de las costas del proceso.

Para el efecto, el Tribunal tiene en cuenta que fue acreditado en el proceso que la parte demandante pagó la totalidad de honorarios y gastos del proceso, y la parte convocada no acreditó haber hecho reembolso alguno de los mismos en la proporción que le correspondía asumir, por lo cual no hará

---

<sup>112</sup> Cuaderno Principal número 1, Acta número 5, folios 462 a 466.

<sup>113</sup> Así consta en el informe del Presidente del Acta número 6, folio 471 del Cuaderno Principal número 1. No fue acreditado ante este Tribunal que la parte demandada hubiera efectuado reembolso de dicha suma a la parte demandante.

<sup>114</sup> Acta número 13, folios 571 a 573 del Cuaderno Principal número 1.

<sup>115</sup> Acta número 16, folios 592 a 597 del Cuaderno Principal número 1.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.

VS

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, REPRESENTADO POR FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-  
FIDUPREVISORA S.A.

---

condena por suma alguna relacionada por dichos conceptos, sino únicamente por las agencias en derecho establecidas en el punto anterior.

Respecto de los pagos de los peritos, ordenará que dicha sociedad pague a la parte demandada la suma de \$67.235.000.

En consecuencia, Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., deberá pagar al Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A. la suma de \$189.325.000, por concepto de costas.

### CAPÍTULO TERCERO - DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., de una parte, y el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A., de la otra, habilitado por las partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO** probada la caducidad de la acción contractual promovida por la parte convocante Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración, negar las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** No imponer sanción alguna derivada del juramento estimatorio hecho en la demanda.

**CUARTO:** Condenar a la parte convocante, Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., a pagar al Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A., dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de ciento ochenta y nueve millones trescientos veinticinco mil pesos (\$189.325.000) moneda legal colombiana, por concepto de costas del proceso.

**QUINTO:** Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del Tribunal, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, junto con el IVA respectivo, previo el cumplimiento de lo dispuesto respecto del pago de la contribución especial arbitral creada por la Ley 1743 de 2014, modificada por la Ley 1819 de 2016. Así mismo, se dispone que las partes deberán expedir y entregar los respectivos certificados individuales de las retenciones practicadas a nombre de cada uno de los árbitros y de la secretaria del Tribunal.

**SEXTO:** Disponer que en la oportunidad legal el Presidente del Tribunal rinda las cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los gastos y honorarios de este Tribunal, y si es del caso, devolver cualquier saldo que quedare.

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



**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE  
FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.  
VS  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, REPRESENTADO POR FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-  
FIDUPREVISORA S.A.**

---

Notifíquese y cúmplase,

**ERNESTO RENGIFO GARCÍA**  
Presidente

**CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO**  
Arbitro

**JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO**  
Arbitro

**MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ**  
Secretaria