

Laudo Arbitral

Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín S.A.

v.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A.

Diciembre 5 de 2003

Bogotá, D.C., 5 de diciembre de dos mil tres (2003).

A las 2:00 p.m. del 5 de diciembre de dos mil tres (2003), día y hora señalados por auto 33 de diciembre 1º del mismo año, el cual fue notificado personalmente a las partes, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que en derecho corresponda, en el proceso arbitral promovido por la Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín S.A. contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A.

I. Antecedentes

La Unión Temporal formada por Comfama-Massalud-Clínica Medellín, por conducto de apoderado especial, con fundamento en la cláusula —vigésima sexta— compromisoria contenida en el contrato 1122-1008/2000 citó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A., para que mediante el trámite del proceso arbitral se resolvieran las controversias que surgieron entre las partes, en razón del mencionado contrato.

La solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento y la demanda arbitral se presentaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante centro de arbitraje y conciliación) el 12 de noviembre del 2002 (fls. 1 a 48, cdno. ppal. 1). Mediante auto de 26 de noviembre del 2002, el director del centro de arbitraje y conciliación admitió la solicitud de convocatoria y corrió traslado de la demanda y de sus anexos a la convocada, por el término de diez días (fls. 59 a 61, cdno. ppal. 1).

Mediante sorteo público realizado el 11 de febrero del 2003, la Cámara de Comercio de Bogotá nombró como árbitros principales a Luis Carlos Sáchica Aponte, Héctor J. Romero Díaz y Pedro Nel Escorcía Castillo.

Se notificó a los árbitros designados, quienes aceptaron oportunamente.

Audiencia de instalación.

Previas las citaciones correspondientes, el tribunal de arbitramento se instaló en audiencia celebrada el 12 de marzo del 2003, en la cual fue designado como presidente el árbitro Pedro Nel Escorcía Castillo, y como secretario Ricardo Vanegas Beltrán (fls. 85 a 87, cdno. ppal. 1).

El tribunal de arbitramento, con el fin de evitar cualquier vicio en el trámite, teniendo en cuenta los efectos de la Sentencia **C-1038 de 28 de noviembre del 2002**, de la Corte Constitucional, revisó nuevamente la demanda presentada por la convocante y por encontrar que llenaba los requisitos legales la admitió, dispuso que se hiciera la notificación personal como lo ordena la ley y se corriera el traslado a la convocada por el término legal (fls. 86 y 87, cdno. ppal. 1).

A la convocada se le notificó personalmente el auto de admisión de la demanda y se le corrió traslado en forma legal, el 27 de marzo del 2003 (fl. 89, cdno. ppal. 1). El 10 de abril del 2003, la demandada, mediante apoderado, presentó contestación a la demanda, en la cual se opuso expresamente a las declaraciones y condenas pedidas y propuso excepciones perentorias (fls. 91 a 145, cdno. ppal. 1). De las excepciones de fondo propuestas se corrió traslado a la parte demandante (fl. 154, cdno. ppal. 1).

Mediante auto 4 de 30 de abril del 2003, el tribunal citó a las partes y a sus apoderados para que se llevara a cabo audiencia de conciliación, el 7 de mayo del 2003 a las 10:00 a.m.

En esa audiencia, cuya finalidad era evacuar la conciliación a la que fueron oportuna y previamente citadas las partes, se le otorgó el uso de la palabra al representante legal suplente y apoderado judicial de la parte convocada, quien manifestó que la fiduciaria no tenía facultad para disponer del derecho en esa audiencia, pues solo hasta la tarde se reuniría el consejo directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El señor agente del Ministerio Público llamó la atención del representante de la fiduciaria por no haber hecho tal manifestación con antelación (fls. 181 y 182, cdno. ppal. 1). Se dispuso ante lo anterior, suspender la audiencia en cuestión para continuarla el día 13 de mayo del 2003 (fl. 183, cdno. ppal. 1).

El 13 de mayo del 2003, fecha en la cual se continuó y terminó la audiencia, las partes llegaron a una conciliación parcial, concretamente en relación con la pretensión novena de la demanda, la cual se redujo de la suma de “\$ 2.371.000.000 correspondientes a la factura 422313 de enero del 2002 a la suma de \$ 135.885.182. Lo anterior por pago parcial efectuado en noviembre 19 del 2002 por valor de \$ 2.235.114.818.

Consecuentemente los solicitados por la parte convocante y que serán debatidos en este proceso incluidos los mencionados \$ 135.885.182. ascendieron a la suma de \$ 15.055.885.182, y en la misma cifra se estima la cuantía del pleito” (fl. 186, cdno. ppal. 1).

Aprobada la conciliación parcial a la que llegaron las partes, procedió el tribunal a fijar los gastos y honorarios causados por el trámite del proceso, para cuya liquidación se tomó la suma recientemente referida, a la cual se le aplicaron las tablas y porcentajes establecidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, para realizar los respectivos cálculos (187 a 189, cdno. ppal. 1).

Como la parte convocante canceló oportunamente los honorarios y gastos que le correspondían, así como los que debía asumir la parte convocada, (fl. 190, cdno. ppal. 1) mediante auto de fecha de 5 de junio del 2003, el tribunal señaló como fecha para la primera audiencia de trámite el 10 de junio del 2003 a las 4:00 p.m. (acta 7).

Primera audiencia de trámite.

El 10 de junio del 2003, mediante auto 9, previo estudio de la cláusula arbitral y del asunto sometido a su conocimiento, el tribunal se declaró incompetente para conocer de las pretensiones 1, 2 y 3 de la demanda, así como de los hechos en que se sustentan las mismas (fl. 206, cdno. ppal. 1).

Así mismo, se declaró competente para conocer de las peticiones 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la demanda. Se hizo de otro lado, una precisión respecto de la pretensión ocho, en relación con la cual se dispuso que el tribunal solo tiene competencia para conocer del aparte que alude a la ejecución del contrato, no en cuanto a la concepción y elaboración del mismo.

En la misma audiencia el tribunal decretó pruebas, las cuales fueron practicadas en forma legal (auto 11, fl. 208, cdno. ppal. 1).

Agotado el período probatorio, el tribunal señaló como fecha para alegar de conclusión el 19 de noviembre del 2003, fecha esta, en la cual, en audiencia se oyó a los apoderados de las partes y al señor agente del Ministerio Público en alegatos finales, quienes además hicieron entrega de copia escrita de los mismos alegatos, las que se agregaron al expediente.

Corresponde ahora al tribunal, mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo que hace oportunamente, pues, como la primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 10 de junio del 2003, se produjo una suspensión del proceso por siete (7) días (fl. 361 del cdno. ppal. 1) y finalmente, el tribunal en uso de la facultad prevista en el inciso 4º del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, amplió el término de este tribunal en dos meses adicionales para proferir el laudo. Teniendo en cuenta lo anterior el término para proferir el laudo vence el 17 de febrero del 2004.

II. La demanda y su contestación

1. Pretensiones de la demanda.

La convocante Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín, formuló en su demanda doce pretensiones (fls. 2 a 4, cdno. ppal. 1). Sin embargo, como ya se dijo, el tribunal mediante auto 9 (fls. 206 y 207, cdno. ppal. 1) se declaró incompetente para conocer de las pretensiones 1, 2, 3 de la demanda y de la 8 en cuanto a la concepción y elaboración del contrato.

Las pretensiones se redujeron a las siguientes:

[...].

“4. Que se declare que la entidad demandada violó el numeral 9º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, al actuar de modo que por causas a ella imputables sobrevino una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, negándose a corregir los desajustes que se presentaron en la ejecución del contrato y a acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que se presentaron entre las partes.

5. Que se declare [que] la entidad demandada violó el artículo 5º de la Ley 80 de 1993, al negarse a restablecer el equilibrio de la ecuación económica del contrato por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables a los contratistas y sí, al incumplimiento de la demandada.

6. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que la entidad demandada incumplió las obligaciones a su cargo, emanadas del contrato de prestación de servicios 1122-1008/2000, en lo concerniente a los (sic) que en dichas declaraciones establece.

7. Que se declare, además, que la entidad demandada incumplió las obligaciones a su cargo, emanadas del contrato en mención, al no pagar oportunamente las facturas 0422313 y 0422528 que la Unión Temporal le presentó en febrero del año en curso por las sumas respectivas de \$ 2.371.000.000 y \$ 1.296.000.000.

8. Que se declare, también en consecuencia, la responsabilidad civil contractual de la entidad demandada frente a los demandantes por los perjuicios que les causó el comportamiento irregular de aquella en la [...] ejecución del contrato de prestación de servicios 1122-1008 de 2000.

9. Que se declare que dichos perjuicios ascendieron [a] la suma total de \$ 17.291.000.000, por los siguientes conceptos \$ 13.624.000.000 correspondientes al desequilibrio de la ecuación financiera del contrato por causas imputables a la entidad demandada; \$ 2.371.000.000 por la factura 422313 correspondiente al mes de enero del 2002; \$ 1.296.000.000 por la factura correspondiente al mes de febrero del 2002”.

[...].

El tribunal aclara que esta pretensión se redujo a \$ 135.683.691 según el folio 186 cuaderno principal 1, en el que consta la respectiva conciliación.

Así mismo se aclara que la totalidad de las prestaciones reclamadas ascienden a la suma de \$ 15.055.885.182, después de la conciliación parcial que entre las partes se ha celebrado y aprobado debidamente por parte del tribunal.

[...].

“10. En subsidio, que se declare que ascendieron a lo que se pruebe dentro del proceso.

11. Que se proceda a la liquidación del contrato en los términos de la ley.

12. Que como consecuencia de la[s] declaraciones anteriores, se condene a la entidad demandada a pagarles a las demandantes a partir de la ejecutoria del laudo arbitral las sumas que se determinen a cargo suyo, más los ajustes de valor e intereses corrientes moratorios y que sean de rigor, en las siguientes proporciones: el 90% a Comfama; el 5% a Massalud; el 5%, a la Clínica Medellín S.A.”.

2. Hechos fundamento de la demanda.

Los hechos en los cuales se fundamentó la demanda se resumen de la siguiente manera:

1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para garantizar la prestación de servicios de salud de los docentes, pensionados y beneficiarios del departamento de Antioquia, formuló invitación pública para seleccionar el contratista que asegurara y garantizara la prestación de dichos servicios.
 2. En desarrollo de lo anterior, se celebró el contrato de prestación de servicios 1122-1008/2000 entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, constituido en patrimonio autónomo y la Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín. Los recursos de dicho patrimonio autónomo se administran mediante el mecanismo de administración fiduciaria, a cargo de Fiduciaria La Previsora S.A.
 3. La Unión Temporal se solemnizó mediante el acuerdo suscrito por los representantes legales de las tres entidades que la integran. La participación en el contrato se distribuye así: 90% para Comfama; 5% para Massalud y 5% para Clínica Medellín S.A.
 4. El término de duración del contrato mencionado en el hecho 2 vencía el 31 de octubre del 2001. Sin embargo, por acuerdo de las partes se prorrogó hasta el 31 de enero del 2002.
 5. La Unión Temporal dio comienzo a la ejecución del contrato el 30 de octubre del 2000.
 6. Antes de la Unión Temporal, la entidad que prestaba los servicios al magisterio era Comfenalco.
 7. Para la continuidad en la prestación de los servicios, era necesario un empalme entre la Unión Temporal y Comfenalco, para que se pudiese contar con la información del personal que demandaría los servicios.
 8. El 16 de noviembre del 2000 el gerente del programa magisterio se dirigió al vicepresidente FNPSM de Fiduciaria La Previsora, solicitándole la precisión de varios puntos relacionados con los beneficiarios de educadores afiliados a otra EPS y que quisieran afiliarse a la Unión Temporal. Entre otros, se solicitó precisar puntos como los siguientes:
 - A partir de qué momento adquirirían el derecho a la prestación de los servicios.
 - Si el paciente venía de tratamiento para una enfermedad previa, cómo sería el manejo de la misma, a partir de qué momento y cómo sería el pago.
 - Cómo sería el mecanismo para el traslado de recursos para la atención de estos beneficiarios.
 - Cómo se haría el recobro, la cuenta en que se consignaría a la fiduciaria, los trámites a cargo del usuario y qué información se le daría.
 9. El departamento de planeación y control de la unidad estratégica de salud de Comfama se dirigió al Fondo Prestacional del Magisterio de la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia, manifestándole su insatisfacción respecto del proceso de empalme con el anterior contratista, fundamentalmente en cuanto a las bases de datos, identificación de la población activa e inactiva que se presentó a La Previsora para el levantamiento de los términos de referencia, pacientes catastróficos, hospitalizados por fuera del área metropolitana del Valle de Aburrá y teléfonos de usuarios.
- Igualmente, se solicitó aclaración sobre las diferencias en el número de afiliados y beneficiarios registrados por el anterior contratista y los que aparecían en los términos de referencia.
10. Comfama se dirigió al programa de auditoría médica de La Previsora S.A. informándole que no se había recibido a satisfacción la información y bases de datos para la administración del programa, y pidió que se aplazara la entrega de datos para la carnetización de los afiliados al programa.
 11. Comfama le comunicó al Fondo de Prestaciones de Fiduciaria La Previsora S.A., la relación del costo en que incurrió para la elaboración de una base de datos, por la no entrega de la misma por parte de Comfenalco: los costos ascendieron a la suma de \$ 91.975.400. La Previsora S.A., consideró que la Unión Temporal debía

reclamárselo al anterior contratista.

12. En reunión de represamientos se decidió la conformación de un grupo de evaluación del que hicieron parte representantes de Comfenalco y de Comfama.

13. Desde el comienzo de la ejecución contractual se presentaron problemas con el vademécum que debía utilizarse.

Todos los planes de servicio de salud, incluido el régimen especial que es el caso del programa magisterio tienen un vademécum por el cual se guían los médicos para prescribir tratamientos.

14. La Ley 100 de 1993 reglamenta estos listados. Para el régimen contributivo está conformado por medicamentos que cubren la totalidad de las áreas y especialidades médicas, producidos en el país en su denominación genérica a menor precio.

En el caso del magisterio, cada contratista elabora su listado de medicamentos, el cual es avalado por Fiduciaria La Previsora y por el comité regional, quien lo aprueba.

En Antioquia, el anterior contratista tenía un Vademécum definido, avalado por el comité regional, a quien la Unión Temporal, solicitó le permitiera utilizar, porque no podía elaborar un listado propio, por cuanto desconocía datos.

15. No se aceptó esta solicitud. Se informó por el contrario que mientras la Unión Temporal, no tuviera un vademécum aprobado, tendría la obligación de suministrar todos los medicamentos que estuviesen aprobados para su uso en Colombia. Esto implicó que se incrementaran significativamente los costos. Se trató de construir un vademécum, siguiendo las indicaciones de La Previsora; sin embargo, la aprobación por el comité regional se obtuvo solo en el mes de octubre del 2001.

Para aprobar el vademécum, el comité requería el criterio técnico médico del auditor de La Previsora y Antioquia estuvo sin auditor regional por 3 meses. Se solicitó la validación del vademécum por parte de los auditores de La Previsora en Bogotá, quienes lo aprobaron en julio del 2001. Esa aprobación no fue aceptada por el comité regional, por lo pactado en el contrato. El nuevo vademécum empezó a cumplir sus funciones un mes después, ya que se debía capacitar a los médicos y a la población en su manejo.

16. En la ejecución del contrato, el tema de medicamentos ha tenido un peso de 38% de los ingresos, lo que supera ampliamente lo presupuestado por la Unión Temporal.

17. La Unión Temporal tenía un presupuesto *per cápita* de \$ 4.022. mensuales para el suministro de medicamentos. Valor superior a los \$ 1.970. que se consumen actualmente en promedio en el régimen contributivo. Pero el gasto real por afiliado por mes correspondiente a este concepto estuvo cerca de los \$ 10.765.

Comfama logró negociaciones con los proveedores de medicamentos a precios muy competitivos, pero siempre estuvo en desventaja, hasta octubre del año 2001.

18. No es entendible la demora en la aprobación del vademécum por parte del comité regional. Tampoco se entiende la negativa por parte de este mismo órgano para utilizar el vademécum del anterior contratista, de forma temporal.

Se pasó de más de 5000 sustancias a casi 600 medicamentos incluidos en el listado aprobado por el comité.

19. El vademécum es una herramienta desarrollada a nivel mundial por las empresas dedicadas al negocio de aseguramiento en salud o "*manage care*". Está constituido por las sustancias o principios activos que han demostrado mayor costo-efectividad en el manejo de las enfermedades de la población afiliada. No contar con vademécum implica que los costos sean mayores. El seguro cubre las que están incluidas en el listado. La Unión Temporal se veía forzada a suministrar la totalidad de la formulación sin ningún costo para el paciente, por cuanto no existía vademécum.

20. La Unión Temporal tuvo dificultades en los primeros meses de operación para consolidar informes estadísticos porque el anterior contratista no le entregó a la Unión Temporal, una base de datos de afiliados actualizada y completa. Sin esta los procesos de comprobación de derechos y autorización de servicios se debían realizar manualmente, lo cual dificultó las estadísticas e informes.

21. Ante lo anterior, en los primeros meses del contrato se solicitaba a los proveedores de servicios un consolidado de las actividades realizadas, con el fin de preparar el informe a presentar en el comité de certificación. Las instituciones del área metropolitana eran disciplinadas en el reporte de esa información.

22. La Unión Temporal tenía algunas obligaciones en la prestación de los servicios, de acuerdo con estándares entregados por La Previsora y el Fondo Regional de Prestaciones del Magisterio.

Estos estándares determinaban una capacidad instalada que debía garantizar la U.T. para prestar los servicios. Así, se estimaron 4680 procedimientos quirúrgicos por quince meses de ejercicio y se realizaron casi 7500.

23. La alta demanda de procedimientos quirúrgicos también incrementaba otros servicios por parte de los usuarios, como ayudas para confirmar diagnósticos, más visitas a los especialistas, mayor número de medicamentos para patologías específicas y más días de incapacidad.

24. No contar con un diagnóstico certero del perfil epidemiológico de la población, hizo que las proyecciones de servicios fueran incorrectas.

25. La Unión Temporal, se enfrentó a una población cuya siniestralidad desconocía tanto como La Previsora. Sus patologías y costumbres no fueron solucionadas ni orientadas hacia correctos hábitos en los 10 años anteriores.

26. El hecho de haber tenido un desfase grande en el número de procedimientos quirúrgicos, incide en el desequilibrio contractual, pues se generan altos costos para el contratista.

27. La composición por grupos de edad de esta población es diferente a la normal del departamento. Hay concentración de adultos envejecientes y especialmente mujeres lo que implica una serie de costos asociados a la carga de enfermedad de ese mismo grupo. La Previsora debía conocer esa situación y advertirla al momento de abrir licitación. La fiduciaria manifestó no conocer el impacto del perfil epidemiológico a través de los programas que el anterior contratista tenía para estos grupos.

28. Los docentes están expuestos a ciertos factores, lo que hace que, desde el punto de vista ocupacional sea más costosa su atención médica. Esta carga de enfermedad venía siendo manejada con medidas paliativas. Ello incrementó el volumen de cirugías y procedimientos quirúrgicos aplazados por el anterior contratista.

29. Existió gran número de pacientes en el programa de salud mental, situación comunicada al comité regional, quien no dio ninguna solución al respecto.

30. En un contrato de aseguramiento existen tres factores que determinan los resultados finales: plan de beneficios, prima y siniestralidad. El contratante debe advertir al contratista las situaciones especiales que tiene la población asegurada y que podrían alterar la siniestralidad de la población. Como la Unión Temporal no fue advertida de ninguna situación de ese tipo se presentó un desfase desde el inicio del contrato. La siniestralidad del magisterio antioqueño, es diferente a la del resto de la población.

31. En todo contrato de prestación de servicios en salud se debe contar con una base de datos que relacione la población a atender, con características que permitan su correcta identificación. En la oferta, se entendía que el anterior contratista debería entregar la base de datos de su población.

A partir de esa información, se entendía que la Unión Temporal debería construir la base de datos adicional. Esto es, la de unos pocos usuarios que hacían parte de la extensión de cobertura: hijos entre los 18 y 25 años, además de las novedades que se fueran presentando en el ejercicio del convenio, ingreso de docentes pensionados con sus beneficiarios, docentes de otros departamentos que eran trasladados para Antioquia, docentes que ingresaban a las nóminas de los diferentes municipios.

32. En el empalme se recibió una base de datos que no correspondía a la realidad. Se hablaba de 73.000 usuarios y la base entregada por Comfenalco reportaba más de 80.000. La posición fue siempre de no colaboración, razón por la cual, la Unión Temporal tuvo que construir su propia base de datos, la que requirió de mucho tiempo y esfuerzo, y un período en el cual no se tenía certeza de la afiliación de los usuarios. Ese proceso tardó todo el ejercicio del convenio y hasta el final del mismo quedaban usuarios sin afiliarse.

33. La Unión Temporal construyó una base de datos que contenía mayor información. Se logró un sistema que corría en Internet para que en los puntos de atención se pudiera hacer la verificación de derechos. Se contaba con 13 centros de salud propios en los que en horas de atención existía personal encargado de estos trámites. El call center funcionaba las 24 horas, prestaba este servicio a todo el país, de forma gratuita.

34. En un día normal, los funcionarios contratados para ello tenían que verificar derechos para usuarios que requerían servicios por un valor cercano a los \$ 100.000.000, y que implicaban la autorización de los CIS, del call center o de los auditores de la sede administrativa. Durante mucho tiempo los usuarios se identificaban con el carné del anterior contratista, muchas veces vencido, pero esas fueron las instrucciones del comité regional y de La Previsora.

La base de datos que se entregó contenía alrededor de 7.000 registros que no correspondían, por lo cual los usuarios obtuvieron servicio por 3 ó 4 meses sin tener derecho y sin posibilidad de identificarlos. Solo en septiembre y octubre del 2001 se lograron hacer cruces de las bases de datos para su depuración.

35. La base de datos recibida del anterior contratista tenía un porcentaje de error cercano al 10%.

36. Se presentaron abusos, pues hubo usuarios que fueron atendidos sin tener derecho, pertenecían a Comfenalco pero en otro régimen de seguridad social, eventos que han sido difíciles de cuantificar.

37. La Unión Temporal trabajó tres meses sin sistema de información. Todo sistema de información necesita una base de datos madre para operar. En los contratos de aseguramiento en salud, la base de datos principal es la de afiliados cotizantes; al no contar con esta, hubo que prestar servicios, verificando manualmente y generando autorizaciones de servicios sin información.

38. Debía solicitarse el anterior carné, o copia más el documento de identidad. Existían usuarios que ya no tenían derecho pero que estaban en base de datos. A lo anterior, se suma el no contar con una población carnetizada, pues era obligación de La Previsora hacer la carnetización y este proceso no culminó.

39. Era obligación de la Unión Temporal, enviar la base de datos de los afiliados a FESA, que se encargaría de la elaboración y envío de los carnés. A la fecha de finalizar el contrato estaban pendientes por emitir y enviar cerca de 17.000 carnés.

40. No existían herramientas de control para el acceso de usuarios, elementos que debían ser brindados por La Previsora.

41. Se construyó una base de datos con cerca de 78.500 usuarios, y se tenía un estimado de 73.300. Se deberían sumar los usuarios por extensión de cobertura, es decir, hijos entre 18 y 25 años, que no pasaron de 3.500, y una diferencia en el número de pensionados que La Previsora propuso reconocer destinando unos recursos por \$ 1.100.000 aproximadamente. Se dio otro reconocimiento, por mayor número de usuarios representados por pensionados de otros departamentos que se radicaron en Antioquia y que eran remitidos mediante oficio; así como docentes que eran contratados por recursos propios de cada municipio.

42. La construcción de la base de datos superó los \$ 140.000.000, por parte de la Unión Temporal y era obligación de La Previsora entregarla actualizada.

Esta cuantificación solo contiene la mano de obra y gastos directos. No están considerados los perjuicios que se desprendieron por ese hecho.

43. En los contratos de aseguramiento en salud, el control diario del costo es fundamental, Ello, solo se logra con

sistemas de información robustos que estén alimentados por bases de datos actualizadas.

La Unión Temporal desarrolló con la firma Canoutsourcing el software Integr@Magisterio que contaba con los módulos de control por usuario y por IPS. Ello permitió hacer un seguimiento diariamente. Poco a poco, se empezó a detectar con mayor relevancia el desequilibrio.

44. Contar con un perfil epidemiológico de un plan específico de salud, hace más fácil trazar políticas de manejo. Así mismo, permite conocer de qué patologías sufre esa población, por sexo, por grupo de edad, por situación geográfica. Ello no sucedió con la Unión Temporal al recibir la población magisterio en Antioquia. La Previsora no tenía ese perfil.

Cuando las patologías son conocidas de antemano, se pueden trazar programas para el manejo de las mismas. Cuando no se conocen, se asume que el perfil es similar al de la población común.

45. La Unión Temporal, entró a conocer una población teóricamente nueva. Ni la entidad demandada, ni el anterior contratista suministraron información adecuada acerca de su perfil epidemiológico ni su siniestralidad.

46. Al ser comparada la población del magisterio, con la población general de Antioquia, resultó que en aquel el grupo entre 40 y 64 años aporta el 38% del total de la población. Para la población general esta franja corresponde solo al 20%.

Por sexo, el total de mujeres que corresponde al 41%, está en esta franja de edad. También está compuesta por individuos adultos mayores, más propensos a padecer enfermedades crónicas y catastróficas como hipertensión, diabetes, ginecológicas, problemas genitourinarios, osteoporosis, enfermedades respiratorias, cáncer, insuficiencia renal.

El costo de la atención de esas personas es muy alto, situación que se agrava si no tuvieron programas de promoción y prevención. Esto hace que en este grupo poblacional de mujeres, en este rango de edad, se aumenten los servicios de consulta especializada, procedimientos quirúrgicos, ayudas diagnósticas y medicamentos.

También existe un grupo amplio de mujeres en edad fértil, que asciende al 43% del total de las mujeres del programa, lo que las hace más vulnerables a patologías materno infantiles.

47. Las dos franjas anteriores sugieren la necesidad de incrementar y mantener una oferta de salud de servicios orientados a la población materno infantil, a los adultos mayores y envejecientes. Reforzar los programas de promoción y prevención orientados a la población joven, generando altos costos en la atención y en la elaboración de los programas sin los resultados adecuados.

48. La población del magisterio en Antioquia es una población que estaba mal acostumbrada. Era manejada por múltiples especialistas que contemporizaban patologías.

49. Los usuarios del programa no tuvieron un adecuado manual de deberes y derechos que se pudiera poner en práctica, puesto que el de la Unión Temporal solo fue aprobado al final del convenio y no aportaba sanciones frente al usuario que hacía uso irracional de los servicios o abusaba de ellos.

50. Cualquier tipo de control que era implementado, buscando racionalizar el uso de los servicios, inmediatamente era objetado y desmontado por Adida y ratificado por el comité regional y por La Previsora. Ello sucedió en marzo a raíz de un comunicado que la Unión Temporal envió a la red hospitalaria. Quedó demostrada la coadministración que sufre este tipo de convenios por parte de la estructura de gobierno del mismo, hubo que desmontar todas las medidas de control que la Unión Temporal, había colocado a la oferta de servicios con el fin de racionalizarlos.

51. El mercado de salud en Antioquia tiene varios contextos que hacen más difícil el aseguramiento para las empresas de salud. Los usuarios del magisterio ejercen posiciones dominantes en las negociaciones que pueden ser desfavorables para el asegurador. Hacen alianzas con los usuarios en contra del contratante. AESA logró imponer sus condiciones de negociación por espacio de un año.

52. En el departamento de Antioquia la atención en salud es más costosa por el excelente acceso a los servicios.

53. Durante la ejecución, la Unión Temporal aplicó lo establecido en el contrato, no utilizó estrategias de contención de costos, porque estas prácticas podrían haber generado un incumplimiento y una mayor siniestralidad.

54. La unidad estratégica de salud produjo un documento tendiente a explicar que las pérdidas económicas por la ejecución del contrato se registraron en el desequilibrio técnico del mismo, más que en debilidades de los procesos de vigilancia y control en que venía incurriendo la Unión Temporal.

55. La Previsora solicitó a la Unión Temporal, balance general y estado de resultados del año 2000, cuadro de comportamientos de los costos por prestación de servicios de enero a mayo del 2001, el respectivo consolidado y la relación de cuenta por pagar a proveedores a mayo del 2001.

56. Comfama envió comunicación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio de La Previsora, manifestando la incapacidad de la Unión Temporal para prorrogar el contrato, pues los servicios valor del mismo requerirían aproximadamente un incremento del 42% para garantizar su equilibrio.

57. Dentro de la oferta de prestación de servicios y del contrato celebrado entre la Unión Temporal y La Previsora, quedó plasmado que esta le aplicaría al contratista los sistemas de auditoría y control de calidad, para verificar la prestación de servicios de salud.

58. La Previsora cuenta en su interior con el **programa de garantía y auditoría de calidad, GYAC**, que inició en 1993 un proceso de auditoría médica. Posteriormente diseñó, organizó y pagó el programa en mención (GYAC) de los servicios médico-asistenciales del magisterio en forma institucionalizada.

59. La filosofía del GYAC está compuesta por el conjunto de valores y principios que rigen el programa y el desempeño del talento humano. Tiene como propósito impulsar y facilitar la garantía de la calidad y controlar la calidad en la prestación de los servicios de salud y otras atenciones.

60. El programa GYAC, ha establecido con diferentes énfasis los siguientes tipos de auditoría.

— de calidad de los servicios y atenciones en salud;

— del cumplimiento del contrato y de la oferta técnica; y,

— del empalme.

61. La auditoría del contrato y de la oferta técnica tenía como objetivos principales, entre otros, los siguientes:

Garantizar para los usuarios de! magisterio, la opción de escogencia de proveedor de los servicios de salud, dentro de la red ofertada y presentada por el contratista, base para la adjudicación del contrato; garantizar la accesibilidad a los servicios que requieran los usuarios; asegurar la accesibilidad a los nuevos grupos poblacionales, de acuerdo con la cobertura y copagos ofertados y establecidos en el contrato; auditar los modelos, procesos y programas, integrantes de la oferta técnica.

62. El sistema de auditorías quedó como obligación del contratante dentro de las cláusulas del contrato. Este mecanismo era usado en forma periódica por La Previsora para verificar el cumplimiento del mismo. En el departamento de Antioquia, solo se alcanzaron a realizar tres auditorías: dos de carácter individual y otra de carácter nacional. Todas fueron de connotación ordinaria.

63. Solo se dieron tres auditorías porque en el departamento no se contó con la presencia de auditor de la fiduciaria temporalmente.

64. Luego de la auditoría se hacía una reunión de cierre y se divulgaban los hallazgos y se concertaba el plan de mejoramiento. Posteriormente llegaba el informe oficial y transcurrido el tiempo definido para las mejoras, estas se verificaban y se emitía el informe en tal sentido.

65. La primera auditoría realizada a la Unión Temporal se realizó en marzo del 2001 y tenía por objeto el verificar

el “cumplimiento del contrato y la oferta técnica”.

66. De la primera auditoría surgieron las siguientes acciones correctivas:

1. Presentación de las adiciones realizadas a la red de servicios al comité regional y a la Fiduciaria La Previsora.
2. Adecuar cada una de las sedes ofertadas y que cumplieran con los requisitos determinados en los términos de referencia, de manera inmediata.
3. Facilitar al usuario la disponibilidad a los servicios de medicina general y odontología en el departamento de Antioquia de manera inmediata.
4. Realizar una difusión a los usuarios a través de los proveedores de la nueva red de servicios, coberturas, copagos y modelos de atención (acceso a los diferentes servicios) plazo 30 días.
5. Continuar la difusión a los usuarios de la red de servicios, planes de beneficios, copagos y modelos de atención de manera inmediata.
6. Ajustar cada uno de los modelos o sistemas que en el momento de la auditoría tenían los problemas descritos (referencia y contrarreferencia, información y atención al usuario, garantía de la calidad, control de calidad, promoción y prevención, salud ocupacional e información asistencial) 15 días.
7. Continuar adecuando cada uno de los contratos y sus diferentes anexos.

67. En la primera auditoría no aparece ningún tipo de debilidad administrativa en lo que tiene que ver con el control a la oferta de servicios.

68. La segunda auditoría fue nacional y se realizó en agosto de 2001. Sus objetivos eran:

1. Conocer el estado actual de la prestación de los servicios en cada departamento.
2. Verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
3. Localizar puntos fuertes y débiles en la prestación de los servicios, tanto a nivel departamental como nacional.
4. Sugerir al consejo directivo del FNPSM las prórrogas que serán aplicadas a los contratos suscritos con los prestadores de los servicios a partir de octubre 31 de 2001.

69. Esta auditoría fue aplicada en todos los departamentos del país. El resultado de la auditoría era un valor numérico entre 0 y 10 que se soportaba en dos diferentes tipos de auditoría: de calidad (80%) e interventoría (20%) a excepción de aquellos en que existía contratación directa.

70. La Unión Temporal obtuvo como resultado en la auditoría de calidad, un puntaje de 7,0 sobre 10, y en la interventoría de 9,0 sobre 10, lo que dio un resultado final de 7,4 de un máximo posible de 10.

En el rango de calificación el puntaje más alto fue 9,7 (Santander) y el más bajo 5,4 (Atlántico).

71. La tercera auditoría se realizó en noviembre de 2001. Al parecer, hacía parte de una auditoría nacional, pero fue presentada después como específica al departamento de Antioquia. En ella se suscitaron varias dificultades, porque no fue tenido en cuenta el comité regional para la apertura ni cierre de la misma, ni se trazaron los objetivos con dicho comité; además, en la presentación de la auditoría a la Unión Temporal, se trazaron unos objetivos que en el cierre de la misma fueron modificados en su totalidad.

72. En esta auditoría se formularon cuatro problemas en la prestación de los servicios, los cuales serían evaluados así:

1. Cambios en el modelo de atención generados por la participación operativa en la actualidad de la Institución Massalud, que prestaba atención médico asistencial a la población usuaria asignada en el municipio de Medellín y

otros, a partir del mes de noviembre.

2. Procesos inadecuados en autorizaciones, los cuales generaban barreras de acceso por incluir actividades de primero y segundo nivel.

3. Barrera de acceso en el suministro de medicamentos generada por la aplicación inadecuada del listado básico, aprobado a la institución.

4. Inadecuado funcionamiento de la oficina de atención al usuario.

73. Como justificación quedó plasmada en el informe: “Esta preauditoría busca la identificación de debilidades y fortalezas a los modelos de atención a fin de resaltar los logros y asesorar y apoyar a la institución en la generación de acciones correctivas que permitan los estándares de calidad en la prestación de servicios médico-asistenciales que todos pretendemos”.

74. El objetivo general de esta visita era: “Monitorear la dinámica de prestación de los servicios médico-asistenciales en el departamento de Antioquia y determinar sujetos de evaluación para una próxima auditoría médica”.

75. Los objetivos específicos eran:

Monitoreo del modelo de prescripción y suministro de medicamentos.

— del modelo de autorizaciones de la entidad médica.

— del modelo de subsistema de información y atención al usuario.

76. Esta visita señaló “presencia de algunas inconformidades en el desarrollo de los procesos determinados como objetivos de la visita de “preauditoría”, por lo que se hace necesario para La Previsora realizar asesoría y acompañamiento para lograr el ajuste necesario y óptimo funcionamiento de estos procesos, acorde a los términos de referencia y a las exigencias contractuales, posterior a lo cual se desarrollará visita de auditoría a fin de verificar los ajustes concertados”.

77. En el informe final se dan dos recomendaciones, así:

1. Desarrollar la actividad de asesoría y capacitación que la entidad contratista requiere a fin de ajustar los procesos a los parámetros y estándares de calidad que todos los actores del sistema pretendemos, es importante para el logro de esta meta utilizar y desarrollar la metodología de despliegamiento en función de la calidad QFD.

2. Desarrollar visita de auditoría médica una vez se dé cumplimiento al numeral uno a fin de verificar los mejoramientos alcanzados.

78. Esta auditoría cambió de connotación varias veces. Lo que inicialmente era una auditoría nacional, luego pasó a ser una auditoría departamental suscitada por informes del comité de veeduría; y por último, terminó, según el informe, en una visita de preauditoría, como preparación a una auditoría futura, que nunca se llevó a cabo.

79. En esta última visita tampoco se documentó algún tipo de debilidad administrativa que implicara el fácil acceso a determinado servicio o la falta de pertinencia para los mismos. Los auditores estaban colocando barreras de acceso a los usuarios para obtener determinados servicios, como eran los medicamentos y los servicios de 2 y 3 nivel.

80. En ninguna de las visitas se encontró debilidad manifiesta, como se plantea por parte de La Previsora en la respuesta al informe de desequilibrio presentado por la Unión Temporal en septiembre.

81. Ninguna de las auditorías, encontró falta de pertinencia médica en los servicios prestados a los usuarios. Tampoco se detectaron debilidades administrativas que pudieran haber generado sobrecostos. Antes de la última auditoría se había obtenido la aprobación por parte del comité regional, de Adida, de representantes del consejo

directivo del fondo y de La Previsora a ciertos controles a la demanda, con el fin de racionalizar costos. Entre los mecanismos de control autorizados se destacan: atención solo de las cirugías prioritarias, aprobación del vademécum de medicamentos y manejo de medicamentos en presentación genérica. Todos estos controles fueron implementados por la Unión Temporal, por lo cual no era razonable que a los 20 días se enviara otra auditoría a revisar temas dízque porque generaban barreras de acceso que habían sido autorizadas por La Previsora.

82. El 16 de septiembre de 2001 Comfama le solicitó a La Previsora el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato.

83. El 6 de noviembre de 2001 La Previsora respondió diciendo que no existía evidencia del desequilibrio.

84. A pesar de las reiteradas solicitudes que ha hecho la Unión Temporal para que la entidad contratante reconozca el desequilibrio, solo en forma parcial ha obtenido satisfacción a sus aspiraciones.

85. [El desequilibrio económico] consistente en que el dinero que pagó el contratante al contratista no fue suficiente para cubrir los costos de atención de la población asegurada, lo funda la demandante, en los siguientes hechos:

No se aprobó oportunamente el vademécum, por lo cual el plan de beneficios no tenía límites.

El contratante no conocía, al momento de diseñar los términos de referencia para la contratación, el perfil epidemiológico de la población asegurada, por lo cual no pudo hacer estudios actuariales serios y sustentados para poder determinar el valor del contrato.

El contratante no dio a conocer al contratista los factores de riesgo especiales de la población del magisterio en Antioquia.

El contratista no recibió de parte del contratante, con la debida oportunidad, una base de datos confiable y actualizada de todos los afiliados objeto de este contrato. Esta situación generó problemas de fraude en el uso de los servicios, grandes dificultades en la operación de los sistemas del contratista y los costos propios de la construcción de dicha base de datos.

Por tal motivo, no se pudo proceder a la carnetización oportuna y completa de la población que debía atenderse.

Debido a la deficiente concepción del contrato, el estimativo de procedimientos quirúrgicos que se había considerado inicialmente quedó severamente sobrepasado por los hechos.

Estructura de gobierno del contrato completamente ineficaz para exigir a los usuarios el cumplimiento de los deberes, pero exagerada en la intervención de las decisiones del contratista orientadas a la búsqueda del equilibrio económico del contrato, al punto de llegar casi a la co-administración del contrato. Prueba de esto es que el contratista puso en conocimiento del comité regional del magisterio y del contratante, desde febrero de 2001, las dificultades que estaba teniendo con el desequilibrio económico del contrato; no obstante, en marzo de 2001 recibió todo tipo de presiones por parte de estos dos órganos para el desmonte de una serie de controles que se habían implementado con el fin de regular la demanda de servicios y llevarla a niveles racionales.

86. Fiduciaria La Previsora S.A. le ha hecho varios reconocimientos a la Unión Temporal por reajustes de nuevos usuarios en la base de datos, los cuales son insuficientes para compensar el desequilibrio.

87. La Unión Temporal presentó en febrero y marzo de 2002 las facturas 0422313 y 0422528 con cargo al contrato, las cuales aún no se han pagado por La Previsora. La primera se refiere al valor de los servicios prestados en enero del año en curso. La segunda corresponde a un reajuste aceptado por La Previsora de lo que da cuenta el acta 1 de 2002, por mayor número de usuarios en la base de datos.

88. La Unión Temporal le solicitó a la firma Avalúos Industriales y Comerciales Ltda., que le presentara un informe de valoración de los perjuicios sufridos. Respecto del desequilibrio económico, el valor total asciende, a 30 de septiembre de 2002, a la suma de \$ 13.624.000.000, que se estableció con base en la actualización del diferencial del flujo de caja presentado por los ingresos efectivamente recibidos y los costos y gastos

efectivamente pagados por la Unión Temporal. Las cifras que sirvieron de base para el estudio se tomaron fielmente de la contabilidad de Comfama. Los ingresos efectivamente recibidos ascendieron a \$ 32.800.000.000. Los costos en que se incurrió suman \$ 43.240.000.000; los gastos fueron del orden de \$ 3.838.000.000, para un total de \$ 47.078.000.000. El déficit histórico es de \$ 14.278.000.000, a lo que debe adicionarse el 3% de utilidades presupuestadas de 1° de noviembre de 2000 a 31 de octubre de 2001, que arrojan \$ 847.000.000. La cifra resultante de \$ 15.125.000.000 se ajustó teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993, previa deducción de \$ 3.667.000.000 que corresponden a cuentas por cobrar a Fiduciaria La Previsora.

89. De acuerdo con la relación de hechos que precede, el desequilibrio económico obedece fundamentalmente a fallas en el diseño del contrato, dado que la demandada no definió al confeccionar la invitación que le dio origen reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitieran definir con precisión las condiciones de costos y calidad de los servicios necesarios para la ejecución del objeto del mismo; ni elaboró previamente los estudios y proyectos requeridos para tal efecto, tampoco términos de referencia completos e inequívocos que señalaran con claridad el alcance de las obligaciones del contratista; ni colaboró con este, para que se diligenciara sin traumatismos el tránsito con el anterior contratista Comfenalco, ni para la confección oportuna del, vademécum, las bases de datos, la identificación del perfil epidemiológico y la carnetización de los beneficiarios, a ello cabe imputarles los sobrecostos.

90. El contrato no se ha liquidado, por lo que procede hacerlo judicialmente en los términos de ley.

En el hecho 91 transcriben la cláusula compromisoria y, finalmente, en el 92, dice la convocante que como no ha sido posible el arreglo directo de las diferencias, procede someterlas a conocimiento y decisión de un tribunal arbitral.

3. Contestación a la demanda.

Fiduciaria La Previsora S.A. en representación; del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al contestar la demanda, se opuso a las declaraciones y condenas. Sobre los hechos expuestos como fundamento de las mismas, aceptó algunos, negó otros, total o parcialmente, formuló aclaraciones y precisiones (fls. 93 y ss., cdno. ppal. 1), en la forma que el tribunal compendia, así:

Al primero. Manifestó que es cierto y recaló la importancia de la administración en cabeza del contratista.

Al segundo. Expresó que es cierto, pero mencionó que la convocante intenta mezclar la responsabilidad que emana del contrato de servicios médicos con la que se deriva del contrato fiduciario.

Al tercero. Dijo que no le consta.

Al cuarto. Manifestó que es cierto y agregó que es muy importante esa afirmación, pues si desde el inicio del contrato este fue inequitativo, desde el punto de vista económico ¿por qué se admitió su continuidad en las mismas condiciones y se aceptó una prórroga? Se cuestiona sobre si ese hecho no constituye la negación de los presupuestos sobre los cuales se estructura el rompimiento de la ecuación financiera del contrato.

Al quinto. Expresó que no le consta.

Al sexto. Dijo que no es cierto.

Al séptimo. Manifestó que no es cierto. Negó que existiera necesidad de empalme entre la Unión Temporal y Comfenalco, pues a pesar de que se había contemplado esa posibilidad, la Unión Temporal contó con suficiente información sobre la población potencial a atender en el departamento de Antioquia. Expresó que la oferta realizada reveló lo anterior.

Al octavo. Expuso que la comunicación enviada por parte del magisterio a La Previsora, en la que se pedía precisar varios puntos, no puede tener más trascendencia que la de una comunicación normal de carácter operativo en la fase inicial de cualquier contrato.

Al noveno. No le consta; pero que si así fuera, esa insatisfacción se produce respecto del proceso de empalme con

el anterior contratista.

Al décimo. Es parcialmente cierto y dice que la presentación de la carta obedeció a solicitud de Fiduprevisora S.A., quien adelantaba una campaña de carnetización nacional, pero que ese hecho no exonera a la convocante de sus obligaciones de identificación de los respectivos usuarios.

Al undécimo. Afirma que el hecho en virtud del cual se hace conocer la relación del costo en que incurrió la Unión Temporal en la elaboración de la base de datos es parcialmente cierto, pues a la luz de lo establecido en el contrato, el costo es por una inversión que la U.T. hizo para el mejoramiento de su desarrollo gerencial. Considera cuestionable, cobrar de manera oportunista por una inversión, cuya iniciativa fue de su exclusiva voluntad.

Al duodécimo. Manifiesta que es cierto, pero que ello se mantiene en la órbita de los contratistas saliente y entrante.

Respecto a los hechos 13 a 19. Expresó que no son ciertos, y agregó que el administrador, aun faltando vademécum, debe hacer formulaciones razonables. Dijo que es patente la posición elusiva de la Unión Temporal frente a sus responsabilidades contractuales. Que la provisión del vademécum no es una obligación del contratante como quiere hacerlo ver el actor.

Afirmó que la frase de la convocante en la que se menciona que “el anterior contratista no le entregó a la Unión Temporal una base de datos de afiliados actualizada y completa “es una confesión.

Manifestó que no le consta el hecho de que se le solicitara información a los diferentes proveedores de servicios; pero que si ello fuera así, también ese mecanismo le proporcionaba la información requerida a la Unión Temporal, lo cual descarta que careciese de información para la ejecución normal del contrato.

Sobre los hechos 22 a 24. Afirmó que lo mencionado allí constituye una confesión, pues la conducta de la Unión Temporal contratista resulta totalmente contraria a la realidad de un contrato de aseguramiento. Que debe analizarse cuidadosamente y de manera objetiva el hecho de que la mayoría de procedimientos quirúrgicos fuera atendido por la Clínica Medellín, quien establecía si los procedimientos ordenados eran necesarios desde el punto de vista médico, o si, por el contrario se generó una cultura de permisividad deliberada. Por último que las larguezas en el control en las intervenciones quirúrgicas no hace que los usuarios se enfermen más o que requieran más de ellas.

Sobre los hechos 25 a 30. Mencionó que el grupo poblacional atendido no está fuera de lo normal y que los represamientos en efecto se determinaron y se asumieron por parte del nuevo contratista. Que no es cierto que durante 10 años se haya manejado en forma inadecuada la salud del magisterio de Antioquia; pues, si un contrato que venía funcionando sin problemas financieros durante tanto tiempo, con menos recursos, pasa a ser tan oneroso, esto no puede atribuirse a un cambio súbito en la salud de los usuarios, sino a la ausencia de medidas adecuadas para su manejo.

Expuso que el contratante no tenía dentro de sus obligaciones determinar el llamado perfil epidemiológico. Así mismo, que esas obligaciones eran del resorte del contratista.

Concluyó diciendo que el perfil de morbilidad de un grupo depende de las variables del medio ambiente, de la habilidad del médico y de los programas de prevención y promoción que son responsabilidad del contratista. De los anteriores hechos se deduce un alto nivel de elusividad frente a las obligaciones del contratista.

A los hechos 31 a 41. Manifestó que son ciertos. Se remite a lo dicho con respecto al procedimiento de empalme con el anterior contratista. Expone que existen contradicciones entre la base de datos enviada a La Previsora en que reporta 64.792 usuarios y luego dice que había 78.500; por tanto esos datos no son ciertos. Que el contratista debió carnetizar a sus usuarios. Que los servicios se prestaron teniendo en cuenta la base de datos facilitada por Comfenalco. Manifestó que el contratista trata de responsabilizar a otros de su propia desorganización.

A los hechos 42 y 43. Expresó que no son ciertos. Se remite a lo contestado al hecho 11. Expone que el contrato con Canoutsourcing tenía muchos otros componentes, a parte de la base de datos.

A los hechos 44 a 47. No son ciertos y es de órbita del contratista conocer la población sobre la que se prestará el servicio.

A los hechos 48 y 49. Se refiere a una afirmación, según la cual, la población estaba mal acostumbrada y dice que el contratista debía intervenir sobre su cuerpo médico para controlar gastos.

A los hechos 50 a 81. No son ciertos y manifiesta que el contratista se esfuerza por encontrar en la intervención de la auditoría un escape a su ineficiencia y a sus obligaciones. Agrega que el contratista la hace aparecer como una usurpadora de su autonomía; así mismo, que se contradice, pues a pesar de mencionar que había una coadministración nunca se descalifican los servicios prestados. Manifiesta que la convocante que se queja de una intromisión, pero que la misma no le ayudó a controlar gastos. Por último, menciona que se “desnuda el incumplimiento” de las obligaciones de administración de la Unión Temporal.

A los hechos 82 y 83. Manifestó que son ciertos. Agregó que esas reclamaciones fueron negadas sobre bases muy concretas.

Al 84. No es cierto. Los ajustes y la determinación del valor del mismo, responden a criterios que lo hicieron viable desde el punto de vista financiero.

Al 85. Se refiere a los “aspectos relevantes de la solicitud” [de desequilibrio financiero] así:

85.1. Vademécum

El actor acusa desconocimiento del objetivo de esos listados, pues nunca son cerrados. Los médicos pueden hacer uso de medicamentos no contemplados en ellos, solo requieren justificación científica.

El vademécum no es elemento de contención de costos. El costo de los medicamentos está relacionado con gestión administrativa de compra, poder resolutorio de los médicos, protocolos de atención bien desarrollados, los que no hizo la Unión Temporal, pues, no hay actas sobre la aprobación de esos protocolos.

La diferencia entre el 9% del régimen contributivo y el 38% de los maestros mencionado por la actora, solo se explica por la deficiente gestión administrativa de la Unión Temporal. Nunca La Previsora expresó que el vademécum fuera la guía para formular ni que los medicamentos fueran de nombre comercial. Que al respecto existe normatividad en el sentido de que la formulación debe hacerse en genérico.

Que los mayores costos solo son atribuibles a que los médicos de la Unión Temporal, estaban mal orientados. Que el contratista era quien debía realizar dicha orientación, pero no lo hizo por su deficiente gestión. Que se evidencia la responsabilidad del contratista al no contar con guías de manejo clínico, con medicamentos necesarios, eficiencia administrativa, entrenamiento y capacitación de los médicos. Manifiesta que la afirmación según la cual “es muy difícil imponer al cuerpo médico metodologías terapéuticas de aplicación universal”, constituye un desatino que además está en contravía con las disposiciones de la Ley 100 de 1993. Por último, dice que al dejar la formulación únicamente al criterio médico, el contratista está demostrando su incapacidad administrativa.

85.2. Determinación del valor del contrato y ambigüedad de los términos de referencia como presuntas causales de desequilibrio económico.

Se remite a la tercera excepción de fondo propuesta titulada “Inexistencia del desequilibrio económico por la suficiencia de los recursos respecto de la población atendida”.

85.3. Base de datos

Que la base de datos fue entregada por Comfenalco a la Unión Temporal, la cual según el criterio de esta, no se ajustaba a sus requerimientos. Que se entregó listado de usuarios, afiliados, pacientes y otros, pero la contratista tenía un tiempo contractual para determinar qué casos correspondían a pacientes no tratados y represados para su pago.

Así mismo, que la contratista pagó la suma de \$ 91.975.400 a Canoutsourcing, no solo para la construcción de la

base de datos, sino para el diseño e implementación de un programa de gestión administrativa y control de costos, que requería un apoyo tecnológico, que no tenía el contratista. Manifiesta que ello se reconoce en el hecho 33 de la demanda.

Igualmente, dice que no es cierto que el anterior contratista no entregó una base de datos a la Unión Temporal, como lo reconoce la convocante, cuando dijo: [...] los 80.000 que reporto (sic) la base de datos que suministró Comfenalco [...].

85.4. Perfil epidemiológico

Manifestó que este instrumento consta del perfil demográfico por grupos etáreos y la morbimortalidad de la población. Que el perfil del magisterio es diferente a la población general porque se incrementan los grupos de edad entre 15 a 59 años que son un grupo etáreo en donde la morbilidad es promedio, mientras que los mayores de 60 años y menores de cinco son de alta morbilidad; que la atención de los usuarios tiene valores diferentes según la edad. A veces se toma el valor promedio para identificar el monto de un contrato. En la Ley 100 se conoce la UPC, cuyo valor promedio se emplea para la contratación. El fondo ha contratado anteriormente así, sin problemas financieros e incluso es benéfico para el contratista.

Que por todo lo anterior, el perfil demográfico sí era conocido por el contratista y si así no hubiera sido, el valor del contrato fue siempre mucho más de lo que se hubiere pagado por UPC.

85.5. Estructura de gobierno del contrato completamente ineficaz para exigir a los usuarios el cumplimiento de los deberes.

Manifiesta que la afirmación que hace el contratista frente a la renuncia aparente de su autonomía administrativa no puede interpretarse sino como expresión de su conducta constante y errática a lo largo del contrato.

Así mismo, que esa afirmación implica una claudicación absoluta como administrador frente a los usuarios y que lo dicho por la parte actora constituye la negociación (sic) absoluta de la responsabilidad que le incumbía bajo la modalidad contractual.

Al 86. No es cierto. Los ajustes responden a cláusulas del contrato y se reconoció un incremento del 0,5% sobre el valor inicial en atención a lo dispuesto por el consejo directivo del fondo.

Al 87. Es parcialmente cierto. Manifestó que la factura 422313 se pagó mediante orden de pago 50646 por \$ 2.370.798.509. La restante hace parte de la liquidación final del contrato la cual aún no se ha efectuado.

Al 88. Manifestó que si la parte actora reconoce que el contrato es de aseguramiento, el escenario financiero de la ejecución no puede reducirse a simples operaciones aritméticas. Que las cifras contables no reflejan ni por asomo cuáles de ellas gravitan directa o indirectamente en el ámbito del control administrativo y financiero de un prestador de servicios.

Que si se llegare a admitir la existencia de desequilibrio, este debe circunscribirse al establecimiento de una relación causal de pertenencia (sic) y conducencia del gasto, a la valoración de si lo percibido era adecuado conforme al escenario determinado en los términos de referencia. Pero el conocimiento que tuvo el contratista y otros factores, impiden establecer razonablemente una relación de causa a efecto entre su ejecución y su desfase económico. Si se demuestra algún desbalance en los estados del contrato propiamente dicho, sus causas son imputables exclusivamente al contratista.

Al 89. Manifestó que no es cierto.

Al 90. Dijo no constarle.

Al 91 y al 92, que se refieren a la cláusula compromisoria, manifestó que son ciertos.

Excepciones propuestas por la parte demandada.

Además, la parte demandada propuso las siguientes excepciones:

1. **“Improcedencia del aprovechamiento del dolo propio”** (fl. 114). Este medio exceptivo se fundamenta básicamente en la aseveración de que si existe desequilibrio financiero obedece a causas imputables exclusivamente al contratista y que nadie puede alegar a su favor ni a favor de terceros su propio dolo o mala fe. Agrega que la culpa grave es asimilada al dolo y transcribe el artículo 63 del Código Civil. Concluye con la aseveración de que la demandante no manejó sus propios negocios con el cuidado que ni siquiera personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios, descuido que ha sido confesado en la demanda.

2. **“Cobro de lo no debido”** (fl. 115). Fundamentada en que la naturaleza de los contratos de aseguramiento manage care, suponen la racionalización del servicio, tanto como lo impongan los recursos administrados. Basa este medio exceptivo diciendo que el contrato 1122-1008-2000 se desarrolló bajo la filosofía de que el co-contrante asume el riesgo económico de prestar en forma íntegra los servicios médico-asistenciales a un precio determinado en el contrato, el que estuvo por encima del promedio de los demás regímenes que conforman el sistema de seguridad social en salud.

Que “las partes adoptaron la modalidad de pactar un precio único, establecido en función de la población usuaria”, que los servicios no podían exceder el valor de \$ 23.759.576.604, según la cláusula sexta del contrato. Que el precio anterior fue ajustado para que fuera financieramente viable durante toda la vigencia del contrato. Que desde el punto de vista económico fue posible para el contratista ejecutar el contrato y que el precio fue global y fijo. Que resulta paradójico que el contratista demande un presunto desequilibrio cuando él mismo fue muy generoso en la propuesta, pues ofreció una cobertura por encima de los mínimos establecidos en los términos de referencia.

Que la entidad prestadora no debe escatimar esfuerzos para controlar la tendencia del médico a generar una escalada de consultas y servicios sin necesidad y controlar el inusitado afán de ciertas personas de recibir servicios médicos sin padecer enfermedad, pues, el contratista tiene que asumir parte de los costos.

Que en los contratos de prestación de servicios médico-asistenciales bajo la modalidad de aseguramiento, se excluye cualquier responsabilidad a cargo del contratante sobre el control del precio. Así mismo, menciona que dentro de las obligaciones del contratista estaba la de prever, de acuerdo con su experiencia, las modificaciones del mercado; e incluso, revisar eventualmente el precio total del contrato; como consecuencia de ello, debía actuar de acuerdo con esas modificaciones. En el presente caso el contratista no actuó con la debida diligencia y acuciosidad para brindar la información necesaria al contratante. Finaliza transcribiendo un concepto sobre el contrato de aseguramiento del programa de garantía y auditoría de la calidad (GYAC), según el cual el contratista dentro de sus obligaciones, debía manejar la información con la que contaba, para conocer las probabilidades de enfermar o de morir de los pacientes. Debía igualmente implementar programas de prevención, identificar y controlar los riesgos de enfermedad. Con base en la información epidemiológica, le incumbía implementar programas de prevención, promoción y educación en salud para disminuir la probabilidad de enfermar; y en consecuencia, controlar los patrones de consumo.

Así mismo, el contratista debía asesorar a los pacientes respecto a los patrones de consumo de productos en salud. Y remata, con la siguiente transcripción del concepto citado: “al asegurador le corresponde, asumir, disminuir y diluir las contingencias derivadas de los riesgos de salud, para lo cual recibe una suma predeterminada frente a la cual se obliga a la prestación de un plan de beneficios definido”.

3. **“Inexistencia del desequilibrio económico por la suficiencia de los recursos respecto de la población atendida”** (fl. 123, cdno. ppal. 1).

La fundamentación de este medio exceptivo comienza con la enunciación de la información contenida en los términos de referencia para la contratación que llevó a la suscripción del contrato; específicamente la siguiente:

Cobertura: menciona al respecto que si el oferente extiende su cobertura a poblaciones diferentes a las contenidas en los términos de referencia, la carga de la prueba se “invierte al plano de la responsabilidad por los estudios que el oferente haya realizado para considerar que su oferta es viable financieramente”; pues, no puede proponer, en aras de ganar el contrato, de forma irresponsable lo que es para él desconocido. Idéntico planteamiento se hace

respecto de la red de servicios.

Manifiesta igualmente que mal puede afirmar la Unión Temporal, que los términos de referencia por ser incompletos, ambiguos o confusos la condujeron a interpretaciones y decisiones de carácter subjetivo. Transcribe parte de los términos.

Así mismo, menciona que el representante legal de la Unión Temporal, manifestó en prueba intachable que “[...] les manifestamos que 1. Hemos examinado, estudiado y utilizado los documentos entregados por el fondo para la presentación de ofertas. En particular el correspondiente a los términos de referencia [...]. En consecuencia declaramos expresamente nuestra conformidad con dicha documentación y nuestro consentimiento a la misma”.

Expresa que se estableció un cronograma de actividades para el desarrollo del proceso de selección de la invitación 63 y transcribe algunas de ellas; dice que existió una oportunidad, durante el mismo proceso, para aclarar las dudas que generara el análisis de los términos de referencia y que en ella la Unión Temporal, jamás evidenció preocupación por lo que hoy le parece incompleto e impreciso.

Manifiesta que la Unión Temporal nunca formuló dudas adicionales a las que hacen parte de los anexos A2 y A3 de su propuesta; y que, tampoco se pronunció sobre aspectos que fueran ambiguos, y que planteó solo cuando finalizó el contrato.

Afirma que el contratante no ha sido refractario ni indiferente a las situaciones que de manera directa o indirecta han podido afectar el desarrollo financiero del contrato. Ilustra lo anterior mediante una reseña de algunos aspectos que, en su sentir, demuestran la posición atenta del contratante para solucionar las dificultades financieras y la viabilidad económica del contrato. Transcribe actas y realiza unos estudios comparativos con otras zonas del país o con otras formas de pago de este tipo de contratos.

Dice que La Previsora S.A., cumplió a cabalidad con su responsabilidad determinando un valor mensual del contrato, y al ser este financieramente viable, no procede reclamar restablecimiento económico alguno, y que el contratante siempre ha respondido a la Unión Temporal, atentamente y con no pocos argumentos.

Manifiesta que se determinó, previo análisis de orden técnico realizado por GYAC, que era improcedente el restablecimiento de la educación contractual. Que en posterior oportunidad se contestó nuevamente a la Unión Temporal, diciéndole que los áleas de la ejecución del contrato que generaron mayores costos al mismo fueron única y exclusivamente imputables a la Unión Temporal, y se le entregaron a esta los hallazgos y demostraciones del estudio efectuado.

Después de ocho meses, Comfama insistió en plantear el desequilibrio económico del contrato solicitando el reconocimiento de las “pérdidas acumuladas”, que de acuerdo con los estudios hechos por Fiduprevisora, no evidenciaban desequilibrio alguno.

Agrega que la ejecución de ciertos contratos puede generar riesgos de diversa naturaleza, que implican la aparición de circunstancias imprevistas. Pero deben analizarse elementos desde la etapa precontractual para inferir si existieron y a quién le son imputables.

Afirma que en virtud de que el fideicomitente Ministerio de Educación, hace parte de la administración pública, la ley le ha asignado potestades de dirección y control en la consecución de los fines estatales. Por lo mismo, obliga en la formación de la voluntad de la administración, la elaboración de un conjunto de estudios encaminados a restablecer la viabilidad jurídica, técnica y económica del negocio a celebrar.

La Previsora realizó el contrato por instrucción del Ministerio de Educación Nacional y en los términos de referencia se tocan todos los puntos necesarios para su ejecución. Con base en estos, el oferente, previo estudio técnico científico, financiero y jurídico, podía verificar la viabilidad financiera del contrato y la capacidad técnica con la cual ejecutaría el mismo. Con todo, el cálculo de la viabilidad involucra los riesgos que de la ejecución del contrato se derivan y el impacto que ellos pueden generar en la economía del pacto contractual. Como la Unión Temporal conocía esos riesgos, ellos debieron haber sido previstos al momento de presentar la propuesta y celebrar el contrato.

Dice que una vez adjudicado el contrato, la Unión Temporal, empieza a responder de manera integral por el manejo del riesgo y la garantía de los servicios médico-asistenciales incluidos en los términos. Para el logro de tales propósitos requiere de la implementación y desarrollo de programas tales como atención médica y odontológica, apoyo asistencial, salud ocupacional, prevención y promoción.

A continuación, transcribe unos cuadros que informan sobre comparativos *per cápita* y poblaciones usuarias del departamento de Antioquia.

Con posterioridad, se refiere a los riesgos constitutivos del caso fortuito y a la interpretación que de ellos debe hacerse a la luz de la Ley 80 de 1993.

Manifiesta que dentro del análisis que concluyó declarando la improcedencia del desequilibrio económico, se reconoció un ajuste en el precio del contrato originado en el reconocimiento del 0,5%, con fundamento en la instrucción que el consejo directivo del fondo había impartido.

Dice que los servicios fueron financiados a pesar de las falencias de que adolecía la contratista y en consecuencia no hay lugar a desequilibrio alguno. Ese estudio financiero se hace tomando como base, los datos detallados por el contratista como necesarios para el restablecimiento del equilibrio económico, partiendo como soporte de una UPC, de \$ 33.123.

Agrega que de enero a agosto de 2001 se obtuvo, contrario a lo que sostiene la Unión Temporal, una utilidad total de \$ 2.922.798.941. Por todo lo anterior, no ha existido ruptura de la ecuación contractual. El contrato fue satisfactoriamente viable desde el punto de vista financiero y por lo tanto no hay lugar a ningún restablecimiento económico.

III. Las pruebas practicadas

Como consta a folios 208 y siguientes cuaderno principal 1 del expediente, en audiencia que tuvo lugar el 10 de junio de 2003, el tribunal decretó pruebas, de la siguiente manera:

Documentales.

Se ordenó tener como tales los documentos enunciados en el acápite de pruebas documentales del escrito de la demanda y de la contestación a la misma y que se encuentran en los cuadernos de pruebas uno y dos, así como algunos documentos allegados durante las audiencias de recepción de testimonios, interrogatorios e inspecciones judiciales.

Inspección judicial.

Se decretó y practicó inspección judicial a las oficinas de Comfama en la ciudad de Medellín, para los fines solicitados por la parte convocante, el 28 de abril de 2003 (fls. 210 y 296 a 303, cdno. ppal. 1).

De igual manera, se decretó y practicó inspección judicial en las instalaciones de Fiduciaria La Previsora S.A., en Bogotá, D.C., para los efectos solicitados por la convocante en la letra b) del capítulo de pruebas de la demanda (fls. 210, 211, 291 a 293, cdno. ppal. 1).

Dictamen pericial.

Se ordenó dictamen pericial, con peritos economista y contador, en los términos solicitados por la parte convocante. El dictamen fue presentado al tribunal el 9 de septiembre de 2003 en dos cuadernos, el primero contiene el dictamen y consta de 103 folios y un apéndice de 28. El segundo está conformado por los anexos del dictamen y consta de 60 folios. Las partes presentaron solicitud de aclaración y complementación del mismo dictamen. El tribunal ordenó que se hicieran las aclaraciones y complementaciones y de oficio dispuso que se hicieran otras. Las complementaciones y aclaraciones fueron presentadas por las señoras peritos el día 8 de octubre de 2003 (fls. 210 y 360, cdno. ppal. 1).

Oficios.

El tribunal dispuso oficiar a las siguientes entidades, con el fin de que allegaran la información solicitada:

- Superintendencia Nacional de Salud.
- Ministerio de la Protección Social.
- Canoutsourcing,
- Comfenalco Medellín.

Posteriormente, el tribunal ordenó requerir a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, a Canoutsourcing y a la Secretaría de Salud de Medellín, por auto proferido en la audiencia del 23 de septiembre de 2003 (fl. 336, cdno. ppal. 1) y en la misma providencia ordenó oficiar a Comfenalco Medellín para que prestaran el debido auxilio a las auxiliares de la justicia designadas para rendir el dictamen.

Testimonios.

Se recibieron los testimonios de las siguientes personas.

El 19 de junio de 2003 Felipe Mejía Escobar, Raúl Jairo Fernández, Juan Bernardo Garcés Holguín y Luis Guillermo Vélez Atehortúa.

El 20 de junio de 2003 María Eugenia Tobón Soza, Fernando Yépez Barrera y Héctor Eduardo Sánchez.

El 24 de junio de 2003 se recibieron las declaraciones de Carlos Sora Ramírez, Luis Ignacio Mejía Ángel, Luis Miguel Barrios Alzate y Francisco Gómez Giraldo.

El 25 de junio de 2003 se recibieron los testimonios de Lisana Gómez Ramírez y León Jairo Montaña Gómez.

El 25 de junio de 2003 de Tomás Enrique Aguilar Maya, Juan Guillermo Barrientos y del representante legal de la firma Canoutsourcing.

Interrogatorios de parte.

El 26 de junio de 2003 se recibieron las declaraciones de parte de los representantes legales de Fiduciaria La Previsora y de Clínica Medellín. El 27 del mismo mes se recibieron las declaraciones de parte de los representantes legales de Comfama y Massalud.

Exhibición de documentos.

Durante las inspecciones judiciales se exhibieron los siguientes documentos.

En la inspección judicial realizada en las instalaciones de Comfama:

Nº	Documento	Folios
1	Listado de instituciones prestadoras de servicios de salud, contratadas por la Unión Temporal para atender la salud del magisterio en este departamento.	5
2	Relación de copias de documentos producidos por la unidad de control de gestión de Comfama, relacionados con las auditorías internas realizadas por la Unión Temporal a las IPS contratadas para atender el magisterio	
	2.1. Estructura de unidad de control de gestión.	2

2.2. Memorando 261279. Registro en despacho medicamentos.	2
2.3. Memorando 261829. Entrega medicamentos programa magisterio.	8
2.4. Memorando 261441. Registro en despacho medicamentos.	1
2.5. Memorando 262053. Análisis consulta médica especializada.	3
2.6. E-mail reauditoría cuentas médicas, con memo 262339 anexo.	14
2.7. Memorando 262474. Tercer informe reauditoría.	4
2.8. E-mail de 08/06/01. Análisis tarifas Clínica Medellín.	10
2.9. Avance cruce bases de datos.	7
2.10. Memorando 263916. Contratos programa magisterio IRS.	5
2.11. Memorando 264008. Verificación precios medicamentos.	6
2.12. Memorando informe reauditoría.	78
2.13. E-mail de 18/09/01. Reunión de contingencia magisterio.	5
2.14. Memorando 265015. Autorización medicamentos aplicativo Cano.	8
2.15. Comunicación 289384 de 08/10/01 a Clínica Medellín.	1
2.16. Comunicación 290663, 29/10/01 a Clínica Cardiovascular.	1
2.17. Memorando 265608. Facturación medicamentos Carulla.	12
2.18. E-mail 29/10/01, controles en magisterio.	1
2.19. Memorando 266356. Contratos manejo integral pacientes.	2
2.20. Memorando 266526. Recobros.	13
2.21. Memorando 266638. Cruce base de datos.	7
2.22. Comunicación de 29/01/02. Auditoría verificación derechos y otros.	4
2.23. Glosas realizadas a IPS 08/01 al 07/02. Cuentas médicas.	7
2.24. Ingresos programas Fiduprevisora. Área cuentas médicas.	6
2.25. Recobros a IPS 08/01 al 07/02. Cuentas médicas.	3
2.26. Estado general de cartera con Fiduprevisora a	8

	13/08/02.	
	2.27. Dieciséis actas de cierre de auditoría, cada una con dos folios.	32
	2.28. Dos actas de cierre de auditoría, cada una con tres folios.	6
3	Relación de documentos elaborados dentro del programa de auditoría y control, diseñados por la Unión Temporal para la ejecución del contrato con La Previsora.	
	3.1. El plan operativo del área de salud operativa financiera.	9
	3.2. Plan operativo del área médico científica.	7
	3.3. Manual operativo área cuentas médicas.	14
	3.4. Documento macroprocesos Unión Temporal.	3
4	Acta 10, del 3 y 4 de octubre de 2001, memorias de la reunión en la cual se prorrogó el contrato.	7
5	Comunicado UT, del 20/03/01. Controles a todas las actividades médicas incluyendo medicamentos a toda la red prestataria 20 de marzo de 2001.	3
6	Comunicado UT, 927547. Carta aclaración donde se tomó la decisión de desmontar los controles que se tomaron en la carta citada anteriormente de abril de 2001.	1
7	Comunicado Fiduciaria La Previsora VFP 502823 de mayo de 2001, en el cual informa que no existe un perfil epidemiológico de la población magisterio en el departamento de Antioquia.	1
8	Estudio técnico magisterio. Estudio de factibilidad población magisterio. Se aclara que en este grupo hay dos documentos: uno que se refiere al estudio técnico de prefactibilidad para participar en la licitación que va de los folios (1-4, 9-33) y otro para participar en la prórroga del contrato folios (5-8).	33
9	Comunicado UT. 933301 febrero 5 de 2002. Carnés pendientes por procesar por parte de FESA 17.212 enviado por Comfama el 28 de septiembre de 2001.	
10	Comunicado UT. 933286 febrero 4 de 2002. No aceptación a los procedimientos pendientes ya que existen acta firmada donde se aceptaron dichos términos.	1
11	Comunicado UT. 933691 febrero 19 de 2002. Listado de remisiones por parte de Comfama a la Fiduciaria La Previsora en cuanto a la entrega de RIPS y FIAS y circular 1 de La Previsora.	3
12	Comunicado UT. 302482 abril 22 de 2002. Facturación pendiente de pago de afiliados y beneficiarios de otros departamentos por	2

	183.076.539.	
13	Comunicado UT. 927134 febrero 20 de 2001. Solicitud de reportes, estudios e informes sobre el perfil epidemiológico de la población del magisterio en Antioquia.	1
14	Comunicado UT de junio 20 de 2001. Carta en la que se indica entregar documentos solicitados por el comité de certificación: Los documentos entregados eran: formulario insitucional de medicamentos, vademécum (borrador) listado de medicamentos (actualización borrador).	1
15	Comunicado UT, de junio de 2001. Envío de vademécum más propuesta enviada por Juan Guillermo Barrientos sobre el mismo.	1
16	Comunicado Fiduciario La Previsora VFP DAM 5111, diciembre 20 de 2002, radicado en Comfama con el número 544180, relacionada con la posibilidad de contratar con la UT nuevamente los servicios de salud del magisterio en Antioquia.	1
17	Comunicado Fiduciario La Previsora VFP 11584 noviembre 8 de 2002. Liquidación contrato 1122-1008/00, radicada en Comfama con el número 540591	2
18	Relación de documentos generados por la Unión Temporal sobre el tema del vademécum,	
	18.1. Comunicación 928829 mayo 31 de 2001, sobre el análisis fármaco epidemiológico que debe incluir el estudio técnico por grupo terapéutico.	4
	18.2. Comunicación de julio 11 de 2001, y estudio realizado por Francisco Javier Gutiérrez sobre formulario institucional de medicamentos.	17
	18.3. Listado borrador de medicamentos.	33
	18.4. Documento mejora proceso autorización medicamentos.	5
	18.5. Reunión del 12/09/01, relacionada con la inclusión y exclusión de medicamentos formulario institucional de medicamentos.	4
	18.6. Formulario institucional de medicamentos. Borrador.	20
	18.7. E-mail de 30/08/01, relacionado con medicamentos POS no magisterio.	1
	18.8. Comunicación de Clofan del 29/08/01, relacionado con medicamentos oftalmológicos y comunicación donde se informa la inclusión de medicamentos en el formulario institucional.	5
	18.9. Relación de medicamentos dermatológicos.	3
	18.10. Documento denominado sistema de	10

	aseguramiento de la calidad para el suministro de medicamentos ambulatorios.	
	18.11. Reunión del 06/07/01, relacionada con la inclusión y exclusión de medicamentos formulario institucional de medicamentos.	4
	18.12. Relación de medicamentos psiquiátricos que se solicita incluir en vademécum.	2
	18.13. Reunión del 29/07/01, relacionada con la inclusión y exclusión de medicamentos, formulario institucional de medicamentos.	2
	18.14. Borrador formulario institucional de medicamentos.	28
19	Documentos. Situación de salud oral en el programa magisterio.	3
20	Documentos. Perfil epidemiológico magisterio. Junio 30 de 2000 a julio 31 de 2001, sin radicado.	10
21	Documento. Situación de salud en el régimen de magisterio. Noviembre de 2001.	89
22	Documento. Pacientes crónicos - Actividades de promoción y prevención de 2001.	10
23	Correo electrónico. Última entrega a la Fundación Médica Preventiva sobre las historias clínicas del programa magisterio.	1
24	Documento. Encuestas de satisfacción. Programa magisterio.	130
25	Documento. Informe entregado a La Previsora sobre desequilibrio del contrato.	20
26	Tomo uno de la invitación pública 63, de octubre 3 de 2000.	57
27	Tomo tres de la invitación pública 63 de octubre 3 de 2000.	112
28	Respuesta de la UT a la auditoría de La Previsora, del 6 y 7 de diciembre, según comunicación 407-932853 de 15/01/02.	16
29	Documento: Estado actual del proceso de liquidación de contratos.	1
30	Documento: Programa magisterio. Estructura de procesos.	18
31	Documento: Autorizaciones.	31
32	Documento: Vademécum.	31
33	Documento: Manual de facturación.	21
34	Carpeta de actas comité de autorizaciones: Contiene los siguientes documentos:	
	34.1. E-mail de 04/10/01. Plan de contingencia centro regulador Comfama.	2

	34.2. Proyección programa magisterio.	2
	34.3. E-mail de 03/10/01. Proyecto plan de contingencias.	1
	34.4. Gráficas que demuestran tendencias de las autorizaciones en septiembre de 2001.	4
	34.5. E-mail de 05/10/01. Proceso de suministro medicamentos en casa Perú.	2
	34.6. E-mail de 18/09/01, sobre plan de contingencia.	1
	34.7. Constancias de la realización de 23 informes de gestión, comité de autorizaciones, de los correspondientes staff internos.	155
	34.8. Relación de especialistas por CIS.	3
	34.9. Documento modificación proceso de autorizaciones.	2
	34.10. E-mail de 17/10/01, relacionado con autorización CIS Bello y desmonte casa Perú.	3
35	Documento denominado actas: contiene documentos generados en el proceso de empalme con la Fundación Médico Preventiva y la Fiduciaria La Previsora, relacionados entre otros, con procedimientos represados, entrega de pacientes hospitalizados, actas de entrega de historias clínicas se deja constancia que aparecen repetidos los folios 103, 104 y 125.	135
36	Informe proceso de empalme de 1° de febrero al 1° de marzo de 2002.	23
37	Copia auto de preclusión de investigación dictado a favor de Henry Culma, por pago de indemnización. Fiscalía 59 Delegada Jueces Municipales Medellín.	3
38	Aparte de las actas del consejo directivo de Comfama, números 756, 758, 764, 765, 766, 769, 770, 771, 772, 773, 774, y 780, debidamente autenticadas por el secretario general de la entidad que actúa como representante legal de la U.T.	88
39	Documento denominado Cirugías Fundación Médico Preventiva, febrero 2002. Contiene documentación producida con ocasión de la entrega del contrato a la fundación.	106
40	Comunicación VFP 11584, respuesta a comunicación UT. 310153 del 2 de septiembre de 2002, relacionada con el proyecto de acta de la liquidación del contrato.	2
41	Comunicación U.T. 310153, relacionada con el proyecto de acta de liquidación unilateral de la fiduciaria.	2
42	Comunicación UT. 313881, de noviembre 7/02, relacionada con el pago de las sumas líquidas	5

	correspondientes a la ejecución del contrato.	
43	Comunicación VFP 11857 de diciembre 10/02, informando la no aceptación de la existencia del desequilibrio económico.	1
44	Comunicación VFP DAM 5111, de diciembre 20/02, invitando a prestar nuevamente el servicio.	1
45	Comunicación Comfama 941497, de diciembre 26/02, declinando ofrecimiento de volver a prestar el servicio.	1
46	Constancia de recibo de la oferta, presentada por la UT, firmada por el delegado del Mineducación y de la coordinadora del comité regional del FNPSM, con fecha octubre 13 de 2000.	1
47	Comunicación U.T. 267602, de octubre 13 de 2000, dirigida al comité regional del FNPSM, en la cual se salvan algunos errores de la oferta de servicios presentada, entre ellos los relacionados con el número de la invitación pública, al cual se hace referencia en la Unión Temporal, con constancia de aclaración de la hora de recibo firmada por la coordinadora del comité, a las 3:25 p.m.	1
48	Comunicación VFP 13981 de octubre 25/00, dirigida al oferente Comfenalco Antioquia, en la cual se le manifestaba la no aceptación de las observaciones a los aspectos jurídicos de la oferta de la U.T. y se le aclara que no existe confusión por el número de la invitación, a pesar de los errores de mecanografía.	3
49	Comunicación 13979, de octubre 25/00, dirigida al oferente Fessalud Antioquia U.T., en la cual se le manifestaba la no aceptación de las observaciones a los aspectos jurídicos de la oferta de la UT y se le aclara que no existe confusión por el número de la invitación, a pesar de los errores de mecanografía.	8
50	Actualización de hoja de cálculo de los perjuicios a junio 30/03 y las memorias del informe de 30 de septiembre de 2002 (informe de valoración de perjuicios preparados por avalúos industriales comerciales Ltda.).	12
51	Comunicación Fiduciaria VFP 16497, del 04/12/01, notificación de prórroga del contrato hasta el 31/03/02. 1	1
52	Actas UT: 01-02-02B-Acta Clínica Medellín - 03-03B.	17
53	Cartilla: Informes y balances Comfama. Año 2001.	75
54	Cartilla: Informes balances Comfama. Año 2002.	89

En la inspección judicial realizada en las instalaciones de Fiduciaria La Previsora:

1. Folder argollado que contiene actas 23, 24 y 25 del consejo directivo del Fomag y anexos a las actas (192 fls.).
2. Carpeta llamada “Antioquia-Comfama”, que contiene correspondencia cruzada entre Fiduprevisora S.A. y Comfama relativa a la ejecución del contrato (78 fls.).
3. Folder AZ denominado Dpto. de Antioquia tomo II año 2000 que contiene los documentos del proceso precontractual, inclusive la invitación pública 55 de 2000 (441 fls.).
4. Folder AZ de correspondencia cruzada entre Fiduprevisora S.A., Comfama y el comité regional relativa a la ejecución contractual, así como con la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social (367 fls. y un documento argollado). Este folder se identifica “Comfama N° 3 octubre 02/01-febrero 20/02”.
5. Fólder AZ denominado “Comfama N° 1 agosto 04/00-enero 31/01” (197 fls.).
6. Folder AZ denominado “Comfama N° 2 febrero a septiembre 24/01” (356 fls.).
7. Documento denominado “Propuesta unificación modelo de contratación”, el cual se exhibió como integrante del libro de actas del consejo directivo del Fomag tomo I-4 2001. Quien atendió la diligencia manifestó que el documento fue un proyecto que la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo preparó para el consejo directivo del Fomag y cuyo objetivo era analizar la homogenización de coberturas a nivel nacional ante el evento que había departamentos específicamente los antiguos territorios nacionales, donde las coberturas de servicios eran desiguales, documento que no fue aprobado por el consejo directivo. Igualmente se exhiben las actas 3 y 4 de 2001, en las cuales se verifica que se debate el tema. Se aportó el citado libro de actas y se anexó tomo.
8. Ante la solicitud del Dr. Escandón para que se exhibiera el documento contentivo del perfil epidemiológico con que contaba la fiduciaria previa a la convocatoria a la invitación pública 63, se exhibió el documento que hace parte de la carpeta reseñada en el numeral 3° anterior. Tal perfil se dio a conocer a quien lo solicitara dentro del proceso de la invitación pública 055 en la cual participó la entidad Comfama. La carpeta se denomina Tomo II año 2000-departamento de Antioquia.

IV. Los alegatos de las partes

Concluida la etapa probatoria o de instrucción del proceso, el tribunal se instaló en audiencia para oír a los apoderados de las partes en sus respectivos alegatos de conclusión, antes de lo cual tanto las partes como el señor representante del Ministerio Público, manifestaron “estar plenamente conformes con la totalidad del trámite procesal, la petición y práctica de las pruebas y el ejercicio del derecho de contradicción” (acta 25). A continuación, se oyó a los apoderados de las partes y al señor Procurador Noveno Judicial Administrativo, en sus respectivos alegatos de conclusión y se recibieron los sendos escritos que entregaron. En la misma audiencia se señaló el 11 de diciembre de 2003 a las 11:00 a.m. para proferir el laudo arbitral.

V. Los presupuestos procesales

Como los presupuestos procesales concurren a plenitud, no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, la demanda fue presentada en debida forma y reúne los requisitos indispensables para que el asunto pueda ser resuelto de fondo, corresponde al tribunal decidir en derecho las controversias planteadas por las partes.

De otro lado, no ha ocurrido la caducidad de la acción, de acuerdo con lo establecido por el artículo 136 numeral 10 del Código Contencioso Administrativo.

Además, el tribunal encuentra cumplidos los requisitos o exigencias de derecho para que las peticiones puedan ser resueltas de fondo. El trámite arbitral se adelantó de manera regular. El tribunal tiene competencia para resolver las pretensiones, estas son susceptibles de transacción y las partes pactaron cláusula compromisoria, todo lo cual se analizó en su momento.

Tanto la convocante como la convocada tienen capacidad para ser parte. La primera está integrada por tres personas jurídicas, a saber:

1. **Caja de Compensación Familiar de Antioquia, Comfama**, persona jurídica de derecho público, domiciliada en Medellín y con personería jurídica otorgada por resolución emanada del Ministerio de Justicia.

2. **Massalud**, persona jurídica reconocida por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas Dancoop; y,

3. **Clínica Medellín S.A.**, persona jurídica de derecho privado, sociedad anónima, vinculada al sector salud.

Las tres conforman la Unión Temporal convocante.

La convocada es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fondo cuenta de la Nación, constituido en patrimonio autónomo por escritura pública 83 de 1990 de la notaría 44 de Bogotá, está representado por Fiduciaria La Previsora S.A.

Tanto la parte convocante como la convocada concurren al proceso representadas por apoderados judiciales, quienes fueron oportuna y legalmente reconocidos.

VI. Consideraciones del tribunal de arbitramento

Analizadas como quedaron las cuestiones precedentes, se ocupa ahora el tribunal del estudio jurídico de las pretensiones de la convocante, de las excepciones de la convocada y de los hechos que las sustentan, con el fin de establecer el marco general que orientará las consideraciones sobre las controversias por resolver.

Sea lo primero advertir, que declaraciones en el sentido de si la Fiduciaria La Previsora S.A., en la invitación pública 63 de 2000 o en la adjudicación del contrato, violó o no los preceptos a que se refiere la demanda, por ser actos administrativos, son ajenos al conocimiento del tribunal ⁽¹⁾, por esto solo se ocupará de los hechos, en la medida en que sean sobrevinientes a la celebración del contrato.

Con la finalidad de facilitar la comprensión del litigio y realizar un acertado análisis de las peticiones hechas en la demanda, las que de acuerdo con la providencia que decidió la competencia del tribunal, determinan el ámbito dentro cual este ha de resolver lo que en derecho corresponda, es preciso estudiar, en primer lugar, los aspectos más relevantes y trascendentes del contrato 11221008/2000, y, en segundo, el derecho aplicable al mismo, origen de este proceso, de lo cual se ocupa el tribunal a continuación.

En la cláusula primera del contrato bajo estudio, se pactó que el objeto del mismo consistía en garantizar y asegurar la prestación de los servicios médico-asistenciales al personal de docentes activos y/o pensionados de Antioquia, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a sus beneficiarios, según el plan de salud para el magisterio, relacionado en los anexos “Plan de atención para afiliados activos y pensionados” y “Plan de atención para beneficiarios”, en las condiciones, plazos, calidad y demás requisitos exigidos en el anexo “Condiciones técnicas para la prestación de servicios” y en los términos de referencia, de conformidad con la propuesta presentada por el contratista.

En la cláusula quinta del contrato se previó que vigencia inicial del mismo era del 30 de octubre de 2000 al 31 de octubre de 2001, y su valor fue de \$ 23.759.576.604, que se pagaría en contados mensuales vencidos de \$ 1.979.964.717 (fl. 17, cdno. de pbas. 1).

En el otrosí 1, cláusula primera, se prorrogó la duración del contrato hasta el 31 de enero de 2002 y se adicionó el valor que quedó en la suma total de \$ 29.871.396.936,20 y los contados mensuales ascendieron a la suma de \$ 2.323.566.856,18. El valor de la cuota de enero de 2002 se reajustaría de acuerdo con lo establecido en la cláusula séptima del contrato principal, pero se acordó que el reajuste y su pago se realizará en la liquidación y no como en esta se indicó.

En la cláusula séptima se pactó el reajuste del valor mensual del contrato, en el primer trimestre del año 2001, por una sola vez, con retroactividad a 1º de enero del mismo año, considerando la variación en el número de afiliados y aplicando el menor de uno de los siguientes factores: el incremento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, acumulado a 31 de diciembre de 2000, o el incremento de los sueldos del magisterio, decretado por

el Gobierno Nacional, para ser aplicado a partir de enero del 2001.

Las obligaciones más relevantes que del contrato 1122-1008/2000 surgieron para las partes, fueron:

La contratante, de conformidad con la cláusula cuarta del negocio, se obligó, fundamentalmente, a realizar auditoría médica en forma periódica para efectos de hacer seguimiento al contrato y a pagar el valor de los servicios médico asistenciales que prestara el contratista.

A su vez, la Unión Temporal —contratista— se obligó, básicamente, a:

— Garantizar, asegurar y prestar los servicios médico-asistenciales a los afiliados y beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Antioquia, en la forma establecida en los anexos de los términos de referencia, denominados “Plan de atención para afiliados”, “Plan de atención para beneficiarios” y “Condiciones técnicas para la prestación de los servicios”.

— Generar una base de datos dentro de los sesenta días siguientes a la iniciación del contrato, ajustada a las exigencias de la fiduciaria, actualizarla cada vez que se produjera alguna novedad, remitirla mensualmente a la contratante y entregarla a la finalización del contrato (fls. 647 y 648, cdno, de pbas. 2). Una vez finalizado el contrato, de ella debería hacerse entrega a la Fiduciaria La Previsora.

— Garantizar el proceso de carnetización de los usuarios.

— Adelantar los estudios para obtener el perfil epidemiológico de la población y la identificación de los riesgos, desde los puntos de vista geográfico, demográfico, así como la situación social y cultural de la región, de tal forma que los anotados aspectos le permitan realizar ajustes a la oferta de servicios y diseñar programas de promoción y prevención (fls. 644 y 645, cdno. de pbas. 2).

— Prestar atención integral (anexo 3 fl. 671, cdno. de pbas. 2) la que comprendía, entre otros, los siguientes servicios: el diseño, las estrategias y demás programas dirigidos a la promoción de la salud, la prevención de enfermedades, los tratamientos y la rehabilitación en todos los niveles de atención (fls. 645 y 649, cdno. de pbas. dos). A lo anterior se agrega, que el servicio integral, comprendía “todo tipo de atenciones que se requieran para conservarse sano o para recuperarse de las afecciones que se presenten”. Incluía consultas médicas, tratamientos, atención de urgencias, hospitalización, cirugías, procedimientos, estudios de laboratorio clínico y patológico, electrodiagnóstico, evaluación motriz, ocupacional y del lenguaje, diagnóstico psicosocial, control epidemiológico, rehabilitación física, consejería psicológica, preparación y despacho de medicamentos.

— Suministrar los medicamentos necesarios para el tratamiento integral del usuario (fl. 668, cdno. de pbas. 2).

— Finalmente, la Unión Temporal contrajo otras obligaciones, entre las cuales cabe destacar, las de prestar el servicio médico para enfermedades ruinosas o catastróficas (fl. 695, cdno. de pbas. 2; num. 2.3., Circ. externa 61 de 1998 de la Supersalud); entregar, a la terminación del contrato, a la unidad de atención que se haga cargo de los usuarios, una copia de las historias clínicas completas y los demás documentos relacionados con los aspectos médicos de los usuarios (fl. 683, cdno. de pbas. 2); adoptar sistematización para la asignación de citas y mantener un sistema de información estadístico; prestar servicio de psicología clínica y realizar actividades de prevención y promoción de salud (fl. 664, cdno. de pbas. 2).

Después de las anteriores líneas de pensamiento, procede el tribunal al análisis, en concreto, del derecho aplicable al contrato 1122-1008/2000, celebrado por las partes aquí contendientes.

El negocio celebrado entre Fiduciaria La Previsora S.A., en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta de la Nación, constituido en patrimonio autónomo, y la Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín, de conformidad con los artículos 2º y 32 de la Ley 80 de 1993, es estatal en virtud de que una de las partes —el contratante— es entidad del Estado, así como por el contenido de las estipulaciones y previsiones especiales de la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esta calificación implica que, al convenir las estipulaciones, las partes pueden aplicar las leyes especiales que rijan este tipo de contrato y las disposiciones del derecho privado, en ejercicio de la autonomía

privada, pero sin contradecir las normas del estatuto de contratación estatal, contenido en la Ley 80 mencionada. Es, por eso, que el contrato incluye las estipulaciones impuestas como forzosas por dicho estatuto y que el precio y modalidades generales de la prestación de los servicios contratados corresponden exactamente a las normas específicas que regulan el cumplimiento de las obligaciones estatales, en materia de servicios de salud para los servidores del magisterio, los pensionados del mismo y sus beneficiarios.

Régimen legal que, por otra parte, es el que corresponde a las actividades que deben cumplir las entidades públicas cuando, como en este caso, se trata de desarrollar la gestión de un servicio público, que es el carácter que la ley otorga a la prestación del servicio de salud en seguridad social, en los términos de la Ley 100 de 1993.

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

— El contrato no fue celebrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no solo porque esta entidad carece de personería, ya que se trata apenas de una cuenta especial de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, sino por la Fiduciaria La Previsora S.A., la cual obró en nombre y representación de dicho patrimonio autónomo, de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, lo cual es indicativo de que la ley quiere darle un manejo especial a la administración de los recursos destinados en el presupuesto nacional, al cumplimiento de las obligaciones estatales en servicios de salud para ese grupo de servidores y sus beneficiarios.

— En correspondencia con este especial procedimiento de administración, la ley previó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tuviera la facultad de recomendar el contratista que se encargaría de garantizar la prestación de los servicios de que se trata y de que, por conducto de su comité regional en Antioquia, como quedó estipulado en la cláusula décima sexta, y el artículo 3° del Decreto 1775 de 1990, desarrolle un seguimiento sobre la ejecución del contrato, y para autorizar la ordenación de la cuota mensual del precio correspondiente, intervención y supervisión de los representantes de los beneficiarios y los usuarios que incide en la calidad, cobertura y condiciones de los servicios contratados, en orden a lograr su prestación a satisfacción de los interesados.

— El precio convenido no era señalable libremente por las partes. Su cuantía tuvo que ser determinada de acuerdo con las disposiciones especiales del artículo 8° de la Ley 91 de 1989.

— En la cláusula séptima se estipuló que el precio convenido solo podría ser reajustado por una sola vez, y en la forma restringida estipulada en dicha cláusula, dentro del primer trimestre del año 2001.

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

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

— Las políticas de prevención, controles sobre la formulación, las consultas, la oportunidad, frecuencia, y calidad de los servicios, en síntesis, mecanismos que logren mantener el equilibrio entre los costos de los servicios y su prestación óptima, es lo que está implicado en esta modalidad de contratación de seguridad social en salud,

distinguiéndola de métodos como los de pago por servicio prestado, capitación, protocolos, y otros autorizados en la ley.

— Además, la obligación de prestar los servicios contratados debe estar organizada de modo que satisfaga a un numeroso grupo de servidores públicos, sus necesidades médico-asistenciales, con la connotación de que la atención que debe prestárseles es integral en el sentido de que comprende todos los aspectos de dicha asistencia. El carácter integral y masivo del servicio reitera que garantizar y asegurar su prestación es, ante todo, una delicada operación de gestión administrativa y financiera de cuya eficacia se deriva el éxito del contrato. Por lo cual, este logro depende básicamente del adecuado ejercicio de la auditoría médica, que es obligación de la entidad contratante y, como es obvio, y se repite, de los controles del contratista.

— Por lo demás, es importante anotar que la Ley 100 de 1993 se ocupa del sistema general de seguridad social integral y dentro de este se encuentra el de salud. Conforme a esta ley existen tres regímenes básicos de salud, a saber: contributivos, subsidiados y especiales. En los primeros, la financiación tiene como base una cotización previa del afiliado o en ocasiones de este y su empleador. En los subsidiados, el pago del servicio tiene contribución por parte del Estado o por fondos de solidaridad.

Además de los anteriores, existen regímenes especiales, que como su nombre lo indica, tienen elementos y rasgos que los distinguen de los primeros. Precisamente dentro de los especiales, por mandato del artículo 279 [2] de la Ley 100 de 1993, se encuentra el de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esta ley establece los requisitos, obligaciones, y campo de acción de las entidades promotoras de salud (EPS) y de las instituciones prestadoras de salud (IPS).

— Ahora bien, es importante resaltar que de conformidad con el artículo 181 [b] de la Ley 100 de 1993, algunos fondos de seguridad social del sector público —como el Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio— pueden ser autorizados por la Superintendencia Nacional de Salud, para que funcionen como EPS.

— El artículo 236 *ibídem* establece que los fondos que venían prestando servicios de salud y que no requirieran transformarse en EPS, podían continuar prestando los servicios a quienes se encontraran vinculados, pero debían ajustar su régimen de beneficios y financiamiento al previsto en los artículos 162, 204 y 220 de la Ley 100.

— Al contrato que dio origen a este proceso, también se aplican las disposiciones del Decreto 723 de 1997, por el cual se regulan las relaciones entre EPS e IPS, en cuanto no contravengan las normas especiales, particularmente la Ley 91 de 1989. El artículo 1° del decreto en mención, preceptúa que para su aplicación, “[...] siempre que se refiera a entidades promotoras de salud, se entenderán incluidas las entidades adaptadas [...]” (L. 100/93, art. 236 [3]). A su vez, el artículo 2° autoriza a las entidades promotoras y prestadoras de salud para “convenir la forma de contratación y pago que más se ajuste a sus necesidades e intereses”. Y, el artículo 3° señala el procedimiento de pago cuando no se establezcan los términos para la cancelación de las facturas o cuentas de cobro.

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

— Finalmente, en el proceso de selección del contratista se estableció que al contrato, además de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, debían aplicarse los términos de referencia de la invitación pública (fls. 595 y 596, cdno. de pbas. 2) y los aprobados por el consejo directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en reunión de 1° de junio de 1999 (fl. 641, cdno. de pbas. 2).

Como colofón de las cuestiones señaladas, el contrato 1122-1008/2000 es estatal, regido en sus aspectos generales por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y, en lo particular por las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, por los decretos 1775 de 1990, 723 de 1997, el escrito que contiene el contrato celebrado entre Fiduciaria La Previsora S.A. y la Unión Temporal, los términos de referencia de la invitación pública 63 de 2000 y los aprobados por el consejo directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el 1° de junio de 1999.

Retomando la línea expositiva, procede el tribunal, como se dijo, a resolver las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la convocada.

Pretensiones cuarta y quinta.

En razón de que las pretensiones cuarta y quinta están estrechamente vinculadas, el tribunal se ocupa, a la vez, de las dos. En la cuarta se solicita que se declare que sobrevino una mayor onerosidad para la contratista, en el cumplimiento de sus obligaciones, por causas imputables a la entidad demandada quien se negó a corregir los desajustes que se presentaron en la ejecución del contrato y a acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que se presentaron entre las partes. Y, en la quinta, que se declare que “la entidad demandada violó el artículo 5° de la Ley 80 de 1993, al negarse a restablecer el equilibrio de la ecuación económica del contrato por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables a los contratistas y sí, al incumplimiento de la demandada”.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de la ecuación contractual o del equilibrio económico financiero del contrato, según el cual, en los contratos estatales se mantendrá la equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, de tal suerte que si por causas no imputables a quien lo alegue, dicha igualdad se quebranta, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su recuperación.

El desequilibrio económico y financiero del contrato, puede presentarse en varios eventos: cuando una de las partes incumple el contrato o cuando es resultado de un hecho del contratante (teoría del hecho del príncipe) o cuando acaece un hecho imprevisible ⁽²⁾ (teoría de la imprevisión) o bien, cuando las sujeciones materiales son imprevistas, es decir, cuando se presentan dificultades de orden material vinculadas directamente con la ejecución del contrato, que a pesar de que hubiesen podido ser previstas por la administración, aparecen de manera imprevista para el contratista ⁽³⁾.

Es de suma trascendencia que se conserve la equivalencia económica del contrato, por cuanto ello hace parte de la seguridad jurídica negocial, que debe favorecer tanto a la entidad contratante como al contratista. En relación con su fundamento, la doctrina ha sostenido que “reside en los principios de garantía del patrimonio de los particulares, en la reciprocidad de prestaciones y en la buena fe” ⁽⁴⁾ .

El propósito del equilibrio económico es el de que las partes mantengan la reciprocidad y conmutatividad de las prestaciones acordadas en el momento de la celebración del contrato, durante todo el desarrollo del mismo. Empero, lo anterior no quiere decir que el mecanismo del equilibrio económico o financiero se convierta en un medio para obtener mejores precios, en relación con los que fueron voluntaria y libremente calculados y determinados en el contrato. El restablecimiento económico del contrato no puede convertirse en un argumento del contratista para que, ante cualquier déficit real o eventual en la explotación o ejecución del contrato, sin más, reclame al contratante, pues no pueden perderse de vista los conceptos de alea normal y alea anormal ⁽⁵⁾.

En otros términos, la institución del equilibrio económico de los contratos no puede ser utilizada para subsanar deficiencias en que hubiere podido incurrir el contratista al proponer o aceptar una licitación o invitación, por cuanto ello significaría cambiar en su favor el alea con que corrió en el momento de contratar. La teoría del equilibrio financiero no se encuentra establecida para obtener unos precios más favorables, luego de obtener una adjudicación en posición ventajosa, frente a otras reales o eventuales propuestas.

Cuando surgen dificultades imprevistas para el contratista vinculadas directamente con la ejecución o cumplimiento del negocio, es decir, que entre las circunstancias extraordinarias y la ruptura de la igualdad exista una relación de causa a efecto ⁽⁶⁾ puede presentarse desequilibrio económico del contrato.

Es oportuno dejar sentado, desde el punto de vista probatorio, que la carga demostrativa de las mencionadas circunstancias, corresponde a la parte que invoque, en su favor, el desequilibrio.

Para determinar si se rompió el equilibrio económico del contrato por hechos extraordinarios e imprevisibles no imputables a la contratista y, por consiguiente, si la convocante tiene derecho a que se acceda a las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, es necesario analizar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal, en el contrato 1122-1008/2000.

En primer lugar, se señalarán las obligaciones que adquirió la contratista de acuerdo con el documento que

contiene el contrato, sus anexos y los elementos que por ser de la naturaleza del negocio celebrado se entienden pertenecerle sin necesidad de cláusulas especiales. Como es natural, solo se analizarán las obligaciones sobre las cuales existe discrepancia entre las partes y su trascendencia en relación con las pretensiones de la demanda y, coherentemente, con las excepciones propuestas para enervar las primeras.

En razón del contrato 1122-1008/2000, la contratista —Unión Temporal Comfama, Massalud y Clínica Medellín S.A.— adquirió, fundamentalmente, las siguientes obligaciones:

1. Garantizar, asegurar y prestar los servicios médico-asistenciales a los afiliados y beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Antioquia, en la forma establecida en los anexos de los términos de referencia, denominados “Plan de atención para afiliados”, “Plan de atención para beneficiarios” y “Condiciones técnicas para la prestación de los servicios”.

Unánimemente han sostenido doctrina ⁽⁷⁾ y jurisprudencia ⁽⁸⁾ que haciendo abstracción de si las obligaciones adquiridas son de medios o de resultado, cuando los contratantes o uno de ellos adquiere una obligación de garantía, llamada de seguridad en el derecho francés, expresión esta adoptada por la jurisprudencia colombiana, el obligado asume un riesgo de tales características que compromete su responsabilidad, en ocasiones, aun frente a la ocurrencia de eventos derivados de la fuerza mayor o caso fortuito ⁽⁹⁾.

En este orden de ideas, cuando la contratista —Unión Temporal— se comprometió, conforme a las cláusulas primera y tercera del contrato, a “Garantizar y asegurar” el servicio médico-asistencial de la población que integraba el magisterio activo y pensionado de Antioquia y sus beneficiarios, la obligación que adquirió fue tan amplia que corrió con todos los riesgos derivados de la actividad que garantizó, es precisamente por esto que era también de su incumbencia racionalizar los servicios, desde luego, sin causar perjuicio o detrimento a los derechos de los usuarios. Pero, en todo caso, en el precio acordado, quedaron cubiertas las consecuencias previstas o que debieron preverse al celebrar el contrato. Es más, ni siquiera es dable incluir en esta clase de obligaciones —las de garantía/seguridad— elementos volitivos alegables cuando la prestación es de diligencia, o errores de conducta, como la falta de prudencia, diligencia o cuidado, los que resultan extraños cuando se ha garantizado o asegurado la prestación desde la misma celebración del contrato, por cuanto ello implica que el acreedor queda exonerado de la incertidumbre que dejan otros tipos de contratación.

2. Una obligación más que adquirió la contratista, fue la de generar una base de datos dentro de los sesenta días siguientes a la iniciación del contrato, ajustada a las exigencias de la Fiduciaria La Previsora S.A., la cual debería ser actualizada cuando se produjera alguna novedad y remitida mensualmente a la contratante. Una vez finalizado el contrato, de ella debería hacerse entrega a la Fiduciaria La Previsora (fls. 647 y 648, cdno. de pbas. 2). La obligación inicial del contratista de elaborar, actualizar y enviar a la contratante una base de datos dentro de los sesenta días siguientes a la iniciación del contrato, que se encuentra contenida en los términos de referencia, no se cumplió oportunamente. Es más, a pesar de que no era obligación de la contratante entregar la base de datos esta suministró una, a través de su anterior contratista Comfenalco (fls. 49 a 51, cdno, de pbas. 1).

La obligación que asumió la contratista de elaborar una base de datos es perfectamente válida, en virtud de la autonomía de que gozan las partes en esta clase de contratos, cuando de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, no exista norma imperativa que lo prohíba.

Además, como está probado en el expediente, tanto documentalmente (fls. 49 a 51, 53 a 62, cdno. ppal. 1), como mediante prueba testimonial, el anterior contratista Comfenalco, entregó a la Unión Temporal una base de datos. Sobre el particular, el testigo Felipe Mejía Escobar, quien manifestó haber participado en todo el proceso contractual por lo que dijo conocer el contrato completamente, en declaración rendida el 19 de junio de 2003, expresó:

“Nosotros recibimos una base de datos del anterior contratista en donde mientras que en los términos de referencia se hablaba de 73.000 afiliados, la base de datos que nos llegó fue por casi 83.000 personas; había personas duplicadas, había personas que ya estaban fallecidas, había personas que ya estaban retiradas inclusive del magisterio en Antioquia desde hacía varios años. Una base de datos que solo tenía el nombre, el documento de identidad de la persona y el lugar de residencia, no había forma de organizar los grupos familiares para poder

garantizar la atención familiar, lo que en este momento vienen haciendo todas las EPS”.

Si bien es cierto, tanto este testigo como la Unión Temporal manifestaron desde el inicio de la ejecución del contrato, inconformidad por las falencias que tenía la base de datos entregada por Comfenalco, la verdad es, conforme al contrato, que fue la contratista quien adquirió la obligación de elaborar la mencionada base, compromiso que no puede quedar desvirtuado por el hecho de que en contratos como este deba existir mutua colaboración entre las partes.

Por lo anterior, el “factor base de datos” invocado por la demandante en el hecho 85 de su demanda, como causa en virtud de la cual se debe reconocer desequilibrio económico en su favor, carece de fundamento.

3. Otra de las obligaciones de la Unión Temporal, era la de garantizar el proceso de carnetización de los usuarios.

Ahora bien, como en la cláusula tercera del contrato se estableció que la contratista garantizaría el proceso de carnetización de la población usuaria, y de acuerdo con lo expresado en el hecho 10 de la demanda, mediante oficio 509925004 de 30 de noviembre de 2000, Comfama le pidió a la fiduciaria que le aplazara la entrega de información para la carnetización, en razón de que no había recibido a satisfacción la base de datos ⁽¹⁰⁾ fácil es inferir que era requisito para la carnetización disponer de la base de datos, que a riesgo de repetir en demasía, era obligación de la contratista. Se agrega este planteamiento a las razones acabadas de exponer, para concluir que tampoco el factor carnetización sirve de fundamento para que se reconozca el desequilibrio impetrado.

4. Igualmente, la contratista se obligó a adelantar los estudios para obtener el perfil epidemiológico de la población y la identificación de los riesgos, desde los puntos de vista geográfico, demográfico, así como la situación social y cultural de la región. Lo anterior, le permitiría realizar ajustes a la oferta de servicios y diseñar los programas de promoción y prevención (fls. 644 y 645, cdno. de pbas. 2).

Es claro, pues, que el trabajo para lograr el perfil epidemiológico correspondía realizarlo a la Unión Temporal, quien, además, debía entregarlo a la finalización del contrato.

Por lo demás, como la Unión Temporal la integraron entidades expertas en la prestación de los servicios médico-asistenciales en Antioquia, es lógico concluir, por lo menos en términos generales, que la contratista estaba obligada a conocer el perfil epidemiológico de la población del departamento. La aseveración anterior se encuentra probada, entre otros medios demostrativos, con el interrogatorio de parte rendido en este proceso por el doctor Luis Ignacio Mejía Ángel, gerente general de la Clínica Medellín S.A., cuando afirmó que Comfama “[...] es una entidad de alto nivel de complejidad en la ciudad de Medellín [...]”.

En este orden de ideas, mal puede la convocante invocar como factor de desequilibrio contractual el desconocimiento del perfil epidemiológico de la población asegurada.

5. La contratista, de igual forma, se obligó a prestar los servicios de manera integral (fl. 671, cdno. de pbas. 2), lo cual comprendía, entre otros, los siguientes aspectos: el diseño, las estrategias y demás programas dirigidos a la promoción de la salud, la prevención de enfermedades, los tratamientos y la rehabilitación en todos los niveles de atención (fls. 645 y 649, cdno. de pbas. 2). Más aún, a la enumeración anterior se agregó que el servicio integral, comprendía “todo tipo de atenciones que se requieran para conservarse sano o para recuperarse de las afecciones que se presenten”. El servicio incluía consultas médicas, tratamientos, atención de urgencias, hospitalización, cirugías, procedimientos, estudios de laboratorio clínico y patológico, electrodiagnóstico, evaluación motriz, ocupacional y del lenguaje, diagnóstico psicosocial, control epidemiológico, rehabilitación física, consejería psicológica, preparación y despacho de medicamentos.

Por ser el plan integral, además, no se reconocerían preexistencias, períodos de carencia, copagos, cuotas moderadoras, o exclusiones distintas a las contempladas en el mismo anexo. En cuanto a copagos, en principio, solo se establecieron para los beneficiarios y su cancelación se haría con base en las tarifas contempladas en el Decreto 2423 de 1996 (fl. 699, cdno. de pbas. 2).

La obligación de prestar atención integral, unida a la de garantizar y asegurar la prestación del servicio debían cumplirse, por la forma de contratación, independientemente de que se generaran mayores costos, los que no

deberían presentarse, pues, la oferta —que hace parte del contrato— fue lo suficientemente clara, específica y concreta en la determinación de los compromisos y actividades que debería asumir la entidad a quien se le adjudicara el contrato.

Como si lo anterior fuera poco, no le es dable a la contratista alegar, para justificar una reclamación, que no tuvo conocimiento completo de las prestaciones que debía cumplir, en virtud de que dado su profesionalismo en la materia objeto del contrato ⁽¹¹⁾, estaba en la imperiosa obligación de comportarse como un verdadero profesional, conocedor y experto en la labor a la que se obligó. Si así no lo hizo y, por lo mismo, desconoció los factores que en este proceso alega para pretender una indemnización por un supuesto perjuicio recibido, habría que decir que la contratista obró con ignorancia culposa y, como tal, el derecho no la protege, en virtud, entre otros, del brocardico según el cual nadie puede alegar en su beneficio la propia culpa.

6. Otra obligación contraída por el contratista, fue la de suministrar los medicamentos necesarios para el tratamiento integral del usuario. En relación con este importante aspecto es oportuno dejar sentado que la contratista asumió “sin restricción alguna”, los eventos, tratamientos y procedimientos que no se excluyeron explícitamente (términos de referencia, anexo 3, fl. 697, cdno. de pbas. 2).

Si bien es cierto que en la invitación pública 63 de 2000, se consagró que se establecería “un vademécum por parte del comité regional y el contratista [...] avalado por Fiduciaria La Previsora”, también es verdad que a folio 668 cuaderno de pruebas 2, se estableció que “el oferente a quien le sea adjudicado el contrato deberá suministrar los medicamentos necesarios para el tratamiento integral” e igualmente, que “el afiliado tendrá acceso a los medicamentos del mercado nacional necesarios para su adecuado tratamiento, y que el oferente dispondrá de mecanismos para la autorización de entrega de medicamentos especiales **y los no incluidos en la guía terapéutica [...]**” (se resalta).

A folio 694 del mismo cuaderno, de manera perfectamente clara, aparece consagrado que “[el] suministro general de medicamentos estará bajo la responsabilidad total del contratista para lo que se tendrán en cuenta los medicamentos disponibles en el mercado nacional [...], salvo las limitaciones que de manera preclusiva se hicieron (fl. 669, cdno. de pbas. 2).

Para dejar sin piso el debate que se ha suscitado en relación con el vademécum, es preciso dejar sentado, que ninguna discusión existe en cuanto a que no se fijó un plazo para realizar y aprobar el mencionado vademécum, Sin embargo, no tiene trascendencia para el proceso, el hecho de que se haya realizado recién iniciada la ejecución del contrato o cerca de la finalización del mismo, en virtud de que, como quedó pactado, la contratista debía suministrar todos los medicamentos disponibles en el mercado nacional, estuvieran o no incluidos en la lista de medicamentos.

Además, no debe perderse de vista que en el contrato el riesgo lo asumió la contratista y que era a la misma a quien correspondía desarrollar campañas de prevención en todas las áreas, generar controles respecto a la formulación médica, instruir a sus médicos e implementar mecanismos de control ⁽¹²⁾. Si bien es cierto existía un seguimiento del contrato por parte del comité regional, ello no exoneraba a la contratista de utilizar mecanismos de control sobre sus médicos para que prescribieran medicamentos en presentación genérica y sobre las droguerías, en relación con la entrega de medicinas, independientemente de que el vademécum estuviera o no aprobado.

De acuerdo con las premisas anteriores, infiere el tribunal que tampoco puede la demandante invocar como factor de desequilibrio contractual, el hecho de no haber tenido un vademécum oportunamente (fls. 437 a 439, cdno. de pbas. 1).

Finalmente, la contratista contrajo otras obligaciones, entre las cuales cabe destacar, las de prestar el servicio médico para enfermedades ruinosas o catastróficas, con tratamientos como quimioterapia, trasplantes, VIH, mediante la constitución de un reaseguro sobre la población total de usuarios (fl. 695, cdno. de pbas. 2; num. 2.3. Circ. externa 61/98 de la Supersalud); entregar, a la terminación del contrato, a la unidad de atención que se haga cargo de los usuarios, una copia de las historias clínicas completas y los demás documentos relacionados con los aspectos médicos de los usuarios, obligación que debía cumplirse en un término no mayor de una semana, después que le fuera comunicado el nombre del nuevo prestador de servicios (fl. 683, cdno. de pbas. 2); adoptar

sistematización para la asignación de citas y mantener un sistema de información estadístico; prestar servicio de psicología clínica y realizar actividades de salud ocupacional, prevención y promoción de salud (fl. 664, cdno. de pbas. 2). Como estas obligaciones no son objeto de discusión, que trascienda para los fines de este proceso, no precisan consideración especial ⁽¹³⁾.

Por otra parte, en los contratos estatales, al lado de las obligaciones específicas, expresamente estipuladas en ejercicio de la autonomía privada, existen obligaciones impuestas por la ley a la entidad contratante referidas a la ejecución de aquellos. De esta naturaleza son las que la demandante señala como incumplidas por la convocada en las pretensiones enumeradas como 4 y 5. En concreto, se trata de la negativa a corregir los desajustes alegados por la convocante, la falta de acuerdo sobre mecanismos para precaver y solucionar diferencias o situaciones litigiosas, y el no restablecimiento de la ecuación económica, todo dentro de las prescripciones de la Ley 80 de 1993, artículo 4°, numerales 9° y 5°.

Las pretensiones anteriores carecen de fundamento o respaldo jurídico, habida cuenta que la Fiduciaria La Previsora S.A. cumplió con el contrato y, en consecuencia, no se pueden endilgar como actuaciones imputables a la convocada, los hechos que, según la demanda, generaron la mayor onerosidad que reclama la Unión Temporal. Lo anterior, en virtud de que, si en este tipo de contratos es procedente reclamar por desequilibrio contractual, lo cierto es que no se probaron los hechos sobrevivientes ⁽¹⁴⁾ e imprevistos no imputables al contratista, por lo cual no procede acceder a la petición de restablecimiento del equilibrio. En este orden de ideas, carece de soporte toda controversia sobre el equilibrio económico del contrato, tanto durante la etapa de la ejecución de este, como ahora.

Fiduciaria La Previsora S.A., por las razones anteriores y porque en el evento de que hubiere sobrevenido una mayor onerosidad, la causa de esta no le es imputable a ella, no estaba obligada a acordar mecanismos o procedimientos tendientes a corregir los desajustes a que se refiere el artículo 4° [9] de la Ley 80 de 1993.

En razón de que los hechos expuestos por la Unión Temporal, como quedó analizado, de un lado, no fueron extraordinarios, porque no tuvieron las características de ser excepcionales o haberse presentado fuera de lo que comúnmente ocurre en estos contratos; de otro lado, tampoco fueron imprevistos e imprevisibles ni posteriores a la celebración del contrato, amén que la contratista se obligó a prestar los servicios médico asistenciales “integralmente” a los usuarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Antioquia y la convocante tuvo o debió tener conocimiento completo de las prestaciones que debía cumplir, en razón de su profesionalismo y experiencia en la materia; y que, además, asumió una obligación de garantía y seguridad, se negarán las pretensiones cuarta y quinta de la demanda.

Pretensiones sexta y séptima.

Por otra parte, pidió la convocante en las pretensiones seis y siete que se declarara que la demandada incumplió las obligaciones del contrato 1122-1008/2000, en general, y en particular al no pagar oportunamente las facturas 0422313 y 0422528 que le presentó la Unión Temporal en febrero de 2002, por las sumas de \$ 2.371.000.000 y \$ 1.296.000.000, respectivamente.

Bastaría para resolver la pretensión sexta, esto es, la declaración general de incumplimiento de las obligaciones de Fiduciaria La Previsora, con observar que la pretensión es consecuencial de las anteriores y como estas se negaron, también habría de desestimarse la sexta. Sin embargo, para una mejor comprensión de la decisión que aquí se toma, se procede a realizar un somero análisis de las obligaciones fundamentales que adquirió la convocada en razón del contrato 1122-1008/2000.

La Fiduciaria La Previsora S.A., en su condición de contratante, básicamente, adquirió las siguientes obligaciones:

1. Realizar auditoría médica en forma periódica, con el fin de hacer seguimiento al contrato.

Sobre este particular observa el tribunal, con base en las actas que dan fe de las reuniones del comité, así como en los testimonios recibidos en este proceso, que a los servicios médico-asistenciales prestados por la Unión Temporal, se le realizaron auditorías.

En efecto, a folio 228 cuaderno de pruebas 2, acta 037 de 8 de octubre de 2001, el auditor médico de Fiduciaria La

Previsora S.A, Juan Carlos Espitia manifestó:

“[...] desde su llegada a Antioquía su labor se ha centrado en la verificación de la prestación de los servicios de Comfama y en la evaluación del vademécum”.

Y agrega:

“en cuanto al vademécum encuentro que es muy amplio, con laboratorios muy buenos y que contiene las 15 primeras causas de morbilidad en el magisterio antioqueño, este vademécum contiene; código, principio activo, nombre comercial, laboratorio y costo.

Pregunta a Comfama si es solo la marca comercial de que habla el documento o son todas las marcas comerciales.

El doctor Felipe responde que son los genéricos y las marcas comerciales que se tienen en el vademécum.

El doctor José Mario pregunta si el médico no se puede salir del vademécum y formular con el principio activo.

El doctor Felipe le responde que sí [...]”.

En el acta 39 de 7 diciembre de 2001 (fl. 541, cdno. de pbas. dos), el doctor Juan Carlos, auditor médico de la fiduciaria, expresa que hace entrega del

“instrumento para la evaluación mensual de las entidades médicas contratistas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe ser aprobado por el comité general”.

Y agrega que encontró problemas en odontología en la CIS de Aranjuez, Belén, San Ignacio y Bello, y que otra de las quejas es la entrega de medicamentos en la farmacia de Massalud.

“Informa que en este momento están realizando una auditoría a los siguientes procesos acompañado por el doctor Édgar Peñuela [...] los objetivos de la auditoría son revisar procesos de distribución y entrega de medicamentos, autorizaciones y atención al usuario [...].

El doctor Luis Guillermo comenta que el martes 27 de noviembre fue notificado verbalmente [...] que se estaba programando una auditoría nacional”.

De otra parte, el testigo León Jairo Montaña Gómez, en audiencia de 25 de junio de 2003, expresó:

“[...] en todo sistema de salud y desde que ingresé a Comfama había procesos de auditoría médica [...]”.

Así mismo, el programa de garantía y auditoría de calidad (GYAC) de la Fiduciaria La Previsora, durante el término de ejecución del contrato, promovió y controló de manera permanente el cumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista.

De acuerdo con las pretensiones y excepciones de la demanda, esta obligación no es objeto de discusión en el presente asunto. Si bien es cierto existieron algunas diferencias manifestadas por las partes en relación con el funcionamiento de la última auditoría, se reitera, este aspecto no es objeto de debate o reclamación en este proceso, por lo cual no puede sostenerse que la convocada haya incumplido la obligación de realizar auditoría médica periódica para hacer seguimiento al contrato. Es más, si algún incumplimiento por este aspecto le fuera imputable a la convocada, no debe perderse de vista que la doctrina y la jurisprudencia en forma repetida y unánime han sostenido que el incumplimiento mínimo no tiene efectos jurídicos negativos para aquel a quien se le pueda endilgar. En otros términos, el incumplimiento debe revestir una especial entidad, es decir, que tenga ciertas condiciones de gravedad. No se admite que un incumplimiento cualquiera, esto es, poco considerable, habilite al acreedor para intentar ya la resolución o el cumplimiento de su contraparte y los consecuentes perjuicios.

Sobre el particular expresan los hermanos Mazeaud:

“[...] el juez dispone de un poder soberano para apreciar el grado de gravedad del incumplimiento [...] él apreciará si este modo de reparación excede o no el modo de reparación del daño [...]”.

En este orden de ideas, por el análisis que se ha hecho de esta obligación, la pretensión sexta será negada.

2. Otra obligación de la contratante, quizá la principal, fue la de cancelar el valor de los servicios médico-asistenciales, que debía prestar la contratista, en los términos y condiciones previstos en el contrato.

En relación con esta obligación, es oportuno dejar sentado que en la pretensión séptima de la demanda, se pidió que se declarara que la convocada incumplió por no pagar oportunamente las facturas 422313 y 422528 que la contratista presentó en febrero y marzo de 2002, por las sumas de \$ 2.371.000.000 y \$ 1.296.000.000, respectivamente. El valor de la primera factura, esto es la 422313, corresponde “al valor de los servicios prestados en el mes de enero [de 2002]. La segunda a un reajuste aceptado por La Previsora de lo que da cuenta el acta 1 de 2002” (hecho 87). La demandada al contestar al hecho 87 de la demanda expresó que “la factura 422313 se pagó mediante orden de pago 50646 por valor de \$ 2.370.798.509 [...]” Acepta la demandada que se debe “la factura restante” pero que es parte de la liquidación a la finalización del contrato, la cual no se ha efectuado.

El 13 de mayo de 2003, fecha en la cual se realizó audiencia de conciliación, las partes llegaron a una conciliación parcial, concretamente en relación con el valor de la factura número 422313 de enero de 2002, el que se redujo de \$ 2.371.000.000 a la suma de \$ 135.683.691. Lo anterior en razón del pago parcial efectuado en noviembre 19 de 2002 por valor de \$ 2.235.114.818.

Como el valor de “la factura 422313 figura con pago parcial”, de acuerdo con el dictamen pericial) rendido el 9 de septiembre de 2003, folio 98, se ordenará a la Fiduciaria La Previsora que pague a la Unión Temporal la suma adeudada por este concepto que asciende a \$ 135.885.182.

Ahora bien, en cuanto al pago de intereses es preciso observar que en los términos de referencia simplemente se estableció que sería por mensualidades (num. 1.3. y 1.7. de los términos de referencia, fls. 596 y 597, cdno. de pbas. 2). Significa esto que ante el incumplimiento de la deudora en el pago del dinero adeudado, la acreedora tiene derecho a que se le paguen intereses de mora, pero solamente desde el momento en que haya requerido a la incumplida y como esto solo ocurrió desde la notificación del auto admisorio de la demanda (desde mar. 27/2003), de acuerdo con el Decreto 2282 de 1989, en concordancia con el numeral 3° del artículo 1608 del Código Civil, se condenará a la convocada a pagar sobre la suma anterior a la convocante intereses de mora al 12% anual, de acuerdo con último inciso del numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, desde el 27 de marzo de 2003 hasta la fecha en que se realice el pago.

En cuanto al pago de la última factura — la 422528—, por valor de \$ 1.296.000.000, que corresponde a la suma que la contratante debía pagar a la contratista por los reajustes aceptados por La Previsora (acta 1/2002), no existe duda en el sentido de que el valor de esta factura se le adeuda a la contratista, tanto por la prueba documental que obra en el expediente, como por la confesión que hizo el apoderado de Fiduciaria La Previsora S.A., cuando al contestar el hecho 87 de la demanda dijo: “La factura restante — se refiere a la 422528— se considera parte de la liquidación final del contrato la cual aún no se ha efectuado”. Esta aceptación se encuentra corroborada y guarda correspondencia con lo pactado en otrosí al contrato ⁽¹⁵⁾. Por lo anterior, en la liquidación habrá de tenerse en cuenta el pago del valor de esta factura que la convocada debe hacer a la convocante.

No hay lugar al pago de intereses en relación con la última factura, por cuanto la obligación de pagar la suma de dinero que ella contiene no se ha hecho exigible, pues, de acuerdo con lo pactado en las cláusulas segunda y tercera del otrosí (fl. 33, cdno. de pbas. 2), el pago se haría en la liquidación del contrato, la cual se efectuará en este laudo.

Conforme a la cláusula décima segunda del contrato, “el valor del último pago o mensualidad, adicionalmente a lo previsto en la cláusula anterior una vez finalizado el contrato [...] está condicionado a que el contratista cumpla a cabalidad las obligaciones establecidas en la cláusula tercera del presente contrato y términos de referencia”. Se estableció, igualmente, entre los compromisos que debía cumplir la contratista, el de garantizar los procesos de tránsito contractual.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1757 del Código Civil, en concordancia con el 177 del Código de Procedimiento Civil, correspondía a la demandante demostrar la obligación que reclama, como lo hizo. También

debía demostrar la contratista, para exigir el pago, que cumplió con las exigencias mencionadas en el párrafo anterior. Así las cosas, la contratante deberá pagar a la contratista, dentro de los treinta días ⁽¹⁶⁾ siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de \$ 1.296.000.000, como lo ordenará el tribunal, previo el cumplimiento, por parte de la contratista, de las obligaciones pactadas en la cláusula tercera del contrato.

Si cumplidas por la contratista las condiciones anteriores, la contratante no hiciere el pago en el término señalado, a partir del vencimiento de este pagará intereses moratorios a la demandante, a la tasa del 12% anual (L. 80/93, art. 4° [8]), hasta la fecha en que se realice el pago.

Pretensión octava.

Se ocupa a continuación el tribunal de la octava pretensión, en la cual la demandante solicita, como consecuencia de la resolución de las peticiones anteriores, se declare que la demandada es civilmente responsable por los perjuicios que le causó el comportamiento irregular de la contratante en la [...] ejecución del contrato 1122-1008/2000.

La responsabilidad, como es sabido, consiste en la obligación que tiene un sujeto de pagar a otro los perjuicios que le haya irrogado, tiene su origen en la violación o incumplimiento de una obligación previamente adquirida o en la infracción de un deber genérico que causa perjuicio. En este caso se estará frente a la responsabilidad abstracta, llamada impropriamente extracontractual por una parte de la doctrina. En cambio, cuando la responsabilidad tiene como causa la prevista en el primer evento, o sea, el incumplimiento de una concreta obligación previamente adquirida, se estará frente a la llamada por la doctrina moderna, responsabilidad concreta, no contractual, como lo predica otro sector de la doctrina; ello por cuanto las obligaciones concretas, adquiridas por un sujeto perfectamente determinado con anticipación a su violación o incumplimiento, no siempre se originan en un contrato.

Sin embargo, lo cierto es que en el asunto que ocupa a este tribunal, las obligaciones de las partes surgieron de un contrato estatal, concretamente del 1122-1008/2000, celebrado, como se ha dicho, entre Fiduciaria La Previsora S.A. de un lado, y La Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín, de otro. Con relación a este tipo de contratos, establece el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 que “las entidades estatales responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas [...]”.

Coherentemente, en el evento de que el Estado incumpla alguna o algunas de las obligaciones relevantes emanadas del negocio jurídico, y de esto surja alguna responsabilidad, se estaría frente a la responsabilidad concreta. Por esta razón, se ocupa enseguida el tribunal del estudio de los aspectos más importantes de este tipo de responsabilidad, en razón de que su análisis resulta indispensable para la resolución de las controversias objeto de decisión.

En particular, en el asunto bajo examen, para que haya responsabilidad concreta, es esencial, en primer lugar, que exista una obligación adquirida con antelación a su incumplimiento y que haya surgido de un negocio jurídico ⁽¹⁷⁾. En el caso que ahora ocupa al tribunal, las obligaciones surgieron del contrato 1122-1008/2000. En segundo término, para que surja responsabilidad, se requiere que se haya incumplido la obligación adquirida emanada del contrato. En tercer lugar, que al incumplido se le pueda atribuir un elemento subjetivo: culpa o dolo, cuando se trate de responsabilidad subjetiva o de una obligación de medio, no de resultado. Y, en cuarto lugar, que como consecuencia de tal incumplimiento —relación de causalidad— se haya irrogado perjuicio a la otra parte.

Asunto de suma trascendencia es el de establecer a cuál de las partes corresponde probar los enunciados elementos de la responsabilidad concreta, a lo cual se procede a continuación.

En cuanto a la prueba del contrato, más exactamente a la demostración de la obligación surgida del mismo, no existe duda que la carga demostrativa compete a quien alega que existe la obligación (demandante o acreedor), en razón de que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta” (C.C., art. 1757 en concordancia con el CPC, art. 177).

Ahora, para establecer quién debe probar el incumplimiento de la obligación, es preciso observar si el demandante pretende el cumplimiento de la misma o la resolución del contrato o simplemente la indemnización de los

perjuicios causados por el incumplimiento. En el primer caso, le bastará al acreedor probar la existencia de la obligación, y si el deudor pretende no cumplir, a este le corresponde probar que la obligación se extinguió.

Si el demandante pretende la resolución del contrato, deberá probar la existencia del mismo y el cumplimiento de las obligaciones por parte suya.

Si lo que se demanda es la indemnización de perjuicios, como ocurre en este asunto, compete demostrar el daño o perjuicio sufrido ⁽¹⁸⁾ quien alegue haberlo padecido, o sea, al demandante acreedor ⁽¹⁹⁾ (C.C., art. 1757 y CPC, art. 177). En el caso *sub examine* la convocante demanda declaración de “responsabilidad civil contractual de la demandada frente a los demandantes por los perjuicios [...]”. En efecto, la convocante alega supuestos incumplimientos por parte de la convocada que, según afirma, le causaron detrimento económico.

Para resolver la petición de declaratoria de responsabilidad civil solicitada, el tribunal se remite al análisis que hizo de las obligaciones de las partes, al estudiar las pretensiones anteriores, estudio del cual concluyó que no hubo incumplimiento relevante, excepción hecha del pago de la factura 0422313, por parte de Fiduciaria La Previsora S.A. En cambio, la contratista incumplió con sus obligaciones, como quedó analizado.

En suma, como la declaratoria de responsabilidad solicitada en la pretensión octava, sería procedente en la medida en que hubieren prosperado las anteriores y estas, por las razones expuestas, serán desestimadas por el tribunal también se negará la octava petición, excepción hecha de la responsabilidad parcial en que incurrió la convocada al no pagar oportunamente parte de la factura 422313, por lo cual, como quedó dicho, se ordenará este pago junto con los intereses moratorios.

Pretensión novena.

De otra parte, pide la convocante que se declare que los perjuicios ascendieron a la suma de \$ 13.624.000.000 por concepto del desequilibrio de la ecuación financiera del contrato por causas imputables a la demandada y, \$ 2.371.000.000. por concepto de las facturas a que se refiere la séptima pretensión.

En relación con la primera parte de esta pretensión, como ya quedó ampliamente estudiado al analizar las pretensiones cuatro y cinco, que no hay lugar a acceder a la petición de desequilibrio financiero, será negada la primera parte de esta pretensión.

En cuanto tiene que ver con las facturas, también a ellas se hizo amplia alusión en las consideraciones para resolver las peticiones séptima y octava, por lo cual a ello se remite el tribunal, y en consecuencia, de la misma manera, se procederá en la parte resolutive.

Pretensión décima.

Se solicita en esta, en subsidio, que se declare que [los perjuicios] ascendieron a lo que se pruebe dentro del proceso. El tema de los perjuicios, se concreta en los rubros a que alude la pretensión novena que, se reitera, corresponde al desequilibrio económico de la ecuación financiera del contrato y a las facturas tantas veces nombradas. Por lo mismo, coherentemente, se negará la petición décima en cuanto a los perjuicios por el primer concepto, y en cuanto a las facturas, nuevamente el tribunal se remite a lo expuesto para resolver las pretensiones séptima y octava.

Pretensión undécima.

Pide la convocante en la pretensión undécima que se proceda a la liquidación del contrato, aspecto este del que se ocupa el tribunal a continuación.

La liquidación de los contratos se realiza una vez terminados, y en ella se establece un balance de su ejecución. De acuerdo con lo consagrado por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, serán objeto de liquidación los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que la requieran. En la liquidación se determinará si existen obligaciones por cancelar entre las partes, caso en el cual se ordenará su pago. De otra parte, los artículos 87 y 136 numeral 10 literal d) del Código Contencioso Administrativo, autorizan

ejercer la acción contractual con la finalidad de que el contrato se liquide.

Con base en las anteriores normas, la solicitud de la convocante tiene fundamento legal, por lo tanto el tribunal procederá a liquidar el contrato. Debe tenerse en cuenta que la liquidación del contrato tiene por objeto establecer los saldos a favor o en contra que existan para la entidad estatal o para la contratista y otra, las cargas económicas resultantes del laudo en razón de eventuales incumplimientos o de declaraciones de la ruptura del equilibrio económico y su restablecimiento.

Para el efecto, el tribunal se fundamentará en el dictamen pericial rendido dentro del proceso, en el cual se arrojó como total facturado por la Unión Temporal convocante la suma de \$ 36.513.901.927, (fl. 8 del dictamen pericial) cifra esta de la cual el tribunal sustraerá la suma de \$ 120.249.021, correspondiente a la factura 413145 por concepto de “base de datos”. Lo anterior, con base en que en esta providencia se negó este último factor como causante del desequilibrio económico pretendido, según la argumentación expuesta al decidir las pretensiones cuarta y quinta de la demanda.

Hecha tal deducción se tiene como el total facturado por la Unión Temporal convocante la suma de \$ 36.393.652.906 a la cual se le restará el total de los valores pagados por la convocada a la Unión Temporal, suma que según el dictamen asciende a \$ 35.095.177.974, para obtener como resultado la suma de \$ 1.298.474.932.

Dicho resultado corresponde a la sumatoria de la factura 422528 por un valor de \$ 1.296.393.932 y de la diferencia de la factura 413393, por \$ 2.081.000.

Se tendrá en cuenta una diferencia de \$ 2.081.000 correspondiente a la factura 413393, como producto del contraste entre lo facturado y lo pagado por concepto de dicha factura, como se puede deducir de los valores expresados en los folios 8 y 9 del experticio.

Finalmente se considerará el saldo de la factura 422313 por \$ 135.683.691, a cargo de la convocante.

Así las cosas, el contrato se liquidará conforme a su ejecución y antes de que se establezcan los rubros que con fundamento en este laudo corresponda pagar a Fiduciaria La Previsora S.A.

En razón de lo expuesto, la liquidación es la siguiente:

Liquidación del contrato 1122-1008/2000 y su adicional celebrado entre Fiduciaria La Previsora S.A. y la Unión Temporal Comfama-Massalud-Clinica Medellín S.A.	
Facturado por la UT	\$ 36.513.901.927.
Menos factura 413145	\$ 120.249.021.
Total facturado	\$ 36.393.652.906.
Menos total pagado a la UT	\$ 35.095.177.974
Diferencia a favor de la UT	\$ 1.298.474.932.
Saldo factura 422313	\$ 135.683.691.
Total a favor de la UT	\$ 1.434.158.623.

Dentro de la facturación de la Unión Temporal está comprendido el valor de la factura 422528 por \$ 1.296.393.932.

Con respecto a la misma ya se pronunció el tribunal en el sentido de acoger parcialmente la pretensión séptima de la demanda, para efecto de lo cual proferirá condena por valor de \$ 1.296.000.000, tal como se pidió en dicha petición por la parte demandante. Por lo tanto, por efecto de la liquidación, queda un saldo a favor de la convocante de \$ 393.932 para completar el valor de la citada factura.

Igualmente el tribunal reconoció a favor de la Unión Temporal al pronunciarse también sobre la pretensión séptima de la demanda, el saldo de la factura 422313 por \$ 135.683.691, cifra esta que también se consideró al efectuar la liquidación del contrato.

En consecuencia, al restar a la liquidación del contrato las sumas en que se condenará a la convocada al resolver la petición séptima de la demanda, queda un saldo a favor de la convocante, consistente en la mencionada suma de \$ 393.932, más el saldo de la factura 413393 por \$ 2.081.000, para un total de \$ 2.474.932.

Queda así hecha la liquidación.

Pretensión décima segunda.

Solicita la convocante que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la demandada a pagarle a las demandantes, a partir de la ejecutoria del laudo, las sumas que se determinen, más los ajustes de valor e intereses corrientes moratorios y que sean de rigor, en las siguientes proporciones: el 90% a Comfama; el 5% a Massalud; el 5%, a la Clínica Medellín S.A.

Como de acuerdo con las motivaciones anteriores, Fiduciaria La Previsora S.A. debe pagar a la contratista las sumas a que será condenada al resolver las pretensiones séptima y octava, se accederá a que las mismas se hagan, conforme a las pruebas que obran en el proceso, en las siguientes proporciones: el 90% a favor de Comfama, el 5% a favor de Massalud y el 5% a favor de la Clínica Medellín.

Sin embargo, no se accederá a la petición de que la condena se haga con ajustes de valor, de un lado, por cuanto en relación con el valor que se adeuda de la factura 422313, se ordenará que el pago se haga con intereses moratorios los que resultan incompatibles con reajustes de otra naturaleza, en virtud de que ello implicaría una doble sanción para el deudor por el mismo concepto. Y, de otro lado, en relación con el valor representado en la factura 422528, este, como se dijo, solo es exigible a la liquidación del contrato, que precisamente se hace en este laudo.

Excepciones propuestas por la convocada.

— Improcedencia del aprovechamiento del dolo propio.

Para sustentar este medio exceptivo, alega la demandada que la convocante no manejó sus negocios empleando el cuidado que personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear.

Observa el tribunal, sin embargo, que si bien es cierto la demandante incumplió sus obligaciones, como ya se analizó, no puede por esa sola circunstancia endilgársele que actuó de mala fe o con la intención de ocasionar daño, como define nuestra legislación (C.C., art. 63) el dolo.

Basta lo anterior, para declarar, como se hará, que no prospera la primera excepción propuesta por Fiduciaria La Previsora S.A., en la contestación de la demanda.

— Excepciones segunda y tercera: cobro de lo no debido e inexistencia del desequilibrio económico.

La convocada propone, igualmente, como excepciones las de cobro de lo no debido e inexistencia del desequilibrio económico.

Para sustentar la primera, manifiesta que el contrato implicaba para el “co-contratante” asumir el riesgo económico de prestar en forma integral los servicios médico asistenciales por el precio único determinado en el contrato, amén de otros argumentos que aparecen en los antecedentes de esta providencia.

Basa la tercera excepción diciendo que La Previsora S.A., cumplió a cabalidad con su responsabilidad, determinó un valor mensual para el contrato, y que al ser este financieramente viable, no procede reclamar restablecimiento económico alguno. Agrega, que previo análisis de orden técnico realizado por GYAC, era improcedente el restablecimiento de la ecuación contractual.

Como en las pretensiones cuarta y quinta de la demanda se solicita al tribunal que declare el rompimiento del

equilibrio financiero o económico del contrato, y estas serán desestimadas por las razones de orden jurídico y fáctico que de manera prolija se expusieron, resulta innecesario traer a colación los mismos planteamientos, que se compendian en el hecho de que no se dieron los supuestos jurídicos para que se configurara el desequilibrio, es decir, no fueron extraordinarios, imprevistos ni imprevisibles. Además, la contratista se obligó a prestar los servicios médico asistenciales “integralmente” tuvo o debió tener conocimiento completo de las prestaciones que debía cumplir; y finalmente, la Unión Temporal, asumió una obligación de garantía y seguridad, las excepciones segunda y tercera están llamadas a prosperar, como en efecto se declarará.

Costas.

Preceptúa el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 55 de la Ley 446 de 1998, que en todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso.

Sobre la norma anterior ha dicho el Consejo de Estado ⁽²⁰⁾ que la entidad pública puede ser condenada en costas y que, en todo caso, se debe hacer una valoración subjetiva, pues no basta con que la parte sea vencida sino que habrá de tenerse en cuenta la conducta observada en el proceso, la aplicación de la norma debe ser entonces razonable. Agregó la misma corporación que la norma no faculta al juez para decidir a su arbitrio la existencia material de la conducta procesal, sino que debe resolver sobre la actuación claramente verificable y solo en la medida en que la actuación de la parte no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia e implique un abuso del mismo, habrá lugar a condenar en costas, por ejemplo, “en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio, se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial [...] por tanto no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”.

En el asunto sometido ahora a decisión del tribunal, las pretensiones de la Unión Temporal prosperan apenas parcialmente, como lo declarará el tribunal en la parte resolutive, no obstante lo cual no se observa en la actuación que ninguno de los extremos haya procedido con temeridad o abusando de su derecho, razón por la cual se abstendrá de hacer condena en costas.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, este tribunal de arbitramento, por las razones de que da cuenta la parte motiva de este laudo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Niéganse las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la demanda.
2. Niégase parcialmente la pretensión séptima. Y accédese parcialmente la misma pretensión en el siguiente sentido:
 - 2.1. Condénase a la demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A. a pagar a la Unión Temporal Comfama-Massalud- Clínica Medellín S.A, la suma de ciento treinta y cinco millones ochocientos ochenta y cinco mil ciento ochenta y dos pesos moneda legal colombiana (\$ 135.885.182), por concepto del saldo adeudado de la factura 422313. Condénase a la misma demandada a pagar a la demandante, sobre la suma anterior intereses de mora al doce por ciento (12%) anual, desde el 27 de marzo de 2003 hasta la fecha en que se realice el pago.
 - 2.2. Condénase a la demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por Fiduciaria La Previsora S.A. a pagar a la Unión Temporal Comfama-Massalud- Clínica Medellín S.A, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de mil doscientos noventa y seis millones de

pesos moneda legal colombiana (\$ 1.296.000.000), previo el cumplimiento, por parte de la Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín S.A., de las obligaciones pactadas en la cláusula tercera del contrato. Si acreditado que la contratista cumplió con las obligaciones anteriores, la contratante no le hiciera el pago en el término señalado, a partir del vencimiento de este, pagará intereses moratorios a la demandante, a la tasa del doce por ciento (12%) anual, hasta el día en que realice el pago.

3. Niégase parcialmente la pretensión octava. Declárase que la misma pretensión prospera parcialmente en el sentido de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por Fiduciaria La Previsora S.A. es responsable por el no pago oportuno de parte de la factura 422313.

4. Niégase la primera parte de la pretensión novena. En cuanto a la segunda parte, que tiene que ver con las facturas 422313 y 422528, estése a lo resuelto en las pretensiones séptima y octava.

5. En relación con la pretensión décima estése a lo resuelto en las peticiones séptima, octava y novena.

6. Accédese a la undécima pretensión. En consecuencia, declárase liquidado el contrato 1122-1008/2000 y su otrosí, celebrado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales representado por Fiduciaria La Previsora S.A. y la Unión Temporal Comfama-Massalud-Clínica Medellín.

7. Accédase parcialmente a la décima segunda pretensión, en consecuencia, ordénase al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por Fiduciaria La Previsora S.A. que las sumas que debe pagar a las sociedades que integran la Unión Temporal, deberá cancelarlas en las siguientes proporciones: el 90% a favor de Comfama, el 5% a favor de Massalud y el 5% a favor de la Clínica Medellín.

8. Declárase no probada la excepción de “improcedencia del aprovechamiento del dolo propio”, propuesta por la demandada.

9. Declárase probada la excepción de inexistencia del desequilibrio económico y, consecuentemente, la de cobro de lo no debido propuestas por la demandada.

10. Declárase que no hay lugar a condena en costas para ninguna de las partes.

11. Ordénase la devolución a las partes del dinero correspondiente a la partida de “protocolización y otros”, si a ello hubiere lugar. En caso de que la suma disponible no sea suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, el valor que falte deberá ser sufragado por partes iguales por la convocante y la convocada, sin perjuicio de que cualquiera haga el pago total y pueda cobrar a la otra lo que hubiere pagado por ella. El pago de las sumas que eventualmente haga la convocante, por este concepto, será en la siguiente proporción: Comfama 90%, Massalud 5% y Clínica Medellín S.A. 5%.

12. Entréguese a cada uno de los árbitros y al secretario el saldo restante de sus honorarios.

13. Por secretaría expídase copia auténtica de esta providencia, con la constancia de que es la primera y que presta mérito ejecutivo, con destino a cada una de las partes.

14. Por secretaría, de conformidad con el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo, en firme el presente laudo, comuníquese y envíese copia íntegra de su texto a la Procuraduría General de la Nación.

15. Expídase copia auténtica de este laudo con destino a cada una de las partes.

16. En firme este laudo, protocolícese el expediente en el cual obra la actuación surtida en este proceso, en una notaría del círculo de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

Pedro Nel Escorcía Castillo, presidente—*Héctor J. Romero Díaz*, árbitro—*Luis Carlos Sáchica Aponte*, árbitro.

Ricardo Vanegas Beltrán, secretario.
