

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**  
**CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.**

**VS**

**PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN y CLÍNICA PARTENÓN  
LTDA.**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil once (2.011).

Agotado el trámite y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el LAUDO, que resuelve las diferencias surgidas entre la CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A., como convocante y demandante, y las sociedades PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN y CLÍNICA PARTENÓN LTDA., como convocadas y demandadas, con ocasión del DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL “MEJOR SALUD UT”, del 2 de marzo del 2.005.

**I. ANTECEDENTES PROCESALES**

**1. Poder y presentación de la Demanda**

En ejercicio de la cláusula compromisoria estipulada en el susodicho documento y de conformidad con las disposiciones legales rectoras del arbitramento, la Sociedad CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A., representada legalmente por ÉDGAR ALIRIO RUIZ LUENGAS, como parte convocante, otorgó poder especial a abogado inscrito, quien formuló el día 7 de mayo de 2.010 demanda de carácter arbitral ante el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN de la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ contra la sociedad PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN, con el objeto de

definir las diferencias surgidas con ocasión del prementado DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL “MEJOR SALUD UT”, del 2 de marzo del 2.005.

## **2. Nombramiento de árbitros**

De conformidad con la cláusula compromisoria, en la cual se pactó la integración del Tribunal por parte del CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN de la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, mediante la modalidad de sorteo público, se designaron como árbitros para conformar el Tribunal de Arbitramento a los doctores JOSÉ FERNANDO TORRES FERNÁNDEZ DE CASTRO, BEATRIZ LEYVA DE CHEER y HERNANDO YEPES ARCILA; y por declinación de la segunda de las nombradas, quedó conformado definitivamente el ente juzgador por los doctores JOSÉ FERNANDO TORRES FERNÁNDEZ DE CASTRO, HERNANDO YEPES ARCILA y ANTONIO JOSÉ PINILLOS ABOZAGLO.

Debidamente notificado que les fue este nombramiento a los últimamente mencionados abogados, ellos seguidamente, por escrito y dentro del tiempo de ley lo aceptaron.

## **3. Audiencia de instalación del Tribunal**

Según Acta número 1, de fecha 10 de junio de 2.010, se celebró la Audiencia de Instalación de este Tribunal de Arbitramento, con asistencia de la doctora ANDREA QUIROGA RODRÍGUEZ, en representación del CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN, de los árbitros designados y de la abogada sustituta de la parte convocante. Se decidió por los miembros del Tribunal nombrar como Presidente del mismo al doctor JOSÉ FERNANDO TORRES FERNÁNDEZ DE CASTRO; y como Secretaria ad-hoc a la citada doctora QUIROGA RODRÍGUEZ.

Legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, la representante del CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN de la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ entregó a aquél el expediente y las actuaciones surtidas hasta el momento.

Se designó como Secretario del presente cuerpo colegiado fallador al doctor ROBERTO AGUILAR DÍAZ.

El Tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la sede Salitre del CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN de la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, ubicada en la Avenida El Dorado número 68D-35 piso 3° de este Distrito Capital de Bogotá.

#### **4. Admisión de la demanda arbitral y traslado de la misma**

Como decisión principal, también se tomó en la comentada Audiencia de Instalación la determinación de admitir la demanda presentada por la CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. en contra de PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN, sin perjuicio de lo que decidiera el Tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite; y consecuentemente se ordenó notificar personalmente esta providencia a la parte convocada, disponiendo correr traslado a aquella por el término de diez (10) días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 del C. de P.C.

#### **5. Requerimiento a la parte convocante**

Por medio del Auto No. 2, proferido dentro de la misma audiencia, “el Tribunal requiere por el término de 10 días a la parte convocante para que precise el valor patrimonial de las pretensiones de la demanda para los efectos establecidos en la ley arbitral”; providencia que fue recurrida por la apoderada sustituta, *“por cuanto la parte que representa está en la imposibilidad de conocer el valor exacto en este momento”*.

No obstante, el Tribunal confirmó su determinación, teniendo en cuenta que del artículo 14 del Decreto 4089 de 2.007 se desprende la necesidad de establecer la cuantía de las pretensiones, sin perjuicio de que hasta llegada la oportunidad procesal correspondiente a la fijación de honorarios y gastos, tal estimación pueda ser modificada.

#### **6. Notificación y traslado de la demanda a la convocada**

El día 12 de julio de 2.010 el Secretario del Tribunal de Arbitramento notificó personalmente el auto admisorio a la demandada; y le hizo entrega de copia de la demanda y de sus anexos, advirtiéndole del término para contestar la demanda.

#### **7. Contestación de la demanda**

Mediante apoderado debidamente constituido, PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN, el día 21 de julio de 2.010, dio contestación a la demanda.

#### **8. Reforma de la demanda**

El día 13 de agosto de 2.010 CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. reformó la demanda introductoria de este litigio, “en el sentido de incluir un nuevo demandado (CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA) y modificar las pretensiones, los hechos y las pruebas”, para lo cual presentó escrito debidamente integrado con el libelo inicial.

#### **9. Admisión de la reforma de la demanda**

En su sesión del día 14 del mes de septiembre de 2.010, el Tribunal de Arbitramento, encontrando que la reforma de la demanda reunía los

requisitos legales, resolvió admitirla; correr traslado de dicha reforma a la ya convocada PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN, por el término legal de 5 días; correr traslado, previa notificación personal a la nueva convocada, CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA, también del escrito integrado, para que le dé respuesta, dentro del término de 10 días, y “Advertir que al día siguiente del vencimiento del término para contestar la reforma de la demanda, por secretaría se correrá el traslado de las excepciones de mérito que se formularen contra aquella por el término de cinco (5) días, si a ello hubiere lugar”.

#### **10. Nuevo requerimiento a la convocante**

A través del Auto No. 5, contenido en el acta de la sesión premencionada, nuevamente se dispuso requerir “a la parte convocada, para que precise la cuantía de sus pretensiones, a fin de poder tomar las decisiones que corresponden a los árbitros de conformidad con lo dispuesto en los artículos 142, 144 y 147 del Decreto 1818 de 1998. Lo anterior es especialmente relevante si se tiene en cuenta que los hechos de la demanda no discriminan los pagos efectuados ni todos los aspectos que sirven de fundamento a sus pretensiones”.

#### **11. Contestación a la reforma por parte de Preservar Salud S.A. IPS En Liquidación**

Notificada que fue personalmente, la sociedad PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN, el día 11 de octubre de 2.010, le dio contestación a la reforma de la demanda, básicamente ateniéndose a su contestación anterior; y haciendo unos pronunciamientos concretos por lo que a las pruebas se refiere.

#### **12. Notificación a la nueva convocada**

El día 19 de octubre de 2.010, el Secretario del Tribunal de Arbitramento notificó personalmente a la sociedad CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA el

contenido de los admisorios de la demanda y de la contestación de la demanda; e igualmente le hizo entrega de copia de la demanda, de su reforma y de los anexos de ambos escritos, advirtiéndole del término legal de 10 días, que tenía para contestar el libelo y su reforma.

### **13. Contestación y excepciones previas propuestas por la sociedad demandada Clínica Partenón Limitada**

Haciendo uso del traslado y en sendos memoriales, el apoderado debidamente constituido de la nueva convocada CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA, contestó la demanda, proponiendo excepciones de mérito, y propuso excepciones previas.

### **14. Traslado de las excepciones de mérito y pronunciamiento**

El 4 de noviembre de 2.010 se fijaron en lista, para su correspondiente traslado los escritos contentivos de las excepciones de mérito formuladas por las convocadas contra la demanda inicial y su reforma.

Dentro del término del traslado anterior, se pronunció la parte convocante, solicitando rechazar de plano las excepciones por extemporáneas.

### **15. Citación para audiencia de conciliación**

El día 12 del mes de noviembre de 2.010 (Acta No. 3) se reunió nuevamente el Tribunal, para citar a las partes y a sus apoderados a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 141 del Decreto 1818 de 1.998; citación que fue notificada personalmente.

### **16. Respuesta a los requerimientos del tribunal**

En el entretanto, el señor apoderado de la parte convocante, por fin dio respuesta a los requerimientos del Tribunal, manifestando que, “*debido a la*

*reforma de la demanda, las pretensiones de proceso ascienden a las suma aproximada de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000'000.00000)".*

#### **17. La audiencia de conciliación**

Tal y como estaba previsto, el 1o de diciembre de 2.010 (Acta No. 4) se abrió la audiencia de conciliación, en la cual el Presidente del Tribunal explicó a las partes el objeto de la misma, su contenido y alcance y los invitó a conciliar sus diferencias.

Después del intercambio de opiniones entre todas las partes, con la mediación del Tribunal, se vio clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo ante la falta de ánimo conciliatorio, por lo cual, en providencia que quedó notificada en estrados, se declaró concluida la fase de la conciliación y se dispuso la continuación del proceso.

#### **18. Regulación de costos del proceso**

A renglón seguido, en la misma audiencia del 1o. de diciembre de 2.010 (Acta número 4) y en su Auto número 8, el Tribunal de Arbitramento fijó las sumas por concepto de honorarios de los árbitros y el secretario, los gastos administrativos del CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN, protocolización y otros gastos; pronunciamiento este que notificado en estrados alcanzó ejecutoria. Inmediatamente se convocó para la Primera Audiencia de Trámite.

#### **19. Pagos de los costos del proceso**

Dentro del plazo legal inicial de 10 días, contemplado en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1.998, la parte convocante consignó las sumas que le correspondían por concepto de gastos y honorarios.

Y como en el plazo legal las sociedades convocadas no hicieron el pago o consignación que les correspondía, según lo dispuesto en el mismo Decreto 1818, dentro del plazo legal adicional de 5 días, la parte convocante efectuó la consignación de las sumas a cargo de las convocadas.

## **20. La primera audiencia de trámite**

Abierta el 30 de enero de 2.011 el Presidente del Tribunal de Arbitramento solicitó al Secretario dar lectura al pacto arbitral y a las controversias planteada entre las partes, como lo dispone el artículo 147 del Decreto 1818 de 1.998.

## **21. Pronunciamiento del Tribunal sobre su propia competencia**

Mediante Auto No. 9 el Tribunal resolvió *“Declararse competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias surgidas entre CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A., por una parte, y PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN y CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA, por la otra, a que se refiere la demanda, en relación con el ‘Documento Privado de Definición de Responsabilidades en la Operatividad de la Unión Temporal MEJOR SALUD UT’ suscrito el 2 de marzo de 2.005”*.

Esta providencia fue confirmada por Auto No. 10, por medio del cual el Tribunal resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA

## **22. Excepciones previas propuestas por Clínica Partenón Limitada**

Mediante Auto No. 11 del 21 de enero de 2011 el Tribunal de Arbitramento señaló que, *“(…) dado que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del numeral 2 del artículo 141 del Decreto 1818 de 1.998, en el proceso arbitral no proceden excepciones previas, el Tribunal se abstendrá de considerar las*



*propuestas por CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA. No ocurre lo mismo con las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda, las cuales será resueltas en el laudo”.*

### **23. Decreto de pruebas y finalización de la primera audiencia de trámite**

A continuación, por Auto No. 12 del mismo 21 de enero de 2.011, el Tribunal procedió a abrir a pruebas el presente proceso y decretó las pruebas aportadas y solicitadas por todas las partes.

### **24. Etapa probatoria**

Desde la sesión del 8 de febrero de 2.011 (Acta No. 6) y hasta el 30 de junio del mismo año (Acta No. 15) este Tribunal de Arbitramento instruyó el proceso.

### **25. Conclusión del período probatorio**

En la audiencia que tuvo lugar el día 30 del mes de junio de 2.011 (Acta No. 15), el Tribunal encontró que todas las pruebas decretadas fueron practicadas, obran en el expediente y que respecto de todas ellas las partes tuvieron oportunidad de contradicción, sin perjuicio de lo que cada uno habría de manifestar en las alegaciones finales sobre aspectos relacionados con la apreciación y valoración de las mismas.

Igualmente, que el proceso se adelantó dentro de las normas legales pertinentes sin que se advierta causal de nulidad, por lo cual se declaró concluido el período probatorio.

### **26. Objeciones al dictamen pericial**

Las convocadas objetaron el dictamen pericial y a estas objeciones se les dio el trámite de ley, por lo cual se resolverán en el cuerpo de este Laudo.

## **27. Las alegaciones de las partes**

En la audiencia llevada a cabo el día 11 de agosto de 2.011 (Acta No. 16), el Presidente del Tribunal concedió el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que presentaran sus alegaciones.

Cada uno de ellos expuso los argumentos que consideraron del caso y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado los cuales se agregaron al expediente.

## **28. Suspensiones del proceso arbitral**

El presente Laudo se dicta en tiempo. En efecto como la primera Audiencia de Trámite tuvo lugar el día 21 de enero de 2.011, momento a partir del cual debe contarse el término de duración del proceso, establecido en 6 meses, el plazo inicial vencía el 21 de julio de 2.011. No obstante, debe tenerse presente que, a solicitud de las partes el proceso se suspendió en las siguientes oportunidades:

1. Entre el 15 y el 20 de febrero/11 (Acta número 6 bis)
2. Entre el 5 y el 27 de marzo/11 (Acta número 10)
3. Entre el 2 de julio y el 10 de agosto/11 (Acta número 15)
4. Entre el 12 de agosto y el 1 de noviembre/11 (Acta número 16)

Las suspensiones anteriores suman 151 días.

En estas condiciones, el término para proferir el Laudo vence el día 19 de diciembre de 2.011.

## **II. FIJACIÓN DEL LITIGIO**

Procede a continuación el Tribunal de Arbitramento a esta fijación del litigio, consistente en determinar el marco sobre el cual tiene que hacer sus pronunciamientos en esta providencia conclusiva.

## 1. Las pretensiones arbitrales

Tomadas del escrito integrado de reforma de la demanda, se tiene que las pretensiones deducidas por la parte demandante contra las convocadas son las siguientes, a saber:

1. Que se declare que conforme al contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJORSALUD UT suscrito 2 de marzo de 2005, **PRESERVAR SALUD S.A. IPS** tiene el 33% de participación en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre **MEJOR SALUD UT** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

2. Que se declare que conforme al contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJORSALUD UT suscrito 2 de marzo de 2005, **CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA** tiene el 28.5% de participación en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre **MEJOR SALUD UT** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

3. Que se declare que conforme al contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJORSALUD UT suscrito 2 de marzo de 2005, **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** tiene el 28.5% de participación en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre **MEJOR SALUD UT** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

4. Que se declare que de las obligaciones contraídas por **MEJOR SALUD UT** en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, **PRESERVAR SALUD S.A.** es responsable del pago del 33% de las mismas en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.

5. Que se declare que de las obligaciones contraídas por **MEJOR SALUD UT** en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, **CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA** es responsable del pago del 28.5% de las mismas en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.

6. Que se declare que de las obligaciones contraídas por **MEJOR SALUD UT** en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** es responsable del pago del 28.5% de las mismas en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.

7. Que, por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJORSALUD UT suscrito 2 de marzo de 2005, se declare que de las pérdidas ocasionadas a **MEJOR SALUD UT** en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, le corresponde el 33% a **PRESERVAR SALUD S.A.** en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.

8. Que, por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJORSALUD UT suscrito 2 de marzo de 2005, se declare que de las pérdidas ocasionadas a **MEJOR SALUD UT** en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, le corresponde el 28.5% a **CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA** en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.

9. Que, por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJORSALUD UT suscrito 2 de marzo de 2005, se declare que de las pérdidas ocasionadas a **MEJOR SALUD UT** en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, le corresponde el 28.5% a **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.

10. Que se declare que **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** ha cancelado a los proveedores de **MEJOR SALUD UT** la totalidad de las sumas derivadas de las obligaciones surgidas en razón de la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, en el monto que se acredite en el proceso.

11. Que se condene a **PRESERVAR SALUD S.A. IPS** a cancelar a favor de **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** el 33% de las sumas de dinero de que trata la pretensión anterior.

12. Que se condene a **PRESERVAR SALUD S.A. IPS** a cancelar a favor de **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** los intereses moratorios sobre las sumas de que trata la pretensión anterior, contabilizados desde la fecha de su pago conforme se demuestre en el proceso, o desde la fecha que establezca el Tribunal, y hasta la fecha del laudo, a la máxima tasa legal.

13. Que se condene a **CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA** a cancelar a favor de **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** el 28.5% de las sumas de dinero de que trata la pretensión 10 anterior.

14. Que se condene a **CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA** a cancelar a favor de **CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.** los intereses moratorios sobre las sumas de que trata la pretensión anterior, contabilizados desde la fecha de su pago conforme se demuestre en el proceso, o desde la fecha que establezca el Tribunal, y hasta la fecha del laudo, a la máxima tasa legal.

15. Que se condene a **PRESERVAR SALUD S.A. IPS** a cancelar el 33% de todas aquellas obligaciones que a la fecha del laudo adeude **MEJOR SALUD**

*UT a terceros y a sus socios, y todas aquellas que surjan con posterioridad a la fecha de esa providencia, derivadas de la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005.*

**16. Que se condene a CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA a cancelar el 28.5% de todas aquellas obligaciones que a la fecha del laudo adeude MEJOR SALUD UT a terceros y a sus socios, y todas aquellas que surjan con posterioridad a la fecha de esa providencia, derivadas de la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005.**

**17. Que se condene en costas a las convocadas.**

## **2. Pronunciamiento a las pretensiones arbitrales por parte de Preservar Salud S.A. IPS En Liquidación**

Sin proponer excepciones de mérito, la sociedad PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN se pronunció con respecto a las transcritas pretensiones arbitrales, en los siguientes términos: *“Me opongo a todas y cada una de ellas por carecer de derecho jurídico, real y material y por el contrario al resolverlas negativamente el Tribunal debería condenar en costas, honorarios y agencias en derechos a la convocante”.*

## **3. Pronunciamiento a las pretensiones arbitrales por parte de Clínica Partenón Limitada**

En la oportunidad procesal pertinente dijo oponerse a las mismas por carecer de sustentos de hecho y de derecho.

## **4. Excepciones de mérito de Clínica Partenón Limitada**

En el escrito de contestación de la demanda, propuso las siguientes excepciones de mérito:

***“1. INEXISTENCIA DE RELACIÓN JURÍDICA SUSTANCIAL DE CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA CON EL CONTRATO No. 1122-55-2005 DE 26/AGOSTO/2005 Y SUS CESIONES.***

*De la lectura hecha al contrato en mención y sus cesiones, se aprecia que la CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA no es contratante y por ende ajena a las responsabilidades por las obligaciones y sus efectos allí contenidos.*

*"2. INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS POR EL DEMANDANTE SOBRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO – ASISTENCIALES No. 1122-55-2005 DE 26/AGOSTO/2005.*

*Al hilo del argumento del punto anterior, si no suscribió el contrato en ninguna calidad o condición mucho menos existirían obligaciones por parte de mi representada*

*"3. INEXISTENCIA DE CLÁUSULA COMPROMISORIA RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES Y SUS EFECTOS CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE PRESTACIONES DE SERVICIOS No. 1122-55-2005 DE 26/AGOSTO/2005.*

*Respecto a lo establecido en el contrato No. 1122-55-2005 las partes allí contratantes, de la cual no hace parte la CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA, acordaron resolver sus conflictos mediante audiencia de conciliación o arreglo directo en caso de fracaso a éstas su determinación de acudir a la jurisdicción ordinaria, por lo que no es de recibo para este Tribunal de Arbitramento pronunciamiento alguno sobre los puntos obligacionales de dicho contrato.*

*"4. INADECUADA FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES POR INDEBIDA INTERPRETACIÓN DEL OBJETO DEL ACUERDO DE 02/MARZO/2005.*

*De conformidad con las pretensiones propuestas por el convocante del contenido del objeto del acuerdo de marzo de 2.005, no tienen asidero, pues dentro de este acuerdo en su objeto hace relación es a la distribución de los porcentajes respecto a las responsabilidades de los integrantes de la unión temporal MEJOR SALUD UT en caso de algún incumplimiento de alguna*

*obligación que genere pago por cualquiera de las partes al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

*"5. FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA Y AUSENCIA DE PRESUPUESTOS PROCESALES.*

*Al no encontrarse jurídica sustancial de la CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA con las que surgirían las obligaciones propias del contrato para la prestación de servicios médicos asistenciales de 26/agosto/2005 lógicamente tampoco existe relación jurídica procesal y de allí la ausencia del presupuesto procesal de la calidad de parte pasiva a la CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA.*

*"6. COBRO DE LO NO DEBIDO RESPECTO DEL ACUERDO DE 02/MARZO/2005.*

*Siendo claro el objeto del acuerdo suscrito en cuanto a la determinación de los porcentajes de participación en la responsabilidad, se deduce de la inexistencia de obligaciones pecuniarias a cargo de la CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA y a favor de la CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. y por ende, conforme al texto de las pretensiones, se están cobrando sumas no debidas.*

*"7. LAS DEMÁS INNOMINADAS QUE RESULTEN DEMOSTRADAS EN ESTE PROCESO.*

*Solicito se sirva tener como tales todas aquellas genéricas que resulten probadas con desarrollo del proceso a favor de mi representada CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA".*

### **III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Este Tribunal de Arbitramento, surtidos todos los trámites de rigor aplicables al procedimiento arbitral, y dentro del término legal, se dispone a dictar el presente LAUDO, de acuerdo con las consideraciones que se esbozarán a continuación, las pruebas documentales, periciales, interrogatorios y

testimonios aportados al plenario, y los argumentos esgrimidos por las partes involucradas.

Para la parte convocante, Clínica de Occidente, la controversia gira en torno a que se declare que las convocadas, Clínica Partenón y Preservar Salud IPS, fueron miembros activos de la Unión temporal MEJOR SALUD UT, por lo cual deben responder dentro de su porcentaje de participación por las obligaciones de dicha UT<sup>1</sup>.

Para las convocadas, por su parte, la UT MEJOR SALUD estaba conformada exclusivamente por la Clínica de Occidente y el Centro Policlínico del Olaya CPO S.A., razón por la cual no forman parte de ella las clínicas Partenón y Preservar<sup>2</sup>, aunando a que su participación se dio exclusivamente en calidad de subcontratistas para la prestación de servicios médicos<sup>3</sup>, y que la suscripción del documento “CONTRATO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD”, se debió exclusivamente a que, frente al riesgo de la imposición de sanciones por parte de la contratante –FIDUPREVISORA-, las cuatro sociedades concurrirían a asumir el pago correspondiente, de acuerdo con su porcentaje de participación, pero en ningún momento las pérdidas que para la UNIÓN TEMPORAL derivaron del contrato 1122-55-2005<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Dice la parte convocante en sus alegatos: “El presente proceso arbitral tiene como objeto la declaratoria de que las sociedades convocadas fueron miembros activos de la Unión temporal MEJOR SALUD UT y que en consecuencia, deben responder, en el porcentaje de participación, por las obligaciones pasadas, presentes y futuras de la referida Unión temporal.”

<sup>2</sup> Expresó la convocada Preservar IPS: “Podemos concluir sin lugar a equivocarnos que la UNION TEMPORAL MEJOR SALUD estaba conformada exclusivamente por la CLINICA DE OCCIDENTE y el CENTRO POLICLINICO DEL OLAYA CPO S A sin participación de ninguna otra entidad, no solo porque así se establece en el contrato citado, sino por imposibilidad legal emanada del contrato 1122-55-2005, como lo certifica la FIDUPREVISORA S.A.”

<sup>3</sup> Continúa Preservar: “Esas unidades prestadoras de servicios de salud son las IPS y PRESERVAR SALUD S A IPS era una Unidad Prestadora de Servicios de salud-IPS al igual que la Clínica Partenón por ejemplo.

Como prestador del servicio fue contratada por MEJOR SALUD UT, mediante el contrato de capitación No. 2-072 del 30 de diciembre del 2005.”

<sup>4</sup> Se lee en los alegatos de Preservar: “Se demostró dentro del proceso la imposibilidad de pertenecer a la UNION TEMPORAL MEJOR SALUD, dado que el documento base probatoria, se firmó para garantizar las obligaciones que se generaran a favor del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO administrado por la FIDUPREVISORA única y exclusivamente.”



Agrega la convocada Clínica Partenón, que al no haber sido firmado el “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA U.T. MEJOR SALUD” por uno de los integrantes de la Unión temporal, es “abusivo y tendencioso” deducir responsabilidad alguna para las convocadas.<sup>5</sup>

Por lo anterior, se encuentra que la controversia sobre la que gravita el presente litigio arbitral, consiste en determinar si de acuerdo con los documentos privados aportados al proceso que involucran a Clínica de Occidente, Centro Policlínico del Olaya (en lo sucesivo “CPO”), Clínica Partenón y Preservar Salud IPS, denominados “DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES Y OPERATIVIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL “MEJOR SALUD UT”<sup>6</sup>, y “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD”<sup>7</sup>, deben Partenón y Preservar reconocer a la Clínica de Occidente las pérdidas y gastos en los que haya incurrido como miembro de la Unión temporal Mejor Salud, en la ejecución del Contrato No. 1122-55-2005 celebrado con FIDUPREVISORA, ésta última actuando en su calidad de administradora fiduciaria del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Con miras a resolver el cuestionamiento cardinal del litigio, este Tribunal se servirá dilucidar, en primer lugar, cuáles fueron los antecedentes a la celebración del Contrato estatal No. 1122-55-2005, y la responsabilidad de

---

<sup>5</sup> Expresa la convocada Clínica Partenón: “2. De otro lado, se establece, sin lugar a equívocos, que la Unión Temporal MEJOR SALUD UT, está conformada única y exclusivamente por la Clínica de Occidente S.A. y el Centro Policlínico del Olaya, tal como se evidencia en el Acta de Constitución y el Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-55-2005, y corroborado por la Certificación expedida por FIDUPREVISORA S.A., la cual hace parte del acervo probatorio. Por tal circunstancia se establece que la CLINICA PARTENON LIMITADA, no es parte integrante de la citada unión temporal, ni Contratante, por tal razón, es ajena a responsabilidades por las obligaciones y sus efectos allí contenidos. En consecuencia, pretender deducir responsabilidad alguna del documento denominado “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA U.T. MEJOR SALUD”, es por decir lo menos, abusivo y tendencioso, pues dicho documento no es vinculante para los allí mencionados, pues no está firmado por uno de los integrantes de la citada Unión Temporal; es simplemente un borrador en el cual quedó plasmada una intención de establecer mecanismos de cooperación y apoyo, a contrario sensu, la Clínica Partenón Ltda., ofició en realidad, como asesor externo con vocación de acertar por cuanto era un grande prestador de servicios médicos a dicha unión temporal.”

<sup>6</sup> Folios 1-6 del cuaderno de pruebas No. 1

<sup>7</sup> Folios 33-35 del cuaderno de pruebas No. 2

los integrantes de la Unión temporal "MEJOR SALUD UT" frente a la entidad Contratante.

Posteriormente se revisarán los dos acuerdos privados a que se hizo referencia, su tipicidad o atipicidad contractual, y la interpretación que a los mismos debe dárseles conforme a lo que esté escrito, y a la voluntad de los contratantes al convenirlo, para de esta forma poder determinar si en virtud de éstos pueden proceder las pretensiones de la demanda arbitral, tal y como fueron presentadas.

Para finalizar, se analizará si las excepciones están llamadas a la prosperidad, de acuerdo con lo que se entienda probado, y el análisis jurídico que sobre el *factum* realice el Tribunal.

#### **A. La Objeción por error grave al dictamen pericial**

Mediante escrito del 18 de abril de 2011, presentado dentro del traslado del dictamen pericial inicial, el señor apoderado de CLÍNICA PARTENÓN LTDA. Formuló objeción por error grave. Y con escrito del 22 de junio del mismo año, radicado dentro del traslado de las aclaraciones y complementaciones de tal experticia, el mencionado apoderado presentó nuevas objeciones.

La primera objeción la hace consistir el citado apoderado en que la perito únicamente consultó la contabilidad de la MEJOR SALUD UT y de FIDUPREVISORA y no la de CLÍNICA DE OCCIDENTE, como le fue solicitado. Igualmente, se hace consistir en que cuando la perito respondió la pregunta No. 10 se remitió al documento privado del 2 de marzo de 2005 para determinar la partición de CLÍNICA PARTENÓN LTDA. en las pérdidas de MEJOR SALUD UT, cuando únicamente ha debido considerar el contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-005; y en que lo indicado en el primero tan solo versaba sobre la participación para responder ante la unión temporal con relación al incumplimiento de alguna obligación que generara pago ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Finalmente, señala que es error de la perito afirmar que

los intereses moratorios del total pagado por CLÍNICA DE OCCIDENTE no son causados en la cuenta 530520 que refleja un concepto distinto; que es error tomar para el cálculo de intereses una fecha posterior a la cesión del contrato No. 1122-55-005 el 20 de agosto de 2007; que el dictamen no indica qué sumas pagó la unión temporal a FIDUPREVISORA por sanciones por incumplimiento; todo lo cual implica que la perito extrajo la información de los estados financieros sin manifestar si MEJOR SALUD UT lleva contabilidad conforme a las prescripciones legales.

En el segundo escrito el apoderado de CLÍNICA PARTENÓN LTDA. señala que la perito no acreditó su calidad de contadora. Igualmente señala que la perito se limitó a contestar un cuestionario pero que no emitió opinión o juicio alguno sobre la contabilidad de MEJOR SALUD UT y de CLÍNICA DE OCCIDENTE. Finalmente señala que la perito afirmó que no tuvo a la vista los libros oficiales de contabilidad de MEJOR SALUD UT no obstante lo cual indica que el dictamen se basó en la contabilidad de la misma.

A su vez, con escrito radicado el 1 de junio de 2011 el señor apoderado de PRESERVAR SALUD S.A IPS, señala que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública considera que los consorcios y las uniones temporales deben llevar contabilidad independiente de sus miembros y, con base en esa premisa formula las siguientes objeciones al dictamen:

1. La perito indica que de acuerdo con la contabilidad de la unión temporal no se encontró que estuvieran separadas y soportadas las cuentas de cada uno de sus miembros, lo que conduce implica que aquella no se lleva en debida forma y, en consecuencia, no puede servir de base para establecer las supuestas pérdidas.
2. La perito advierte que las cifras fueron tomadas de los estados financieros de MEJOR SALUD UT, pero no de sus libros de contabilidad debidamente registrados. Señala que la ley exige no solo tal registro de libros sino además que la contabilidad sean llevados debidamente. Por ello concluye que el error grave consiste en que no existen soportes contables

válidos, lo cual impide al perito rendir un dictamen sobre los resultados de un ejercicio fiscal, por carencia de asientos contables.

Para resolver debe ponerse de presente que el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil establece que las partes pueden objetar el dictamen pericial por error grave, pero el numeral 4 de dicha norma establece que para que un error sea grave, se requiere que "haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas".

Para la Corte Suprema de Justicia incurrir en error, con la entidad de grave, supone:

*"... cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...; de donde resulta a todas luces que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador que al considerarla entrara en un balance o contraposición de criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva"<sup>8</sup>.*

El Tribunal encuentra que la calidad de contadora de la perito aparece acreditada, no solo en el acto de posesión sino, además, que su matrícula

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 8 de septiembre de 1993 (expediente No. 3446).

fue aportada por la convocante en su escrito del 29 de junio de 2011 y el Tribunal la tuvo como prueba mediante Auto No. 23 del 30 de junio siguiente.

En cuanto al contenido del dictamen es claro que la perito debe limitarse a pronunciarse sobre las cuestiones o puntos sobre las cuales se decretó, tal y como lo dispone el numeral 4º del artículo 236 del Código de Procedimiento. De manera que no puede constituir error grave que la perito se haya limitado en su trabajo al marco trazado por los cuestionarios presentado por las partes.

Igualmente debe señalarse que, como las respuestas de la perito debían tener como pauta esos cuestionarios, sus respuestas están sujetas a que el Tribunal tenga por ciertas las hipótesis en ellos contenidos. Por ello la definición sobre la fuente y alcance de la participación de las sociedades demandantes en los negocios mencionados en la demanda corresponde al Tribunal sin que nada de ello implique yerro del dictamen.

No hay duda alguna que la perito señaló que los libros oficiales de contabilidad de MEJOR SALUD UT no le fueron suministrados. Sin embargo, también señaló que sí tuvo acceso a su contabilidad por la vía de los soportes, registros y libros auxiliares.

Igualmente, como lo señaló la misma perito, mediante la Orientación Profesional No. 04 de 2002, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, ha señalado que no existe actualmente disposición que obligue a los consorcios y uniones temporales a llevar libros de contabilidad, así pueda considerarse conveniente que lo hagan.

De manera que no puede imputarse error grave si no se han considerado, por razones ajenas a la decisión de la perito, los libros de contabilidad de la unión temporal, cuando ello no es una obligación legal, máxime si se tiene en cuenta que la contabilidad sí existe y fue objeto de análisis por la perito.

Sobre dicha contabilidad de MEJOR SALUD UT la perito señaló que está llevada en debida forma y cumple con los principios y normas de contabilidad

generalmente aceptados en Colombia, según lo dispuesto en el Decreto 2649 de 1993. En ese sentido ha dicho que tal contabilidad “es llevada mediante el sistema de causación es decir, que en todo momento se puede obtener la información de cuáles son las obligaciones que tenía, las inversiones de los recursos obtenidos y el resultado de los mismos”; “Los flujos de efectivo son predecibles en la contabilidad de la Unión Temporal, dado que se contabilizaban los hechos económicos en cuentas deudoras y reflejaban las salidas de dinero, obteniendo así un control permanente de los usos y fuentes del dinero”; “permitía de manera permanente a la administración mantener el control de la planeación, organización y dirección en la ejecución del contrato”; “permite en forma más fácil la toma de decisiones en materia de inversión y de crédito”; “está sistematizada, ordenada cronológicamente, y debidamente soportada, por lo tanto es comprensible, clara y fácil de entender toda vez que se encuentra recopilada y ordenada; “posee los documentos soporte a sus operaciones, los registros contables en forma cronológica, se cuenta con un software contable adecuado que permito conocer todos los movimientos realizados uno a uno, cuenta con archivo de sus documentos soporte”; “la información es confiable, verificable y neutral, toda vez que los registros reflejan cada transacción por tercero o beneficiario, excepto por los registros con los miembros de la Unión Temporal en lo que tiene que ver con la participación de los mismo”.

También conviene tener presente que la unión temporal no es parte del proceso, y no podría serlo, en tanto no es sujeto de derecho que pueda demandar o ser demandado. De suerte que si ella no lleva libros de contabilidad o deja de exhibirlos, tal decisión no es atribuible a CLÍNICA DE OCCIDENTE, que es tan solo uno de sus miembros.

Finalmente, la perito analizó también la contabilidad de la demandante y la encontró ajustada a las citadas normas y principios.

Por todo lo anteriormente expuesto no encuentra demostrado el Tribunal los errores graves imputados al dictamen.

**B. El contrato celebrado entre la UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD y FIDUPREVISORA S.A.**

**1. Antecedentes de la celebración del contrato:**

Si bien el contrato celebrado entre FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (en adelante "FIDUPREVISORA") y la UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD U.T. (en adelante la "MEJOR SALUD U.T.") no es objeto de controversia en el litigio que convoca a las partes, en opinión de este Tribunal, al derivarse el debate jurídico de una Unión temporal conformada para obtener la Adjudicación del Contrato finalmente celebrado con la mentada sociedad fiduciaria, es menester comenzar por los antecedentes de tal celebración para dilucidar aspectos relevantes del *factum* del asunto en examen.

En primer lugar, vale la pena mencionar, de acuerdo con lo obrante a folios 15 a 47 del cuaderno de pruebas No. 1, que el contrato celebrado entre FIDUPREVISORA y la UNIÓN TEMPORAL tuvo su origen en la INVITACIÓN PÚBLICA No. 143 de 2005, adelantada por dicha fiduciaria, en cumplimiento del contrato de Fiducia Mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 4a del Círculo de Bogotá D.C., para que se contratara la prestación de servicios asistenciales de salud para los Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el Acuerdo No. 13 de 30 de septiembre de 2004 del Consejo Directivo de dicho Fondo.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad a favor de la cual actuaba FIDUPREVISORA, con arreglo al Artículo 3° de la Ley 91 de 1989, fue creado como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica propia, es decir, que quien ostenta la personería para efectos de su contratación es la NACIÓN.

Ahora bien, la mencionada INVITACIÓN PÚBLICA adelantada por FIDUPREVISORA dentro de su labor como fiduciaria, acorde con lo que se

lee en el acápite de “CONSIDERACIONES” del contrato finalmente celebrado<sup>9</sup>, tenía como objeto la selección de contratistas que garantizaran la prestación de servicios médico-asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados al Fondo y sus beneficiarios, de acuerdo con los términos de la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario para la época, Decreto 2170 de 2002.

Dentro del proceso ha sido aducido por la parte convocante en su escrito de Reforma de la demanda integrada, acápite de hechos obrante a la folio 6 lo siguiente:

*“3. Dentro de esos elegibles, fue incluida la unión temporal “MEJOR SALUD UT” conformada por CLÍNICA DEL (sic) OCCIDENTE LIMITADA y por el CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA, en adelante C.P.O. S.A.*

*4. Para efectos de ofrecer mejores condiciones que hicieran elegible su oferta, MEJOR SALUD U.T. celebró con PRESERVAR SALUD S.A. IPS un acuerdo de promoción y cooperación administrativa que tenía como finalidad unir capacidades administrativas y técnicas y con ello promocionar unos mejores servicios.*

*5. Como resultado de ese acuerdo, convinieron la Unión temporal y PRESERVAR SALUD S.A. que, de salir beneficiados en el proceso licitatorio, PRESERVAR SALUD sería vinculada como red adicional para prestar el servicio y haría parte de la operación de la Unión temporal.*

*6. La unión temporal MEJOR SALUD U.T. fue beneficiada con la adjudicación del contrato y procedió a suscribir con FIDUCIARIA LA PREVISORA el contrato No. 1122-55-2005 para la prestación de los servicios médicos asistenciales.”*

Sin entrar aún a pronunciarse este Tribunal respecto de la veracidad o no de los hechos aducidos por la accionante, lo cual será objeto de un análisis

---

<sup>9</sup> Es necesario acudir al tenor del contrato, por cuanto el texto de la invitación a contratar, términos de referencia y condiciones generales de contratación que antecedieron al mismo no fueron aportados al proceso.



posterior en el presente Laudo, cobra gran relevancia mencionar que de acuerdo con el aparte de la demanda transcrito, en el caso *sub iudice* una de las discusiones gravita, como ya se había esbozado, sobre los hechos y circunstancias que antecedieron a la celebración del contrato, y las razones que habrían llevado a las partes de la *Litis* a celebrar y mantener relaciones jurídicas y comerciales con ocasión de la licitación abierta por FIDUPREVISORA, y el contrato a celebrarse, motivo por el cual serán estudiadas.

Para este Tribunal, antes de revisar el alcance que pueden tener los documentos privados aportados, es menester entrar a analizar, como primer paso para la resolución del caso, no solo el documento mediante el cual la Clínica de Occidente y CPO constituyeron la Unión temporal “MEJOR SALUD UT”, sino como punto de partida, la naturaleza jurídica de dicha modalidad asociativa a la luz de las normas que rigen la contratación estatal, de manera que pueda dilucidarse con suficiente claridad el grado y naturaleza de la responsabilidad adquirida por la partes de dicho documento de constitución frente a FIDUPREVISORA y, por supuesto, a la luz del contrato celebrado.

Sin embargo, advierte el Tribunal que se abstiene de evaluar las prácticas que se traducen en los documentos convencionales de las partes, y su alcance jurídico y ético, por no ser parte de la controversia sometida a su decisión y, sobre todo, por su inocuidad en los resultados de la *litis* dado que, quien podría censurarlos y pretender consecuencias jurídicas de la censura, FIDUCIARIA LA PREVISORA, parte en el contrato 1122, no es sujeto procesal en este debate. De no ser así, habría sido necesario tomar en consideración su impacto en los principios de lealtad contractual y buena fe en el proceso formativo del contrato y en su ejecución, así como su significado, en cuanto conducta contraria a la transparencia en la actividad empresarial propia, y el reflejo de ésta en los intereses de terceros como la entidad pública, comprometida en el contrato celebrado por la Unión temporal para la gestión de las necesidades de salud en el Magisterio.

## 2. Las Uniones Temporales a la luz del estatuto general de la contratación estatal

El Estatuto General de la Contratación Estatal (Ley 80 de 1993), no siendo ajeno a las diferentes formas asociativas que podían hallarse en el derecho privado antes de su expedición, consagró legalmente a las uniones temporales y les atribuyó capacidad para efectos de celebrar contratos con el Estado<sup>10</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es de especial relevancia mencionar que además de la positivización de las uniones temporales, dicha Ley dispuso definir lo referente a los consorcios, como mecanismos de asociación entre personas naturales y/o jurídicas, de suerte que para la determinación de la responsabilidad de los integrantes de una unión temporal resultará útil anotar sus diferencias con la figura del consorcio

Las uniones temporales, según la definición de la propia Ley 80 de 1993 en su Artículo 7° numeral 2°, se forman “(...) cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.” (Subraya el Tribunal).

Sobre el particular ha precisado la doctrina nacional<sup>11</sup> que las uniones temporales no son personas jurídicas, aunque puedan estar integradas tanto por personas naturales como jurídicas, en la medida en que la participación económica de sus miembros en el contrato estatal, no va a depender de un

---

<sup>10</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 6: “DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.”

<sup>11</sup> PALACIO HINCAPIÉ. Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. 6ta Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2010. Pp. 133-135

*animus societatis* –como sí ocurriría en una sociedad mercantil o de hecho-, sino de la distribución del trabajo acordado por éstos con arreglo a la autonomía de la voluntad, y conforme con el acuerdo de constitución, el cual va a regular las relaciones entre sus integrantes, los aportes de cada quien a la ejecución del contrato, y la responsabilidad frente a los demás integrantes, y frente a la entidad estatal contratante, pues como ya se verá, de cara a ésta última siempre habrá solidaridad por pasiva, a excepción de los eventos en que se impongan sanciones por incumplimiento, en donde cada parte responderá a prorrata de su participación en la UT.

De lo anterior es dable desglosar algunas de las características que ostenta una unión temporal: i) No son personas jurídicas; ii) Pueden estar conformadas por personas naturales o jurídicas; iii) Su responsabilidad frente a la entidad es solidaria, a excepción de la que derive de sanciones por incumplimiento, caso en el cual cada integrante responderá de acuerdo con su porcentaje de participación.

En cuanto a la personería jurídica de las uniones temporales y su representación, valga decir que al no haber ánimo de conformar una sociedad mercantil o civil, naturalmente no se forma una entidad jurídica distinta y separada de las personas que la integran, de tal suerte que incluso en caso de que éstas acudan a la jurisdicción, o sean demandadas por la administración con ocasión de un contrato estatal, serán sus miembros separadamente y no la unión temporal, por carecer de capacidad procesal, quienes deberán hacerse parte integrante de un litisconsorcio por activa o pasiva, según el caso.

Sobre este respecto, la Corte Constitucional ha expresado que la doctrina jurisprudencial, tanto de dicha corporación como del Consejo de Estado, ha sido unívoca respecto de la independencia jurídica de los integrantes de la unión temporal, es decir, de la no formación de una persona jurídica distinta de éstos:

*“(…) la Corte Constitucional como el propio Consejo de Estado en sede contencioso administrativa, han resaltado que las uniones temporales, de*

*hecho, no constituyen personas jurídicas autónomas y que no puede entenderse que el representante que ellas designen, las representa para efectos diversos a los propios del acuerdo que dio origen a la unión temporal.*

*La Corte Constitucional en sentencia C-414 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2o. del artículo 7o. de la Ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios y las uniones temporales, no son personas jurídicas y que su representación conjunta, lo es para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos”<sup>12</sup>*

Siguiendo la posición del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, debe entenderse entonces, en primer término, que las uniones temporales en ningún caso configuran una persona jurídica y, además, que la capacidad jurídica que la Ley 80 de 1993 les confiere, no se extiende al proceso judicial o arbitral, sino que está claramente circunscrita a las fases precontractual y contractual de la contratación pública.

Como bien lo señala dicha Corte, el Consejo de Estado también sostiene, amparado en lo dispuesto en la mentada Ley 80 de 1993, que las formas asociativas del Artículo 7° -léase *uniones temporales y consorcios*- en ningún caso configuran una persona jurídica, debiendo entenderse como simples formas asociativas para la ejecución de determinado contrato<sup>13</sup>.

La misma tesis había sido expresada por dicha Corporación con anterioridad:

*“Los consorcios o uniones temporales son mecanismos de cooperación entre empresas, que se instrumentan a través de un negocio jurídico de colaboración, en virtud del cual dos o más personas naturales o jurídicas se vinculan transitoriamente y sin ánimo de asociarse, para realizar*

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-512/09. M.P. Manuel José Cepeda.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de abril de 2010. Consejero Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Exp. 16883: “(...) el consorcio y la unión temporal no son personas jurídicas sino la unión de personas para presentar una propuesta y celebrar y ejecutar un contrato con una entidad pública. Por ello, los acuerdos consorcial y de unión temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación”.

*determinadas labores o prestar ciertos servicios en el tráfico jurídico comercial, sin que se constituya una persona jurídica diferente a ellas.*<sup>14</sup>

Aunado a las características ya señaladas, una cuarta que se predica de las uniones temporales será su limitación en el tiempo<sup>15</sup>, habida cuenta que se crean para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato, de tal suerte que su duración, como es lógico dependerá de la del contrato, de manera que una vez terminado y liquidado éste, necesariamente finalizará el vínculo entre los integrantes de la unión temporal, atendiendo también el término de duración que hayan establecido las partes y el que haya sido solicitado por la entidad estatal contratante como mínimo para contratar.

Habiéndose referido este Tribunal a las uniones temporales, habrá de preguntarse entonces cuál es la diferencia que presenta esta figura jurídica frente al consorcio, en lo regulado por el estatuto de la contratación pública, debiendo clarificarse que si bien son instituciones casi idénticas, el aspecto que las distingue reviste la mayor importancia, al tratarse de la responsabilidad que asumirán los integrantes del mecanismo asociativo que, dicho sea de paso, en ambos casos será solidaria respecto de la entidad contratante, pero que, como se verá, es de menor grado en las uniones temporales.

La Ley 80 de 1993 expresa en lo atinente a Consorcios que tal figura tiene lugar *“(...) cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”*

(Subraya este Tribunal)

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2007. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. AP-760012331000200505632-01

<sup>15</sup> En este sentido ha dicho el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de abril de 2010. Consejero Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Exp. 16883: *“(...) tienen (Consorcios y Uniones Temporales) una duración limitada en el tiempo, pues, se repite, se crean solo para la presentación de una propuesta y, si resultan favorecidos, para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato correspondiente.”*

De la norma transcrita se puede percibir una sutil pero relevante diferencia en la redacción de esta figura respecto de la unión temporal, por cuanto la responsabilidad de los consorciados es solidaria respecto de todos los aspectos que guarden relación con la ejecución del contrato frente a la entidad estatal, mientras que los miembros de la unión temporal, si bien de igual responden solidariamente frente a la entidad pública por el cumplimiento del contrato, las sanciones que pudieren serles impuestas por incumplimiento, se limitan al porcentaje de su participación.

Sobre este respecto, ha dicho el Consejo de Estado que efectivamente las figuras son casi idénticas, pero que tienen una única diferencia en materia de responsabilidad:

*“El consorcio y la unión temporal participan de la misma naturaleza jurídica; la diferencia se encuentra en la extensión de la sanción en caso de incumplimiento del contrato que les da origen, mientras en el primero afecta a todos los integrantes de manera solidaria, en la segunda se imponen las sanciones en proporción a su participación en la propuesta y ejecución.”*<sup>16</sup> <sup>17</sup>

(Subraya el Tribunal)

En el mismo sentido la Corte Constitucional ha dicho en sentencia C-414/94:

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de mayo de 2004. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 15321

<sup>17</sup> También ha dicho el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2007. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. AP- 760012331000200505632-01: *“En el ámbito de la contratación estatal, los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, regulan los consorcios y uniones temporales a los que se les otorga una capacidad jurídica limitada a la presentación conjunta por dos o más personas de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, sea bajo la primera figura del, consorcio respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, en cuyo evento las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman; o al amparo de la segunda unión temporal, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se les impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.*

(...)

*En efecto, un ejemplo claro de lo anterior se presenta respecto de las uniones temporales, pues si bien sus integrantes responden solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se les pueden imponer de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de ellos (...)*

*“En cuanto a la unión temporalunión temporal, definida igualmente en el artículo 7o., puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes”*

### **3. “MEJOR SALUD UT”: Alcance de la responsabilidad de sus integrantes dentro del contrato celebrado con FIDUPREVISORA**

Visto lo precedente, procede este Tribunal a analizar *in concreto* la unión temporal conformada por medio del documento obrante a folios 7-9 del cuaderno de pruebas No. 1, titulado “UNIÓN TEMPORAL CLÍNICA DEL OCCIDENTE LTDA Y CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA C.P.O. S.A. QUE PARA TODOS LOS EFECTOS SE DENOMINARÁ “MEJOR SALUD UT””.

En primer lugar valga anotar que el objeto de tal documento era “(...) la creación de una unión temporal (UT) entre las sociedades CLÍNICA DEL OCCIDENTE LTDA Y CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA C.P.O. S.A., con el fin de presentar oferta, celebración, ejecución, prórrogas y liquidación del contrato de prestación de servicios medico (sic) – asistenciales para el Plan Especial de Salud para los docentes activos, pensionados y sus beneficiarios afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en la región No dos, (2) con cobertura en los departamentos de: Amazonas, Guaviare, Guania (sic), San Andrés y Providencia, Casanare, Bogotá D.C., Vichada, Vaupes (sic) y demás entes territoriales, de acuerdo a la invitación pública No. 143 del 2005 que dicho fondo presenta, en la modalidad de contratación Invitación Pública prevista en la Ley 80 /93.”

Acorde con el objeto transcrito, es absolutamente claro y no admite discusión que MEJOR SALUD UT fue constituida con el propósito de participar en la Invitación Pública No. 143 de 2005, que se llevaría a cabo por la FIDUPREVISORA, esta última como administradora fiduciaria del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y que como se verá, la adjudicación a dicha unión temporal derivó en la celebración del Contrato 1122-55-2005, que reposa a folios 15-46 del cuaderno de pruebas No. 1.

En la cláusula CUARTA de tal documento se encuentra la definición de la “RESPONSABILIDAD Y PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL”<sup>18</sup>, acorde con el ya mencionado numeral 2° del Artículo 7° de la Ley 80 de 1993, es decir, *in solidum* por el cumplimiento total de las obligaciones del contrato, pero limitada hasta el monto de su participación, en caso de imposición de sanciones por incumplimiento, siendo que CLÍNICA DE OCCIDENTE aparecía como líder con un 95% de participación, y CPO lo hacía con el 5% restante, de tal manera que ambos responderían frente a FIDUPREVISORA por la totalidad de la prestación de los servicios del contrato y las distintas obligaciones emanadas de aquél, pero, verbigracia, en el evento de una multa, solo podrían tener responsabilidad a prorrata de su porcentaje de participación en la unión temporal.

Sobre la naturaleza pública de dicho contrato, y los antecedentes a su celebración, se referirá este Tribunal en el siguiente numeral. Por ahora interesa esclarecer cuáles fueron las obligaciones que contrajo MEJOR SALUD UT con FIDUPREVISORA, como administradora del Fondo del Magisterio, para de esta manera determinar a la postre, conforme a la controversia que convoca a las partes, de qué tipo eran (de “dar”, “hacer” y/o

---

<sup>18</sup> Folio 7 del cuaderno de pruebas No. 1: “CUARTA: RESPONSABILIDAD Y PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL: Las sociedades que constituyen la Unión temporal responderán en los términos previstos en el artículo 7 inciso segundo de la Ley 80 de 1993, en la siguiente proporción y con los siguientes compromisos; la CLÍNICA DE OCCIDENTE LTDA participa, como miembro líder con un 95% de la participación en la Unión temporal, aportando su capacidad de red de servicios instalada propia y contratada en los niveles I, II, III, IV, su capacidad administrativa, experiencia en aseguramiento, experiencia en procesos integrales para el manejo de la ejecución del contrato, salud ocupacional, CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA C.P.O. S.A. Participa con él (sic) 5% de la participación en la Unión temporal (...) para un total del 100% de la U.T., todos los anteriores porcentajes en relación con el valor total del contrato”.



“no hacer”), qué responsabilidad recaía sobre los miembros de la unión temporal adjudicada, y si tales obligaciones podían ser ejecutadas o extendidas a personas distintas de los miembros de aquella.

En el Capítulo II<sup>19</sup> del contrato se encuentran las obligaciones de las partes, y en la cláusula 4°, concretamente, las principales a cargo de la unión temporal como contratista. Encuentra este Tribunal que ellas son en gran mayoría de las denominadas *de hacer*<sup>20</sup>, lo que cobra especial relevancia por el carácter *intuito personae*<sup>21</sup> de los contratos estatales, como lo es el celebrado con FIDUPREVISORA. Como es bien sabido, este tipo de contratos no pueden ser ejecutados sino por la persona contratada, salvo que medie autorización expresa para cederlos, lo que en otras palabras quiere decir que al ser estatal el contrato, se entiende celebrado por la especial consideración de la persona del contratista, de manera que para que otros se hagan parte del contrato, o éste pueda cederse, como ocurrió con posterioridad en este caso<sup>22</sup>, se requeriría autorización expresa de la entidad contratante; lo anterior excluye la posibilidad de que personas distintas a los miembros originarios de la unión temporal –Clínica de Occidente y CPO – o de sus cesionarios autorizados pudieran entenderse como parte del mismo, y, de contera, obligados a ejecutar sus obligaciones.

Dichas obligaciones, como ya se adujo, son en su mayoría de *hacer*, lo que hace que revista una relevancia aún mayor el carácter de *intuito personae* que dicha convención ostenta, por cuanto las obligaciones, al no ser de pago,

---

<sup>19</sup> Folios 23-26 del cuaderno de pruebas No. 1

<sup>20</sup> En términos de Ospina Fernández, se trata de una subclasificación de las obligaciones positivas, y “(...) se reducen, pues, a las que tienen por objeto u acto positivo del deudor, como la prestación de un servicio y a las que tienen por objeto la entrega de una cosa, siempre y cuando tal entrega no implique mutación de la propiedad (...)”. (OSPINA FERNÁNDEZ. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 8va Ed. Temis. Bogotá. 2005. P. 25)

“La expresión *dar (dare)* tiene in significado especial en el léxico jurídico: equivale a transferir la propiedad plena o desmembrada o la propiedad fiduciaria y, también a la desmembración misma de la propiedad o a la constitución de fideicomiso o de gravamen en cosa singular o en cosa de género”. (Ibíd. P. 25)

<sup>21</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 41: “(...) Los contratos estatales son *intuito personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.” (Subraya este Tribunal)

<sup>22</sup> En efecto, en el expediente consta que el Contrato No. 1122-55-2005 fue cedido por la MEJOR SALUD UT a la Unión Temporal del Norte (folios 47 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1).

en las que cualquiera puede pagar por otro<sup>23</sup>, solo podrían ser ejecutadas de manera directa por los miembros de la unión temporal, sin perjuicio, por supuesto, de la subcontratación que se pudiera requerir para la estructuración de las redes de salud, cuya autorización convencional puede colegirse fácilmente de las obligaciones del contrato<sup>24</sup>, pero, se aclara, sin que en ningún momento los subcontratistas pudieran asumir directamente las responsabilidades de la unión temporal frente a FIDUPREVISORA, al tratarse de terceros respecto de ésta.

#### **4. Carácter estatal del contrato celebrado entre Fiduprevisora y Mejor Salud U.T.**

Lo que se dispone a resaltar este Tribunal, y ya se había mencionado, tiene que ver con la naturaleza pública del contrato suscrito entre la fiduciaria y la Unión temporal.

El contrato suscrito entre FIDUPREVISORA y MEJOR SALUD U.T. tenía por objeto la prestación de servicios asistenciales de salud para los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante el "FONDO"), y sus beneficiarios.

FIDUPREVISORA, sociedad de economía mixta del orden nacional, por mandato de la Ley 91 de 1989<sup>25</sup> es la encargada del manejo de los recursos

---

<sup>23</sup> Código Civil. Artículo 1630: "*Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor.*" (Subraya el Tribunal)

<sup>24</sup> Literales h) y u) de la Cláusula CUARTA del contrato con FIDUPREVISORA, Folios 24-26 del cuaderno de pruebas No. 1:

"h) Diseñar un plan de conciliación de glosas con los prestadores subcontratados, que enviará a FIDUPREVISORA S.A. con una periodicidad trimestral.

(...)

"u) Cumplir con las obligaciones contractuales que adquiriera con subcontratistas o proveedores." (Subraya este Tribunal)"

<sup>25</sup> LEY 91 de 1989: Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la

del FONDO, éste último como una cuenta de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, que no ostenta una personería jurídica propia, de manera que, de conformidad con la Ley 80 de 1993 <Estatuto de la Contratación Estatal>, el contrato celebrado entre las partes es un contrato estatal, por actuar FIDUPREVISORA como representante del patrimonio de la NACIÓN, en virtud de la ley y del Contrato de Fiducia Mercantil<sup>26</sup>, en calidad de agente de manejo del patrimonio autónomo conformado por los recursos públicos del FONDO DEL MAGISTERIO.

En efecto, la Ley 80 en su artículo 1<sup>o</sup><sup>27</sup> expresa que ésta tiene como objeto regular los contratos que celebren las entidades estatales. Y el literal a) del artículo 2 dispone que se denominan entidades estatales ***“La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”*** (Resalta este Tribunal)

LA NACIÓN, como se desprende de la Ley 80 de 1993, es una entidad estatal, razón por la cual los contratos que ésta celebre, ya sea de manera directa o indirecta, o como es el caso, a través de una Fiduciaria, tienen el carácter de Estatales, máxime cuando, como salta de bulto, los recursos del Fondo manejados por FIDUPREVISORA son eminentemente públicos.

---

sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

<sup>26</sup> De acuerdo con los considerandos del Contrato No. 1122-55-2005, entre LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FIDUPREVISORA se suscribió un Contrato de Fiducia Mercantil contenido en escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, prorrogado sucesivamente, vigente al 31 de enero de 2006. Folio 17 cuaderno de pruebas No. 1.

<sup>27</sup> LEY 80 DE 1993. ARTICULO 1°. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Sobre dichos contratos, el Consejo de Estado ha expresado:

*“Ahora, el contrato estatal- según lo dispone el art. 32 de la misma ley<sup>28</sup>-, es el acto jurídico generador de obligaciones “que celebren las entidades a que se refiere este estatuto”, es decir aquéllas que, en principio, aparecen enlistadas en el art. 2º.*

*Nótese cómo, **elemento esencial para calificar de estatal un contrato, es que haya sido celebrado por una entidad estatal, es decir, una entidad pública con capacidad legal para celebrarlo.** Dicho de otro modo, no existen contratos estatales celebrados entre particulares, ni siquiera cuando éstos han sido habilitados legalmente para el ejercicio de funciones públicas.”<sup>29</sup> (Resalta este Tribunal)*

Este carácter de estatal, si bien no excluye la aplicabilidad de la normatividad civil y mercantil, y en general del derecho privado, sí implica de ordinario ciertas obligaciones y prerrogativas para la Entidad Estatal, lo cual, siguiendo lo que ha tenido a bien expresar el Consejo de Estado en su jurisprudencia, le imprime unas características especiales por teleología, dado que el objetivo de la contratación estatal será la correcta e ininterrumpida prestación de los servicios públicos, lo cual deberá ser conciliado con los intereses personales del contratista<sup>30</sup>.

Como corolario de lo anterior, para este Tribunal no hay duda respecto a que el contrato celebrado entre la fiduciaria y MEJOR SALUD UT es Estatal, y, por ende solemne<sup>31</sup> e *intuitu personae*.

<sup>28</sup> Haciendo referencia la Corporación a la Ley 80 de 1993.

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto 0290 de 4 de Abril de 2002. C.P. Alíer E. Hernández Enríquez. Rad. 25000-23-26-000-1999-0290-01 (17244)

<sup>30</sup> Ha expresado el Consejo de Estado: “Cabe afirmar que al contrato estatal se le aplican ciertas normas y principios del Código de Comercio, pero, habrá de tenerse en cuenta que el juzgador en su hermenéutica de tales normas y disposiciones contractuales, deberá buscar un justo equilibrio entre el fin deseado por la administración, como lo es la prestación final de los servicios a su cargo, de una parte, y las aspiraciones económicas del contratista, de la otra, que si bien tiene derecho a una justa utilidad, tampoco podrá hacer del manejo de las situaciones derivadas del contrato estatal, una fuente de enriquecimiento exagerado de tal suerte que llegue al desbordamiento económico con grave afectación de las tesorerías estatales.” (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 13 de Febrero de 1997. C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 12680)

<sup>31</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 39: “Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que

### **C. Los acuerdos privados objeto de controversia**

No debe confundirse el contrato estatal que celebró MEJOR SALUD U.T. con FIDUPREVISORA una vez adjudicado el mismo, con los acuerdos privados denominados “DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES Y OPERATIVIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL “MEJOR SALUD UT”<sup>32</sup>, y “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD”<sup>33</sup>, como documentos legales sobre los que recae gran parte de la controversia que convoca a este Tribunal y que presuntamente tuvieron su origen en la búsqueda de la adjudicación, y posterior ejecución del contrato estatal una vez celebrado.

#### **1. Necesidad del concurso de los demandados para la obtención de la adjudicación del contrato con FIDUPREVISORA**

Estriba el debate jurídico y probatorio, en primer término, en dilucidar si para efectos de que su oferta fuera la elegida por los maestros del Fondo del Magisterio, los miembros de MEJOR SALUD UT celebraron con las convocadas PRESERVAR SALUD S.A. IPS (en lo sucesivo “Preservar”) y CLÍNICA PARTENÓN (en lo sucesivo “Partenón”) acuerdos para mancomunar sus capacidades y ejecutar de manera conjunta con responsabilidades delimitadas el contrato celebrado con FIDUPREVISORA.

Sobre el particular este Tribunal encuentra que las pruebas testimoniales y documentales aportadas y recaudadas durante el proceso indican que PRESERVAR, por intermedio de las Cooperativas que son sus accionistas, realizó campañas para persuadir a los maestros afiliados al Fondo del Magisterio, de forma que éstos eligieran a MEJOR SALUD UT por encima de otros proponentes habilitados, pues, en efecto, eran los educadores y no

---

*impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.”*

<sup>32</sup> Folios 1-6 del cuaderno de pruebas No. 1

<sup>33</sup> Folios 19-21 del cuaderno de pruebas No. 1

FIDUPREVISORA quienes a la postre con sus votos, de conformidad con lo que pudo esclarecerse respecto del proceso de selección que antecedió al contrato, tenían la última palabra para el escogimiento del contratista, resultando finalmente favorecida con la adjudicación dicha unión temporal, todo lo cual está plenamente probado, no solo mediante el testimonio rendido por el Sr. Modesto Ismael Beltrán<sup>34</sup>, solicitado por PRESERVAR, y quien fuere representante legal de dicha convocada para la época de los hechos del litigio, sino también con el recibido a Nasly Tatiana Jiménez, a su vez representante legal de C.P.O, uno de los miembros de MEJOR SALUD UT. De este testimonio se destaca lo siguiente:

*“DR. PABÓN: Si Preservar o Partenón participaron de alguna manera haciendo gestiones para poder facilitar la licitación u obtener la licitación para la Unión temporal Mejor Salud?”*

*SRA. JIMÉNEZ: Sí claro, ellos de cara a la obtención del contrato, no estaban participando porque no tenían las condiciones, las cualidades que se exigían en el pliego para poder sumar puntos, **el rol de ellos eran facilitadores iban a encargarse de conseguir la población, los docentes son Preservar, ellos tenían una condición en el buen sentido de la palabra dominante, porque eran docentes y la población que se iba a atender eran los docentes, ellos de alguna forma tenían la población casi que asegurada, estaban haciendo la campaña y demás para que los profesores en ese momento decidieran y casi hicieran como una fuerza ante la Previsora para que los cambiaran,** porque ellos venían de un prestador diferente que era Fundadores, creo que se llama la Institución siempre los venía atendiendo, la función de los docentes en ese momento*

---

<sup>34</sup> *“DR. PABÓN: ¿Sabe si Preservar participó en alguna medida en las etapas previas a la adjudicación del contrato o la Unión temporal, Mejor Salud participó por ejemplo, incentivando a los maestros a votar, de alguna manera?”*

*SR. BELTRÁN: Por supuesto porque estábamos interesados en que una institución nueva, eran como tres instituciones que habían, la que acabamos de mencionar y la clínica del norte, no recuerdo, más esta institución y después nosotros hicimos como alguna relación con los compañeros de Partenón, Occidente y del Policlínico el Olaya para buscar a ver si con la influencia de Preservar a donde estaban afiliados más o menos 30 mil educadores lográbamos encontrar algún voto favorable porque eso se definía por voto, el que tuviera más votos se ganaba la licitación del Fondo Prestacional y el que tuviera los segundos votos o el segundo nivel de votos se quedaba también como con una parte, al 25% y 70%, si los que perdían estaban con el 25% quedaban validados y los otros que hubieran obtenido más de eso o el 70% quedaban en el primer lugar, eso es más o menos y así mismos se distribuían los educadores.” (cuaderno de pruebas No. 4)*

*Preservar, era de convencimiento para que uniendo fuerzas los docentes quisieran venirse a ser atendidos con la nueva Unión temporal, esa fue la gestión que ellos asumieron dentro de todo el proyecto, teniendo en cuenta que administrativa, funcional y legalmente no tenían condiciones para que se les otorgara el beneficio, el contrato.” (Resalta este Tribunal)*

En adición al anterior testimonio, puede también colegirse la activa e inclusive necesaria participación de PRESERVAR para lograr la adjudicación del contrato, con base en el interrogatorio de parte que le fue realizado al Sr. César Augusto Vásquez Vargas<sup>35</sup>, liquidador de dicha sociedad, en donde éste aclaró que las Cooperativas de maestros CODEMA, CANAPRO y COOTRADECÚN, que habían adelantado campañas para la elección de MEJOR SALUD UT, eran accionistas de PRESERVAR<sup>36</sup>, lo que explica con un mayor detalle el poder de movilización de los maestros del Fondo que ostentaba PRESERVAR para, de esta suerte, favorecer la escogencia de MEJOR SALUD, hasta el punto en que, como lo expresó la testigo Jiménez en el aparte transcrito *supra*, ellos, al ser docentes, tenían a dicha población “*casi asegurada*”, de manera que su aporte para la obtención del Contrato devendría determinante.

Aunado a estos testimonios, este Tribunal también destaca el de Ezequiel Ramos Barrios, abogado externo de la Clínica de Occidente y de la UT<sup>37</sup>, quien expresó en su declaración:

*“Esto tiene dos facetas, la faceta estratégica de quienes se postularon a concursar para obtener el contrato y posteriormente el diseño de una estructura para que estos socios estratégicos en conjunto con Mejor Salud desarrollaran o ejecutaran su contrato ante Fiduprevisora que era el ente que representa al Fondo Nacional del Magisterio y fue así como se comenzó a ejecutar el contrato; más o menos es el marco global del tema.*

---

<sup>35</sup> Cuaderno de pruebas No. 4

<sup>36</sup> Dijo el interrogado: “SR. VÁSQUEZ: Yo aclaro que la invitación la hace CODEMA, CANAPRO y COOTRADECUN que son accionistas de Preservar, en el primer párrafo obviamente dice porque las cooperativas son socias, o sea que dice que las que son cooperativas son socias.”

<sup>37</sup> Cuaderno de pruebas No. 4

(...)

y una de esa parte del proceso era el tema de la votación de los docentes por eso las cooperativas era un cuatrienio, dos visibles, una especie como contrato de cuenta en participación, unos socios ocultos y otros socios visibles; los socios visibles que reunían los requisitos y no iban a ser objeto de ningún tipo de objeción dentro del proceso de calificación, lo representaba Clínica de Occidente, lo representaba Centro Policlínico mediante un documento de Unión temporal constituido para el año 2005 y este proceso ellos lo presentaron siendo el gerente el doctor Edgar Alirio Ruiz Luengas y como socios ocultos que apoyaban todo el esquema del propósito que ellos tenían para ubicar el contrato estaba Partenón y estaban las Cooperativas.

(...)

Lo importante es que estas seis cooperativas que se presentan como parte del proceso previo a la adjudicación del contrato, con unos socios estratégicos ocultos desempeñaban su papel en el proceso de la consecución del contrato con este tipo de iniciativas e invitando a sus afiliados para fortalecer ese proceso de que se dieran los resultados esperados; y la motivación era de que estas cooperativas Codema, Canapro y Cootradecun prestaran los servicios de salud a través de su IPS Preservar Salud, como una entidad de propiedad de ellos.” (Subraya este Tribunal)

Clarificada la participación de Partenón y las Cooperativas accionistas de Preservar en la fase previa a la celebración del contrato, parecía difuso el móvil o la razón que tuvieron para hacerlo, pues valga expresar que dentro del recaudo de las pruebas testimoniales surgió un importante cuestionamiento, por cuanto resultaba paradójico que si éstas habían participado de manera tan activa, no se hubieran hecho parte de MEJOR SALUD UT, lo cual podía poner en duda la mentada colaboración de las convocadas en la etapa antecedente a la celebración del contrato, puesto que si la participación de PRESERVAR y PARTENÓN era de tal entidad para obtener la adjudicación, en principio parecería un contrasentido que dichas entidades no se hubieren constituido en integrantes de la unión temporal.



Dicho cuestionamiento, sin embargo, pudo verse esclarecido de acuerdo con lo que adujeron los testigos Nasly Tatiana Jiménez<sup>38</sup>, y Ezequiel Ramos Barrios<sup>39</sup>, en cuanto a que la ausencia de las ahora convocadas, se explicaba en razón de que éstas no cumplían con los requisitos mínimos de participación exigidos en los pliegos de condiciones del proceso por medio del cual se iba a seleccionar al prestador de los servicios de salud, dado que, según lo que manifestaron los deponentes, la única manera en que podían participar del contrato era actuando en calidad de *socios ocultos*; calidad última que se tratará más adelante, por tener incidencia directa en los efectos del acuerdo suscrito entre las partes en contienda.

Por las reflexiones anteriormente expuestas y las pruebas recaudadas, puede colegir este Tribunal que en efecto las convocadas tuvieron una participación activa y necesaria en la fase precontractual, y que su participación era de tal importancia que sin la misma, de acuerdo con la sana crítica, es razonable considerar que MEJOR SALUD UT podría no haber obtenido la adjudicación del contrato con FIDUPREVISORA, y que así lo entendieron las partes en su momento, si bien no es este un aspecto que deba abordar el Tribunal.

## **2. Alcance del documento denominado “DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES Y OPERATIVIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL “MEJOR SALUD UT””**

---

<sup>38</sup> Ante tal cuestionamiento expresó la testigo: *“Preservar y Partenón, cuando se mira todo ese pliego de condiciones de requisitos para poder acceder al convenio ellos no tienen en ese momento los requisitos, es más, de no ser porque Policlínico tiene la certificación jamás hubiese sido invitado, la condición es que tenemos una característica que nos hace importante que permite, facilita que se adjudique un contrato, en ese momento ninguna de las dos instituciones tenía condiciones fuertes que favoreciera la consecución del mismo, razón por la cual no queda documental y tan visible la participación de ellos para adjudicarse la licitación, el contrato, porque no tenían los requisitos, sin embargo, actuaron como socios ocultos.”*

<sup>39</sup> Reza la transcripción de su testimonio:

*“DR. PABÓN: Por qué Preservar y la Clínica Partenón no se hicieron inicialmente miembro o parte de la Unión temporal, cuál es la razón para que no aparezcan visiblemente con la Unión temporal?”*

*SR. RAMOS: El conocimiento que se tenía era que estas dos IPS u operadores del servicio de salud no tenían en ese momento las condiciones para ser miembros.*

*DR. PABÓN: Las condiciones se refiere usted a las que exigía la licitación?*

*SR. RAMOS: Sí a las que exigía la licitación.”*

Reposa en el expediente el “DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES Y OPERATIVIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL “MEJOR SALUD UT””<sup>40</sup>, el cual ha sido objeto de una gran controversia dentro del proceso, especialmente en cuanto a su finalidad y alcances, más no en cuanto a su existencia y validez.

### **2.1. Las fechas de elaboración y suscripción del acuerdo**

El citado documento, según consta en folio 4 del cuaderno de pruebas No. 1, reza que fue suscrito “(...) a los dos (2) días del mes de Marzo de 2005”, lo cual en su momento llamó la atención de este Tribunal, habida cuenta de que el “CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDICO-ASISTENCIALES”<sup>41</sup> entre FIDUPREVISORA y MEJOR SALUD UT está fechado veintiséis (26) de Agosto de 2005, lo que esencialmente indicaría que la suscripción del acuerdo privado no fue posterior, y ni siquiera coetáneo a la adjudicación del contrato, sino anterior.

No obstante, también ha podido advertirse en el mismo documento, que las diligencias de reconocimiento ante notario de las firmas y el contenido en sí, datan del mes de Septiembre del mismo año, lo que revela, en suma, que si bien el documento privado fue elaborado y firmado con anterioridad a la adjudicación del contrato, solo hasta después de la celebración de éste último se dispusieron las partes a reconocer el texto del documento privado en su integridad, de suerte que debe entenderse que solo con posterioridad a su reconocimiento confirmaron las partes, con alcance definitivo, su voluntad de contraer las obligaciones y adquirir los derechos derivados de tal instrumento privado.

Ilustrativo de las inferencias de este Tribunal puede encontrarse el testimonio del abogado Ezequiel Ramos Barrios:

---

<sup>40</sup> Folios 1-6 cuaderno de pruebas No. 1

<sup>41</sup> Folios 15-46 cuaderno de pruebas No. 1

*“DR. PABÓN: Y el entendimiento que le da la Clínica de Occidente, usted como asesor jurídico era que Preservar Salud si era realmente socio del 33% de la Unión temporal?”*

*DR. RAMOS: Sí hay dos documentos coetáneos en la fecha de creación, que es el documento constitutivo de la Unión temporal de Mejor Salud, conformada por Centro Policlínico Olaya y Clínica del Occidente en porcentaje de distribución del 90% y 10% si no estoy y de la misma forma nace en ese momento el documento previo de definición de responsabilidades, que es el documento donde aparece Partenón con 28, Clínica de Occidente con 28, Centro Policlínico como con 10 y Preservar con ese 33% que se hace ahí, que es un documento que es donde se contempla la cláusula compromisoria, que debe ser el objeto del Tribunal.”* (Subraya el Tribunal)

Así mismo dijo la testigo Jiménez:

*“DR. TORRES: Me gustaría ponerle de presente en el cuaderno de pruebas, el documento que se llama, documento privado de definición de responsabilidades, usted conoce ese documento?”*

*SRA. JIMÉNEZ: Sí señor.*

*DR. TORRES: Nos puede informar qué motivó la firma de ese documento?*

*SR. JIMÉNEZ: Ese documento precisamente es de lo que estamos hablando, hay una serie de documentos legales y demás que se presentan a la Previsora para el otorgamiento de la licitación, basado en todo lo que le he comentado, hay un pacto de voluntades y se establece un documento que se denominó privado, es este, donde se establece quiénes son y en qué porcentajes va a participar cada uno de los actores, en este momento cuando se establece este documento que según las participaciones que estábamos estableciendo acá, eran los porcentajes de responsabilidad que le asistía a cada uno dentro de ese actuar, dentro de ese convenio que se estaba estableciendo en ese momento, uno, que es lo que se entrega a la Previsora para el otorgamiento de la licitación y un documento privado donde*

las partes acuerdan cuál es la participación como las responsabilidades dentro del ejercicio, en ese porcentaje es directamente proporcional tanto al beneficio que se iba a recibir, como a las responsabilidades que se adquirirían, es este documento.

(...)

DR. YEPES: Quisiera que precisara un punto ese convenio celebrado entre los cuatro para asumir el desarrollo del contrato con la Fiduciaria es anterior o posterior a ese contrato?

SRA. JIMÉNEZ: Eso se da en paralelo , en el mismo momento en que se están organizando los documentos para hacer allegados a la Previsora, el grupo de partícipes ya está constituido, ya está todo, de hecho desde antes, porque de hecho fui la última, cuando miran el pliego que por solamente tener una condición de calidad superior ese grupo se va a ganar 25 puntos más, se dan cuenta que ninguno los tiene, es cuando dicen, tenemos un amigo en el sector que sí los tiene, que nos conoce, lo vamos a invitar, es cuando me invitan y me dicen, el 10% y se puede beneficiar con que le mandé pacientes para el laboratorio en el 10%, luego se empieza a desarrollar este documento a todos nos queda claro que no puedo aspirar a que me manden el 11, ni el 20 ni nada, máximo hasta el 10% de la población, que respondo hasta por el 10% de lo que llegue a ocurrir con esa Temporal.

(...)

DR. TORRES: Si el documento privado de definición de responsabilidades fue suscrito, según dice ahí, el 2 de marzo/05, cuando en ese momento no se había celebrado aún el contrato entre la Unión temporal y el Fondo Nacional de Magisterio, le preguntó, está aludiéndose a un contrato que se proyectaba celebrar y que se celebró efectivamente el 26 de agosto o si por el contrario está aludiendo a un contrato distinto, a un contrato celebrado ya para la fecha el 2 de marzo/05?

SRA. JIMÉNEZ: Como mucho tiempo atrás, los actores participes que son Preservar, Partenón y Occidente, ellos ya estaban previendo, enfilando todas esas fuerzas hacia obtener ese contrato, mucho antes ellos ya sabían cómo era que tenía que buscarse un pliego de cargos, que era con la Previsora, sabían históricamente a qué Institución la Previsora siempre le entregaba ese contrato, **mucho tiempo atrás ellos venían haciendo toda su gestión de preparación del contrato que venía, en ese orden es cuando las partes previamente acuerdan que una forma de asegurarse, porque únicamente iba a poderse firmar por dos, de asegurarse para que todos tuvieran participación, beneficio era firmar previamente ese documento, porque tanto Partenón como Preservar no iban a hacer una gestión en favor de dos y ellos no iban a beneficiarse de nada, lo que previamente dijeron fue si técnicamente no tengo cómo aparecer legalmente en este documento, cómo me cubro para asegurarme que todo el trabajo que le voy a hacer finalmente con un documento no se queden y yo sí me beneficie, haga ese trabajo y redunde en un beneficio para nosotros, es cuando se hace el acuerdo privado, mucho antes porque era la forma como tanto Preservar como Partenón se cubrían para poder seguir trabajando de cara a obtener ese contrato.**

DR. TORRES: Debemos entender que **cuando se dice que se celebró un contrato en realidad se estaba refiriendo al contrato que se proyectaba celebrar de resultar favorecidos en la licitación.**

SRA. JIMÉNEZ: **Sí señor.**” (Resalta este Tribunal)

De lo anterior, y de las demás pruebas que reposan en el expediente del proceso arbitral, incluido por supuesto el propio documento de definición de responsabilidades, y los folios del mismo en donde consta el reconocimiento de firmas ante notario por los suscribientes, puede inferirse que éste fue preparado por Clínica de Occidente, Partenón, Preservar y CPO previamente a la adjudicación del contrato con FIDUPREVISORA, de manera que cada una de las partes, en especial las que frente a dicha fiduciaria no podían aparecer como integrantes de la UT, en caso de resultar favorecidos con el contrato estatal, pudieran obtener provecho de éste, lo cual explica que el

reconocimiento del acuerdo privado previamente proyectado se hiciera, como en efecto ocurrió, con posterioridad a la efectiva celebración del Contrato No.- 1122-55-2005.

## 2.2. Objeto del Documento

El nombrado acuerdo, suscrito por PRESERVAR, CLÍNICA DE OCCIDENTE, CPO Y PARTENÓN, y que las partes reconocieron auténtico, tenía como objeto, según lo que se dispuso en su cláusula primera, "(...) *la regulación de porcentajes en que cada parte deberá responder ante la UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD UT en caso de presentarse un incumplimiento de alguna obligación que genere pago por cualquiera de las partes al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO con ocasión del contrato celebrado por la Unión temporal MEJOR SALUD UT*".

A renglón seguido, en la cláusula segunda, denominada "ALCANCE", se establecieron unos porcentajes de responsabilidad para cada uno de los firmantes frente a la unión temporal<sup>42</sup>, por cualquier valor que ésta tuviera que pagar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en caso de incumplimiento.

No obstante esto, valga mencionar que dicho alcance, a pesar del tenor de lo anteriormente transcrito, ha sido motivo de debate por las partes, por lo cual se requiere una labor hermenéutica, atendiendo a la voluntad de los contratantes, de conformidad con las normas de interpretación contenidas en el Código Civil, para de esta manera poder determinarlo, acorde con las pruebas del plenario y lo que en derecho corresponde, y si deben las convocadas responder por las pérdidas resultantes en la UT.

---

<sup>42</sup> Obra a Folio 3 del cuaderno de pruebas No. 1:  
"PRESERVAR SALUD S.A. I.P.S: 33%  
CLÍNICA DEL OCCIDENTE LTDA: 28.5%  
CLÍNICA PARTENÓN LTDA: 28.5%  
C.P.O. S.A.: 10%"

### **2.3. Carácter complementario del “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD”**

Como ya lo había mencionado este Tribunal, además del Documento de Definición de Responsabilidades, las partes en litigio suscribieron otro documento privado denominado “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD”, de fecha seis (6) de octubre de 2005, es decir, con posterioridad a la celebración del Contrato estatal y al reconocimiento de firmas del primer documento privado, el cual debe ser analizado de manera armónica y no aislada con éste, atendiendo, como se verá, a la voluntad expresada por los propios suscribientes, haciendo hincapié en que el mismo, según obra en el expediente, solo fue firmado por tres (3) de las cuatro (4) partes del documento de definición de responsabilidades -Clínica de Occidente, Clínica Partenón y Preservar IPS-, es decir, que no fue suscrito por CPO, que era parte de la UT y suscribió el primer acuerdo privado.

En el mencionado documento se puede leer que las partes estipulan dicho acuerdo “(...) en el marco del contrato privado *DEFINICION (sic) DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNION (sic) TEMPORAL MEJOR SALUD (...)*”, lo cual de manera expresa, que difícilmente se podría prestar para una interpretación divergente, denota que este segundo documento tenía como propósito desarrollar aspectos no previstos en el primero, siendo accesorio o complementario a éste, razón por la que para su interpretación, como ya se dijo, será necesario acudir al primero, y viceversa; de suerte que para desentrañar el completo alcance del documento de definición de responsabilidades, habrá que acudir a lo dispuesto en el que establece la estructura administrativa y de funcionamiento de la UT.

En efecto, el segundo Acuerdo buscaba establecer, como su propio título y objeto lo indican, “(...) *la estructura administrativa y el funcionamiento de la operación en la UT MEJOR SALUD, en desarrollo del contrato No. 1122-*

55/05 suscrito entre la UT MEJOR SALUD y LA FIDUPREVISORA<sup>43</sup>, pero como ya se puso de presente, todo dentro del marco del documento de Definición de Responsabilidades, agregando además que los suscribientes asumirían de manera directa la prestación de los servicios, desarrollando la conformación de una Junta Directiva como máxima autoridad de gobierno a cargo de la Administración de la UT MEJOR SALUD, acordando la posibilidad de hacer auditoría al contrato celebrado por la UT y FIDUPREVISORA, la integración de un comité de compras, la participación en las utilidades que genere la ejecución del contrato estatal, de acuerdo con la proporción de las responsabilidades asumidas en el documento marco, y una cláusula de confidencialidad; todas estas cuestiones no estaban previstas en el documento primigenio.

#### **2.4. Análisis conjunto de los documentos privados de definición de responsabilidades y de establecimiento de estructura administrativa y funcionamiento de la UT**

Visto que para este Tribunal los mentados documentos privados (en lo sucesivo “los Acuerdos Privados”) se complementan y dependen uno del otro, se procederá a continuación al esclarecimiento de su completo alcance de acuerdo con el tenor de sus palabras, y, más importante aún, con la voluntad real de los suscribientes<sup>44</sup>, atendiendo igualmente al alcance hermenéutico de los actos que fueron ejecutados con fundamento en éstos.

##### **2.4.1. Ausencia de firma de CPO en el acuerdo de establecimiento de estructura administrativa de la UT. Doctrina de los actos propios.**

Antes de comenzar un análisis detallado de las estipulaciones de los reseñados acuerdos privados, no puede este Tribunal pasar por alto que el documento complementario denominado “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y

---

<sup>43</sup> Folio 33 del cuaderno de pruebas No. 1

<sup>44</sup> Código Civil, Artículo 1618: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”



FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD” fue firmado por los representantes legales de la Clínica de Occidente, de Partenón y de Preservar Salud, pero no por la Representante del Centro Policlínico del Olaya, como en efecto lo señalaron las convocadas en sus alegaciones.

Ante esto, valga preguntarse si este documento, al no tener la rúbrica de una de las partes, surtía efectos frente a ésta, y frente a los demás contratantes.

Ante dicho cuestionamiento, este Tribunal considera que todas las partes, firmantes y no firmantes, actuaron dando cumplimiento a todas las obligaciones derivadas de tal acuerdo, de lo que deviene forzoso que hubo intención de obligarse y de que el documento les generara plenos efectos, con todos los deberes y derechos que tal vínculo jurídico pusiera en cabeza de éstas.

Lo anterior por cuanto las sociedades demandadas niegan efectos al documento, a pesar de haberlo suscrito, por lo cual valga decir que la denominada “*doctrina de los actos propios*”, que proviene del aforismo latino *venire contra factum proprium non valet*, es un desarrollo del principio general de buena fe consagrado en el Artículo 83 de la Constitución Política, según el cual a nadie le es lícito venir en contra de sus propios actos<sup>45</sup>, de tal suerte que si sus actos previos dan cuenta de una actitud frente a determinada situación, no puede serle admisible tomar con posterioridad una actitud manifiestamente contraria frente a la misma.

Sobre la citada doctrina explicó el Consejo de Estado en proveído de 25 de abril de 2006<sup>46</sup>, en donde también recoge la opinión de la Corte Constitucional:

*“La actuación en estos términos se revela contraria al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, que irradia todas las relaciones jurídicas, principio que ha encontrado desarrollo doctrinario en derecho procesal en la teoría de los “propios actos”, cimentada en el*

<sup>45</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de noviembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10873

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala Especial Transitoria de Decisión 4B. Auto de 25 de abril de 2006. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 11001-03-15-000-2004-00782-01 (S)

*aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibile y no puede en juicio prosperar.*

*La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. Esta Corporación en relación con la doctrina de los propios actos ha sostenido en varias oportunidades:*

*“...la norma conforme a la cual a ´nadie es lícito venir contra sus propios actos´ tiene su fundamento y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Díaz-Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer. Como dice una sentencia de 22 de abril 1967 ´la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo cual no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta Jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos (...)´ Sentencia de 21 de abril de 1967. (...) (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág. 117, 118 y 135).”*

*En sentido similar, la Corte Constitucional ha manifestado sobre el particular lo siguiente:*

*“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N.). Principio constitucional, que sanciona entonces como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.*

*“La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo ‘Venire contra pactum proprium nellí conceditur’ y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.*

*“(…)*

*“Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.”(Sentencia T-295/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero)*

*En suma, la regla “venire contra factum proprium non valet” tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 82 de la C.P.”*

*Esta doctrina tiene los siguientes presupuestos de aplicación, tal y como lo expone el profesor DIEZ PICAZO:*

*“1.º Que una persona haya observado dentro de una determinada, situación jurídica, una cierta conducta, jurídicamente relevante y eficaz.*

*2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando un situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.*

*3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.*

*4.º Que entre ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos.”*

*Aunque, en la doctrina mayoritaria se afirma que los actos que no pueden contradecirse son los que crean, modifican o extinguen derechos, en la jurisprudencia extranjera y, concretamente, en la del Tribunal Supremo español, se ha considerado que va contra sus propios actos, quien asume durante un trámite o instancia posterior una conducta contraria a la que venía sosteniendo, así, por ejemplo, se ha considerado que va contra los propios actos, por ejemplo, “Quien, después de aceptar sin recurso la decisión, mandando sustanciar unos autos por los trámites del juicio de mayor cuantía, alega que debió tramitarse por un procedimiento diverso; o quien combate en casación lo que acepto en la instancia”*

En el caso que nos ocupa, como se desprendió del testimonio de Nasly Tatiana Jiménez, y de las distintas actas obrantes a folios, las convocadas asistieron a las reuniones de junta directiva tal como estaba previsto en el documento analizado<sup>47</sup>, y, dicho sea de paso, fue solo en este documento

---

<sup>47</sup> Expresó la testigo: “(...) sin embargo todos sabemos que realmente al interior y a la administración futura del convenio en el caso que se dé, esa va a ser la participación, tanto es que se establecen unas juntas en la Unión temporal, hacía juiciosamente juntas directivas en las que personalmente participé en un número de veces importantes, en las cuales absolutamente todos estuvimos siempre presentes.

(...)

DR. PABÓN: Pasemos al momento en que ya se suscribe el contrato y se empieza a ejecutar, mencionó que hubo juntas directivas en la Unión temporal, quiénes asistían a esas juntas directivas?

complementario donde se estipuló lo tocante a tal órgano directivo, razón por la cual, no puede ser admisible que ahora en sede litigiosa nieguen lo que con sus propios actos demostraron haber consentido y aplicado.

#### **2.4.2. Tipicidad o atipicidad de los acuerdos de voluntades privados suscritos:**

Si bien no es un asunto que haya suscitado discusión entre la convocante y las sociedades convocadas, cobra una relevancia especial, antes de entrar a esclarecer sus efectos concretos entre las partes, y frente a terceros, determinar cuál es el tipo contractual en que podrían encuadrar los Acuerdos Privados, o si, por el contrario, dichas estipulaciones no obedecen a la tipicidad de contrato alguno en la legislación colombiana, y en realidad plasman el entramado de un contrato *atípico*.

En el debate probatorio se trajo a colación por intermedio de los testigos Ezequiel Ramos Barrios<sup>48</sup> y Nasly Tatiana Jiménez González<sup>49</sup> que el

---

SRA. JIMÉNEZ: *Esas juntas directivas asistían, Centro Policlínico del Olaya, Partenón, Preservar y Clínica de Occidente.*

DR. PABÓN: *Preservar y Partenón eran invitados o asistían como "miembros de la junta"?*

SRA. JIMÉNEZ: *Invitados éramos absolutamente todos, también era una invitada, cómo se comportaban las juntas, más bien, la forma puede ser que todos fuéramos invitados, pero en el fondo es qué ocurría, había poder en la toma de decisiones, de parte mía, de parte de Partenón, por parte de Occidente, de Preservar, todos, quienes más representantes siempre tuvieron en las juntas fue precisamente Preservar, porque ellos iban en un grupo de docentes, al menos siempre había 4 de ellos, de parte de Policlínico iba solamente yo, por parte de la Clínica de Occidente iba una persona, hubo veces que no tuvo representante y de Partenón siempre hubo un representante sumado al hecho que el administrador y gerente de la Unión temporal era Julio Cesar García hermano del gerente de Partenón, porque fue otra de las condiciones y otro de los requisitos, tenía que ser el hermano del señor quien fuera el gerente y administrador del convenio.*

DR. TORRES: *Con qué criterios se determinó cual era la composición de la junta directiva, consta en algún documento, quiénes iban a integrar esa junta directiva o asistir en la calidad en que fuere?*

SRA. JIMÉNEZ: *Recuerdo que la representación legal y la presidencia como era en porcentajes según lo que habíamos pactado en el documento privado, en ese mismo porcentaje se definía cual era el número de participantes, pero había oportunidades, finalmente yo iba como representando y más cuidadora de los intereses de mi Institución que otra cosa, siempre trataba de participar y en una o dos ocasiones que definitivamente no pude asistir recuerdo que envié un representante" (Resalta y subraya el Tribunal)*

<sup>48</sup> Expresó el testigo en su declaración obrante en el cuaderno de pruebas No. 4: "(...) y una de esa parte del proceso era el tema de la votación de los docentes por eso las cooperativas era un cuatrienio, dos visibles, una especie como contrato de cuenta en participación, unos socios ocultos y otros socios visibles; los socios visibles que reunían los requisitos y no iban a ser objeto de ningún tipo de objeción dentro del proceso de calificación, lo representaba Clínica de Occidente, lo representaba Centro Policlínico mediante un documento de Unión

negocio ejecutado por Clínica de Occidente, CPO, Partenón y Preservar habría sido una suerte de contrato de cuentas en participación, en la medida en que había habido unos socios visibles frente a FIDUPREVISORA, cuales eran la Clínica de Occidente y el CPO, como miembros de la UT MEJOR SALUD, y unos *socios ocultos* –Preservar y Partenón-, que participaban de la ejecución del contrato y sus utilidades, pero sin que su condición fuese a ser revelada frente a terceros.

No obstante lo anterior, este Tribunal debe expresar en primer término que si bien las similitudes con la mentada tipología contractual son notables, los Acuerdos Privados no encuadran totalmente en un contrato de cuentas en participación.

Dicho contrato, que encuentra definición legal en el Artículo 507 del Código de Comercio<sup>50</sup>, se caracteriza, siguiendo al profesor Arrubla Paucar<sup>51</sup>, por ser un contrato consensual, de colaboración, celebrado entre comerciantes, en el que uno de los partícipes será el *activo*, es decir, el que ejecutará las operaciones acordadas en su propio nombre y bajo su crédito personal, y los

---

*temporal constituido para el año 2005 y este proceso ellos lo presentaron siendo el gerente el doctor Edgar Alirio Ruiz Luengas y como socios ocultos que apoyaban todo el esquema del propósito que ellos tenían para ubicar el contrato estaba Partenón y estaban las Cooperativas.” (Subraya el Tribunal)*

<sup>49</sup> Dijo la testigo en su declaración obrante en el cuaderno de pruebas No. 4: “SRA. JIMÉNEZ: Preservar y Partenón, cuando se mira todo ese pliego de condiciones de requisitos para poder acceder al convenio ellos no tienen en ese momento los requisitos, es más, de no ser porque Policlínico tiene la certificación jamás hubiese sido invitado, la condición es que tenemos una característica que nos hace importante que permite, facilita que se adjudique un contrato, en ese momento ninguna de las dos instituciones tenía condiciones fuertes que favoreciera la consecución del mismo, razón por la cual no queda documental y tan visible la participación de ellos para adjudicarse la licitación, el contrato, porque no tenían los requisitos, sin embargo, actuaron como socios ocultos .

*En el momento cuando se hace la Unión temporal, no tengo mayor fortaleza en el tema de Uniones Temporales, pero como directora general y gerente, me explican, la característica de una Unión temporal, lo que aprendí es que hay unos socios que son ocultos, que no son visibles, que nadie conoce, pero que ellos están ahí y que le asisten tanto los derechos como las responsabilidades de los que aun son visibles, en ese orden para mí siempre fue absolutamente claro que aunque documentalmente, evidentemente hubiesen unos partícipes, ocultamente habían otros a quienes se les iba a respetar la condición de ocultos y no iba a salirse a decir quiénes eran ellos, pero participaban siempre de todo el proceso administrativo y toda la relación contractual que se estableció.” (Subraya este Tribunal)*

<sup>50</sup> Código de Comercio. Artículo 507: “La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.”

<sup>51</sup> ARRUBLA PAUCAR. Jaime. Contratos Mercantiles. Contratos Típicos. Tomo II. Díké. Medellín. 2008. Pp. 433-444

demás permanecerán *ocultos* frente a los terceros con los que contrate el *activo*, es decir, sin comprometer su responsabilidad frente a éstos, convirtiéndose éste último en el único responsable de la ejecución de los negocios objeto de la participación, y sin que entre las partes se forme una nueva persona jurídica, ni un patrimonio común.

En adición, la participación debe ser para unas actividades determinadas y con una duración también determinada, donde el partícipe *activo* por lo general aporta industria, sin perjuicio de que también aporte bienes, y donde los *ocultos* aportarán en principio bienes, pues su aporte en industria podría derivar en que se pierda el carácter de ocultos, de acuerdo con la opinión del tratadista español Joaquín Garrigues, mencionada por Arrubla<sup>52</sup>.

Sobre dicho contrato, claramente tipificado en la legislación mercantil, ha dicho el Consejo de Estado<sup>53</sup>:

*“El contrato de cuentas en participación se encuentra descrito en los artículos 507 y siguientes del Código de Comercio, como un contrato en virtud del cual dos o más personas comerciantes, toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.*

*En este tipo de contratos hay un socio que es el gestor, que se considera único dueño del negocio frente a terceros, mientras que los demás partícipes son ocultos, por lo tanto, los terceros sólo tendrán acción contra el gestor.*

*En cuanto a la formación del contrato, su objeto, forma y condiciones, la ley no prevé ninguna solemnidad, sólo el acuerdo de voluntades, por ello el artículo 509 ibídem, en cuanto a prueba del contrato estipula:*

---

<sup>52</sup> Ibídem. P. 445

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 3 de octubre de 2007. Consejero Ponente: Ligia López Díaz. Rad. 25000-23-27-000-2002-01282-01 (15639)

*“La participación no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio. Su formación, modificación, disolución y liquidación podrán ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos o cualquiera otra prueba legal”*

*De acuerdo con lo anterior, en el presente caso, si bien la Administración no podía exigir que las modificaciones al contrato constaran por escrito, sí debía probarse con otros medios que las mismas tuvieron ocurrencia.*

*En efecto, el artículo 509 del Código de Comercio, acoge el principio de libertad probatoria, cuya valoración se sigue por la sana crítica, por lo tanto, los partícipes cuentan con libertad para demostrar la existencia, los términos y condiciones, o las modificaciones efectuadas a través de la ejecución del negocio.”*

Del mismo modo, para identificar la configuración o no de uno de estos contratos ha expresado la Corte Suprema de Justicia<sup>54</sup>:

*“Ahora bien, verificar cuál fue el negocio realmente querido por las partes, es la cuestión a elucidar. No puede pensarse en un contrato de cuentas en participación, pues las pruebas relacionadas no revelan la intención de ajustar uno de esa estirpe, por virtud del cual estuviesen obligadas a efectuar determinados aportes, con el fin de desarrollar el proyecto de construcción tantas veces mencionado, proyecto cuya ejecución debiese adelantar una de ellas, en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad, con cargo de rendir cuentas a la otra, y con la finalidad común de repartirse las utilidades o pérdidas que pudiesen resultar de la operación, en la proporción convenida, que son los caracteres que le dan fisonomía a la citada modalidad contractual.”*

Sobre las obligaciones que surgen para las partes visibles y ocultas en un contrato de cuentas en participación, valga traer a colación lo que expresó el Tribunal Arbitral del caso de Asociación para la Vivienda Popular Simón Bolívar – AVP contra Tecsauro Ltda.:

---

<sup>54</sup> Cas. Civ. Sentencia de 21 de julio de 2003. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 6995.



*“Ahora bien, las obligaciones que desde este marco general surgen para los partícipes inactivos son fundamentalmente:*

*a) Realizar el aporte en la forma y tiempo convenidos; dicho aporte ingresa al patrimonio del gestor y formará parte de los recursos para la realización del negocio acordado; y,*

*b) No interferir en la gestión del negocio; sus derechos están enmarcados en las voces del artículo 512 del Código de Comercio, y se refieren básicamente al derecho de inspección de los libros y documentos del negocio y a exigir las cuentas de la gestión.*

*De otra parte, el Partícipe Activo se obliga a:*

*a) Realizar la operación o negocio específico en que han tomado interés los partícipes de acuerdo con los términos del contrato; en consecuencia, sin contar con la aprobación de los partícipes inactivos, no podrá el gestor transformar o modificar unilateralmente el objeto de la empresa común, tampoco podrá abandonarla o dejar de aplicar los recursos adecuadamente para la operación acordada. En suma, no podrá unilateralmente alterar el soporte económico del contrato porque se considera que esta fue la base determinante que llevó al otro contratante a celebrarlo;*

*b) El gestor se obliga a emplear la debida diligencia y cuidado en el buen desempeño de la gestión; como quiera que la empresa busca obtener ganancias en beneficio de todas las partes, el gestor debe actuar como un “buen comerciante”, es decir, debe obrar con la diligencia que emplea en sus propios negocios. La obligación del gestor es de medios, que no de resultado; para efectos de la prueba del cumplimiento de la obligación a su cargo, independientemente de que se frustre la operación, o que ésta arroje pérdidas o ganancias, será menester que acredite haber puesto todos los medios idóneos a su alcance, porque de otro, modo compromete su responsabilidad;*

c) *El gestor se obliga a no modificar los términos de la operación sin el consentimiento de los partícipes inactivos, como tampoco puede aplicar los recursos a empresa diferente de aquella que se acordó desarrollar;*

d) *El gestor debe rendir cuentas de su gestión, a esta obligación corresponde el derecho correlativo de los partícipes inactivos de exigirla, en los términos previstos en el contrato, o en su defecto, al concluir la operación comercial que, por lo general, es de corta duración.”<sup>55</sup>*

Elucidadas las características y elementos de un contrato de cuentas en participación, podría también pensarse que el contrato celebrado por las partes es un típico contrato de sociedad, lo que, sin embargo no encuentra este Tribunal que sea de recibo para el *sub examine*, pues no se observó *affectio societatis* entre las partes, ni siquiera para la configuración de una sociedad de hecho, es decir, ánimo de permanecer en sociedad para realizar finalidades comunes, sino, por el contrario, para un negocio muy concreto y limitado en el tiempo, y porque en ningún momento expresaron las partes o dieron a entender su voluntad de que se formara un patrimonio social.

En desarrollo de lo anterior, valga aclarar que los términos “operación”<sup>56</sup> u “operatividad”<sup>57</sup>, mencionados en los documento titulados “DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNION TEMPORAL “MEJOR SALUD UT”” y

<sup>55</sup> Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudo Arbitral de 2 de abril de 2008. Árbitro Único: Luis Augusto Cangrejo Cobos.  
Convocante: ASOCIACION PARA LA VIVIENDA POPULAR SIMON BOLIVAR — AVP.  
Convocada: TECSAURO LTDA.

<sup>56</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Versión Web. URL: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=operaci%C3%B3n](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=operaci%C3%B3n). Consultado el 28 de noviembre de 2011:

“operación.

(Del lat. *operatio*, -*ōnis*).

1. f. Acción y efecto de operar.

2. f. Ejecución de algo.

3. f. Com. Negociación o contrato sobre valores o mercaderías. Operación de bolsa, de descuento.

4. f. Mat. Conjunto de reglas que permiten, partiendo de una o varias cantidades o expresiones, llamadas datos, obtener otras cantidades o expresiones llamadas resultados.

~ cesárea.

1. f. Med. La que se hace abriendo la matriz para extraer el feto.”

<sup>57</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Versión Web. URL: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=operatividad](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=operatividad). Consultado el 28 de noviembre de 2011:

“operatividad.

1. f. Capacidad para realizar una función.”

“ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN TEMPORAL”<sup>58</sup>, de acuerdo con su definición en el castellano, no podrían ser asimilados a *sociedad* o *asociación*, ni, tampoco, en la parte motiva del primero de éstos, puede hallarse esta intención asociativa, por lo que debe ser descartado un contrato de sociedad.

Aunado a esto, obran en el expediente algunos subcontratos suscritos por la Unión temporal, uno de éstos, valga remarcar, celebrado con PRESERVAR SALUD<sup>59</sup>, lo que una vez más indica que no existió intención de formar una sociedad por parte de los miembros de la UT, PARTENÓN y PRESERVAR, sino que existió una relación contractual con base en la cual se hizo una repartición de zonas para la prestación de servicios de salud a los maestros afiliados al Fondo del Magisterio.

Lo dicho se cristalizó mediante la celebración de subcontratos como el ya referido, mediante el cual PRESERVAR se obligó a “(...) *prestar en forma directa, oportuna y continua* (...)” dichos servicios, en el área de Bogotá D.C, dándose así cumplimiento a las obligaciones que contrajeron los firmantes de los Acuerdos Privados, y concretamente, en el segundo de ellos, definitorio de la estructura administrativa y funcionamiento, en sus cláusulas tercera y décima, referente a los territorios de la “región No. 2”, y a la participación de utilidades, lo que indica que la *prestación directa* de los servicios de salud, pactada en los Acuerdos Privados, en realidad no se refería a la ejecución directa del contrato estatal, sino a los subcontratos mediante los cuales se iban a conformar las redes de prestación que debía conformar la UT.

No obstante lo anterior, no puede el Tribunal emitir pronunciamiento de fondo alguno respecto de dicho subcontrato, más que para efectos de interpretación de los Acuerdos Privados que sí son objeto de este litigio, por cuanto éste tiene su propio pacto arbitral, y no es objeto de disputa entre las partes convocante y convocadas.

---

<sup>58</sup> Folios 33-35 del cuaderno de pruebas No. 2.

<sup>59</sup> Folios 107-115 del cuaderno de pruebas No. 2

Habiendo revisado lo anterior, y sin expresar aún este Tribunal si los acuerdos privados ampliamente mencionados configuran o no un típico contrato de cuentas en participación, también se observa que la relación entre las partes podría no llegar a enmarcarse en un negocio típico, sino en una convención sin regulación legal en el ordenamiento jurídico colombiano, es decir *atípico*, de gran desarrollo en la tradición jurídica anglosajona, como lo es el denominado *joint venture*<sup>60</sup>.

Según ha enseñado la doctrina, y la escasa jurisprudencia que puede hallarse sobre el particular, los *joint venture* son, como ya se dijo, contratos atípicos, por cuanto no encuentran regulación de segundo grado en Colombia, tal y como sucede con la *Franquicia* o el *Leasing*, que si bien son negocios lícitos y tienen plena aplicación, se rigen en su integridad por lo que los contratantes dentro del marco de la autonomía de la voluntad privada decidan regular entre sí, siendo el contrato, como es bien sabido, una ley para las partes<sup>61</sup>, siempre y cuando las estipulaciones no contraríen algún tipo de norma imperativa.

Los *joint venture*, *asociación a riesgo compartido* o *aventuras conjuntas*, como también se les conoce, se caracterizan, amén de su ya explicada atipicidad, por tratarse de asociaciones o uniones de varias personas naturales o jurídicas para la consecución de una finalidad común y determinada, sin que se derive en la formación de una persona jurídica distinta de los venturados, aunando esfuerzos en pro de dicha finalidad, asumiendo de manera compartida los riesgos propios de tal actividad.

Siendo negocios jurídicos atípicos, como es lógico, pueden encontrarse tantos tipos de *joint venture* como motivos para celebrarlos, razón por la cual será la voluntad de los contratantes lo que determine los elementos,

---

<sup>60</sup> Cas. Civ. Sentencia de 13 de septiembre de 2006. M.P. Jaime Arrubla Paucar. Exp.: 88001-31-03-002-2002-00271-01: "Aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina"

<sup>61</sup> Código Civil. Artículo 1602: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

obligaciones y responsabilidades que al final se deriven de la relación jurídica para cada uno de los venturados.

Como características adicionales de estos contratos de colaboración, señala Arrubla Paucar<sup>62</sup> que sus integrantes deben hacer una contribución al esfuerzo común, bien sea en bienes, derechos, dinero o industria.

Como todo contrato atípico son consensuales, por lo cual hay plena libertad probatoria para las partes; son onerosos por buscar utilidad para todos los venturados; y su duración se concreta en la de la aventura particular que buscan llevar a buen término los contratantes.

De la anteriores caracterizaciones puede verse que ambos contratos, tanto el de cuentas en participación, como el *joint venture*, son bastante similares, pero así como presentan cierto parecido en cuanto a ser contratos de colaboración, consensuales, y no formar personas jurídicas distintas de los contratantes, también pueden hallarse importantes divergencias entre éstos:

- En las cuentas en participación hay participantes ocultos frente a terceros, reputándose como único dueño y ejecutor frente a éstos el partícipe *gestor* o *activo*, mientras en el *joint venture* los venturados no pretenden ocultarse, sino, por el contrario, cumplir abiertamente y de manera conjunta las operaciones propias de la actividad.
- En las cuentas en participación los partícipes ocultos no responden frente a terceros, sino que únicamente lo hará el *gestor*, mientras que los venturados en el *joint venture* comparten los riesgos y responsabilidad frente a terceros, tal y como ocurre con los consorcios, cuya responsabilidad ya fue explicada por este Tribunal, y que de acuerdo con la opinión de la Corte Suprema de Justicia son una especie de estos contratos<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> ARRUBLA PAUCAR. Jaime. Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. Tomo II. 6ta Ed. Díké. Medellín. 2006. Pp. 278-279

<sup>63</sup> Cas. Civ. Sentencia de 13 de septiembre de 2006. Op. Cit.: "Pese a su usanza en el tráfico económico, no ofrece el derecho positivo patrio una categoría jurídica precisa para las relaciones de colaboración entre empresas que conservan su estructura orgánica e independencia jurídica. Diversas legislaciones foráneas, por el contrario, se han encargado de reglamentar variados instrumentos o modalidades negociales mediante los cuales puede canalizarse esa ayuda, como ocurre con las agrupaciones de colaboración, consagradas por

Sobre este respecto ha manifestado dicha Corporación:

*“(…) aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal.”<sup>64</sup>*

En el anterior orden de ideas, este Tribunal considera que los acuerdos privados celebrados entre Clínica de Occidente, CPO, Partenón y Preservar configuran el marco jurídico de un contrato de *joint venture*, en la medida en que como se verá, de parte de los socios ocultos Partenón y Preservar sólo hubo aportes en industria, y en realidad, al haber sido éstos partícipes directos en la prestación de los servicios de salud para los afiliados al Fondo del Magisterio y sus beneficiarios, no ostentaron realmente la calidad de ocultos frente a terceros, sino que, junto con los demás asociados, prestaron los servicios de salud, asumiendo, como es lógico, responsabilidad en la prestación directa de los mismos, algo que, como ya se puso de presente, sí es característico del *joint venture*.

Sobre los aportes en industria de parte de los partícipes ocultos en un contrato de cuentas en participación, en opinión de este Tribunal, los mismos podrían ser aceptados, pero solo en el evento en que tengan como resultado

---

*la normatividad argentina, en la legislación sobre sociedades comerciales-ley 19.500, arts. 367 a 383, reformada por la ley 22.903-; la unión transitoria de empresas, incorporada por la misma legislación, en la reforma general al régimen de sociedades; los grupos de interés económico de los que trata, en Francia, la ordenanza N. 67-821 del 23 de septiembre de 1967, y el consorcio, regulado en Italia por el art. 2602 del Código Civil, y en Brasil por la ley 6404 de 1976, sobre sociedades por acciones. La jurisprudencia norteamericana de finales del siglo XIX, por su parte, perfiló los llamados joint ventures.*

*El consorcio, que es una expresión de esas formas de colaboración, presupone entonces la acción concordada de un número plural de sujetos.” (Subraya este Tribunal)*

<sup>64</sup> *Ibidem.*

la revelación de los ocultos frente a terceros, pues de lo contrario éstos no están llamados a ser admitidos en un contrato de cuentas en participación, en la medida en que de aportar su trabajo y/o servicios de manera pública y directa, se harían visibles frente a terceros, dejando el partícipe gestor de reputarse como único dueño frente a éstos, e incumpliendo de contera los *ocultos* con su principal obligación, negativa por demás (de *no hacer*), de no interferir en la gestión del negocio.

En efecto, dado que puede entenderse este contrato, de acuerdo con la doctrina, como una suerte de “*sociedad cuya existencia no se revela al exterior*”<sup>65</sup>, y en el plenario ha quedado demostrado mediante las pruebas testimoniales y documentales que ante terceros se puso de manifiesto, antes de la adjudicación del contrato estatal<sup>66</sup>, y durante su ejecución, que Partenón y Preservar, a través de sus Cooperativas accionistas eran “*socios*” de la UT MEJOR SALUD, así formalmente y frente FIDUPREVISORA solo Clínica de Occidente y CPO fueran integrantes de ésta. Partenón y Preservar no se mantuvieron ocultos frente a terceros y, además, incidían directamente en la ejecución del negocio, pues como se verá, Partenón y Preservar formaban parte del máximo órgano de Administración de la UT (junta directiva), podían ejercer auditoría, e incluso eran parte de un comité de compras, por lo cual para este Tribunal existió una intención de las partes en compartir la suerte, y colaborar en la prestación de los servicios de salud a los docentes, todo probado igualmente en las actas de junta directiva<sup>67</sup>, en la cual todos participaron de forma activa, cuando en un contrato de cuentas en participación sólo se admite participación del *gestor*.

Siendo esto así, si bien ante FIDUPREVISORA, Partenón y Preservar se mantenían ocultos, no lo estaban frente a cualquier otro tercero, como lo serían los maestros afiliados al FONDO DEL MAGISTERIO, sino que, por el contrario, para la adjudicación del contrato y la consecución de los votos necesarios, se presentaron públicamente ante los maestros como “*socios*”

---

<sup>65</sup> GARRIGUES. Joaquín. Curso de derecho mercantil. Tomo IV. Temis. Bogotá. 1987. P. 60.

<sup>66</sup> Como ejemplo de esto pueden encontrarse las pruebas documentales obrantes a Folios 4-6 del cuaderno de pruebas No. 2, en donde reposan publicaciones de prensa en las cuales Codema, Canapro y Cootradecun, afirman ser socias de la UT en un 33% por intermedio de Preservar Salud IPS, de quienes son accionistas.

<sup>67</sup> Folios 102-128 del cuaderno de pruebas No. 1.

del negocio, en un 33% a través de PRESERVAR SALUD, como se lee a Folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 2<sup>68</sup>.

Además de los aportes *en industria*, que en el caso particular no serían admisibles, siguiendo lo explicado de acuerdo con Arrubla y Garrigues, pues valga decir que la participación de las convocadas fue en ocasiones explícita frente a terceros, no habría ningún aporte por parte de éstos en el caso, lo que descarta la configuración de un contrato de cuentas en participación.

En un *joint venture*, en cambio, sí podrían encuadrarse los documentos privados suscritos, al cumplirse con las principales características diferenciadoras de este tipo de negocios jurídicos, a saber: *i)* al ser una asociación de dos o más personas para realizar una empresa comercial con el fin de obtener una utilidad, *ii)* sin el propósito de formar una sociedad, *iii)* actuar todas las partes directamente en el cumplimiento del negocio, *iv)* asumiendo cada uno de los venturados los riesgos que les son propios de acuerdo con su participación, *v)* y tener derecho todas las partes, ejerzan o no la administración, al control sobre el proyecto que se busca llevar a término.

En efecto, en el caso en examen puede identificar este Tribunal:

- a) Que hay una asociación de cuatro personas jurídicas; Clínica de Occidente, Centro Policlínico del Olaya. Clínica Partenón y Preservar Salud.
- b) No se formó una persona jurídica distinta de los venturados, ni había intención de formarla.

---

<sup>68</sup> En la publicación de prensa que de Folio 4 del cuaderno de pruebas No. 2 dice:  
"CODEMA, CANAPRO Y COOTRADECUN  
Invitan a los Maestros y Maestras a elegir para la prestación del servicio de salud en BOGOTÁ D.C.  
MEJOR SALUD U.T.  
¿Por qué somos la mejor opción?  
• Porque las Cooperativas son socias de la Unión temporal en un 33 por ciento a través de PRESERVAR SALUD, la IPS del Magisterio"



c) Como se pudo observar de los dos documentos privados, y de los testimonios obrantes al proceso, todas las partes prestaron los servicios médicos derivados de la adjudicación del contrato con FIDUPREVISORA.

d) Las partes asumieron los riesgos del negocio venturado, cada una con un grado de responsabilidad por los riesgos inherentes a la actividad desarrollada.

e) Todas las partes tenían control sobre la administración y operatividad de las labores a cargo de la UT MEJOR SALUD, por intermedio de la participación en una junta directiva<sup>69</sup>.

En consonancia con lo anterior, considerados sistemáticamente los convenios plasmados en los dos instrumentos e integrándolos en la unidad de sentido que forman, como manifestaciones de la voluntad dentro de un propósito unitario y convergente, el contenido obligacional de dichos pactos resultaría integrado por los siguientes elementos:

a) El objeto, que estuvo inicialmente circunscrito a definir las responsabilidades pecuniarias que cada una de las cuatro personas jurídicas contratantes, a saber, CLÍNICA DE OCCIDENTE LTDA., CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA, CPO S.A., PRESERVAR SALUD S.A. – IPS, y CLÍNICA PARTENÓN LTDA., asumen en el pago de las obligaciones que solidariamente lleguen a vincular a los dos miembros de la Unión temporal Mejor Salud (POLICLÍNICO DEL OLAYA y CLÍNICA DE OCCIDENTE) frente a su contraparte contractual la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. No. 1122-55. Se trata de regular la división entre los cuatro venturistas de prestaciones dinerarias *in solidum*, que eventualmente se paguen a la FIDUCIARIA LA

---

<sup>69</sup> De esto se pudo dar cuenta este Tribunal acudiendo a las distintas actas de Junta Directiva obrantes a folios 102-128 del cuaderno de pruebas No. 1., y los testimonios rendidos en el plenario, tales como el de Jorge Enrique García Trujillo, director financiero de la UT, y de Nasly Tatiana Jiménez, representante legal de CPO. Así mismo, de la cláusula QUINTA del “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD”, titulada “ADMINISTRACION Y DESICIONES (sic)”, en donde reza: “La administración de la UT MEJOR SALUD estará a cargo de una Junta Directiva que será la máxima autoridad de gobierno integrada por seis miembros así: el representante legal de la Clínica Occidente, el Representante legal del Centro Policlínico del Olaya, el Representante Legal de la Clínica Partenón y tres miembros en representación de PRESERVAR SALUD IPS que serán los representantes legales de las Cooperativas CODEMA, CANAPRO y COTRADECUN.”

PREVISORA S.A. (DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNION TEMPORAL “MEJOR SALUD U.T.”, encabezamiento y cláusulas primera y segunda).

b) El objeto fue complementado con la ejecución de las obligaciones de UT MEJOR SALUD en desarrollo del contrato 1122-55/05 en la prestación del sistema de salud a la región II del Magisterio<sup>70</sup>. Como obligaciones de los cuatro contratantes, el contrato de Joint Venture establece la forma de participación en el cumplimiento del contrato celebrado entre la U.T. y FIDUPREVISORA, a través del conjunto de prestaciones separadas de servicio de salud de cada uno de los venturistas a segmentos de la población beneficiaria de los servicios contratados entre U.T. MEJOR SALUD y LA PREVISORA, *“dentro de su capacidad instalada” y la que ha (sic) decisión de la Junta Directiva se defina como ampliación de la red de atención en el marco del contrato NO.1122-55 /05 suscrito con la FIDUPREVISORA”* (ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA U.T. MEJOR SALUD, cláusula segunda).

Existe un documento que no forma parte del Joint Venture, porque vincula sólo a la U.T. con PRESERVAR (“CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD No. 2-072 CELEBRADO ENTRE MEJOR SALUD UT Y PRESERVAR SALUD IPS, visible a folio 110 y ss. del cuaderno de pruebas No. 2), que ilustra sobre este paradigma de ejecución, aplicado para el caso de PRESERVAR, pero sobre lo cual no hay evidencia en el proceso de que haya sido observado rigurosamente en todos los casos en desarrollo del Joint Venture y, por el contrario, en algunos testimonios puede vislumbrarse la indicación de que no lo fue. Sin embargo, los pactos explícitos contenidos en el “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA...”, como se viene afirmando, reflejan la idea de los venturistas de acometer la satisfacción de las prestaciones de salud a la población docente de la región No. 2, mediante

---

<sup>70</sup> De acuerdo con la cláusula tercera del “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD”, esta región incluía los departamentos de “AMAZONAS, CASANARE, GUANIA (sic), GUAVIARE, VAUPES (sic), SAN ANDRES (sic), VICHADA Y EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA (sic), en el área rural y urbana”. (fl. 33 cdno. de pruebas No. 2)

la asignación de grupos específicos a cada uno de ellos o de niveles de prestación, en forma tal que las utilidades o pérdidas que resultarían para cada una de los contratantes, provendrían en principio de su propia operación en la atención del segmento poblacional que le fuere asignada.

c) Los venturistas participarán en las responsabilidades, es decir, en aquellas asumidas según el literal a) precedente, en porcentajes disímiles, así: PRESERVAR SALUD S.A. – IPS 33%, CLÍNICA DE OCCIDENTE LTDA. 28,5%, CLÍNICA PARTENÓN LTDA. 28,5%, C.P.O S.A. 10% (DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICION DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNION TEMPORAL “MEJOR SALUD U.T.”, cláusula segunda).

d) Los venturistas participarán en “(...) *las utilidades que genere la ejecución del contrato 1122-55/05(...)*” “*en la misma proporción (...)*” en que asumieron sus responsabilidades (ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA, etc., CLÁUSULA DÉCIMA)

e) Los venturistas establecieron los órganos de la UNIÓN TEMPORAL, a saber, Junta Directiva “(...) *que será la máxima autoridad de gobierno*”; Dirección General entregada a un Gerente General “(...) *quien será responsable de toda la gestión operativa de la U.T nivel nacional*”; “*Auditoría Médica y contable y comité de compras.*” (*ibídem*, cláusulas QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA Y NOVENA).

#### **2.4.3. Responsabilidad de las convocadas de conformidad con los Acuerdos Privados suscritos:**

Habiendo revisado todas las cuestiones fácticas y jurídicas que circundaron la celebración y ejecución de los Acuerdos Privados, el documento de constitución de la Unión temporal Mejor Salud, y el contrato estatal celebrado por ésta con FIDUPREVISORA, debe expresar este Tribunal que en efecto guarda razón la convocante, al menos en parte.

En primer lugar, como ya quedó visto, el hecho de que CPO no hubiera suscrito el acuerdo privado para la estructura administrativa y funcionamiento, de ninguna manera invalidó lo que las partes acordaron en éste y en el documento de definición de responsabilidades, dado que el comportamiento de CPO dentro del *íter* contractual, demuestra que tuvo toda la intención de obligarse y soportar sus efectos, y de esta misma forma obligar a los demás firmantes.

En segundo término, que la intención de los contratantes al suscribir estos Acuerdos Privados en efecto fue desarrollar su verdadera participación en la prestación de los servicios de salud derivados del contrato celebrado entre la UT y FIDUPREVISORA, regular su porcentaje de responsabilidad “(...) *frente a la UT y en general frente a cualquier deudor que pague al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*”<sup>71</sup>, establecer el funcionamiento e integración de una junta directiva<sup>72</sup>, asumir de manera directa la prestación de los servicios médicos para los maestros afiliados al FONDO y sus beneficiarios, y la distribución de utilidades.

En este sentido, si de conformidad con los Acuerdos Privados la responsabilidad era del 33% para Preservar, 28,5% para la Clínica de Occidente, 28,5% para la Clínica Partenón, y 10% para CPO, y en dicha proporción habrían de participar en las utilidades generadas en favor de la unión temporal en la ejecución del contrato estatal, cabe preguntarse si lo dicho implicaba también la participación en las pérdidas en que incurriera la UT, tal y como lo sugiere la parte convocante.

Sobre el particular es necesario remitirse al Decreto 2649 de 1993, el cual reglamenta la contabilidad en Colombia, para verificar lo que éste dispone referente a las utilidades y pérdidas.

---

<sup>71</sup> Cláusula SEGUNDA. ALCANCE, en el “DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICION DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNION TEMPOIRAL “MEJOR SALUD UT””, en Folio 3 del cuaderno de pruebas No. 1.

<sup>72</sup> Cláusula QUINTA del “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD”

Según dicha norma, en su Artículo 14 “(...) Se entiende que un ente económico obtiene utilidad, o excedentes, en un período únicamente después de que su patrimonio al inicio del mismo, excluidas las transferencias de recursos a otros entes realizadas conforme a la ley, haya sido mantenido o recuperado. Esta evaluación puede hacerse respecto del patrimonio financiero (aportado) o del patrimonio físico (operativo).

Salvo que normas superiores exijan otra cosa, la utilidad, o excedente, se establece respecto del patrimonio financiero debidamente actualizado para reflejar el efecto de la inflación.”, es decir, que habrá utilidad cuando luego del pago de todos los pasivos, el ejercicio arroje un excedente, generando un aumento en el activo y el patrimonio.

En contraposición al concepto de utilidad, una pérdida será entonces el resultado negativo del ejercicio, reflejado en una disminución del activo y del patrimonio, y, en opinión de este Tribunal, la participación en las utilidades, a menos que se pacte en contrario, implica también la participación en las pérdidas, entendidas éstas como utilidades *negativas* dentro de un determinado ejercicio contable.

Para el Tribunal, las partes de un *joint venture*, solo pueden quedar relevadas de la asunción de pérdidas, en virtud de pacto expreso o de previsión del legislador, nada de lo cual ocurre en este caso, precisamente por el carácter atípico del mismo.

Adicionalmente, como ya se mencionó, es de la esencia del contrato atípico convenido por las partes asumir de manera compartida los riesgos inherentes al negocio venturado, de suerte que tales riesgos deben incluir, como es lógico, las pérdidas, a menos que, se itera, exista pacto expreso en contrario.

Lo anterior aunado a que de acuerdo con la primera parte del Artículo 501 del Código de Comercio, se prevé para las sociedades de hecho<sup>73</sup> la

---

<sup>73</sup> Código de Comercio. Artículo 501: “En la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas.”  
Los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o en favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos.” (Subraya el Tribunal)

participación de los asociados tanto de las utilidades como de las pérdidas, de tal suerte que haciendo una aplicación analógica de tal disposición, los venturados igualmente, a menos que medie pacto expreso en contrario, soportarán también las pérdidas.

Dicha aplicación analógica se fundamenta en el enorme parecido de tal sociedad con el *joint venture*, pues en efecto unas personas se asocian para lograr una finalidad común, sin que se forme una persona jurídica, pero por supuesto con las diferencias entre ambas figuras que ya fueron explicadas por el Tribunal.

Sin perjuicio de lo expresado, debe aclararse que el Artículo 501 *ibidem* contiene en la segunda parte del primer inciso una sanción jurídica, según la cual serán ineficaces los pactos que busquen limitar dicha responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios.

No obstante, debe aclararse que el Tribunal no está aplicando analógicamente esta parte de la disposición, porque los venturistas no pactaron expresamente la no participación en las pérdidas, caso en lo cual tal pacto habría sido perfectamente válido. Es decir, las partes no convinieron relevarse de participar en las pérdidas, sino que simplemente guardaron silencio.

### **C. El principio de congruencia de la sentencia y la interpretación de la demanda:**

Este principio, cuya inobservancia por el juzgador puede derivar en la violación del derecho fundamental al debido proceso de las partes, y en los procesos arbitrales es causal de anulación<sup>74</sup>, debe ser abordado por este Tribunal, a razón de que algunas pretensiones de la demandante pueden suscitar dudas en su recta interpretación.

---

<sup>74</sup> Decreto 1818 de 1998. Artículo 163, Numerales 8° y 9°:

“8. *Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y*

9. *No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).”*

En primer lugar, sobre su aplicación ha dicho la Corte Suprema de Justicia que la incongruencia es un vicio del fallo, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, que se traduce en “(...) *la desacertada relación entre dos extremos de necesario contraste que son el litigio y la sentencia*”<sup>75</sup>, o dicho en otras palabras de la misma Corporación, “(...) *es la incongruencia un error de actividad puesto de manifiesto en la falta de concordancia lógica y jurídica entre el objeto del proceso, conformado por aquellas pretensiones más las oposiciones que eventualmente puedan delimitarlas, y el pronunciamiento que al mismo proceso le pone fin*”<sup>76</sup>.

En este sentido, le está absolutamente vedado al fallador, y en este caso al Tribunal Arbitral, hacer condenas que se encuentren fuera del objeto pretendido –*extra petita*–, en una cuantía mayor a la solicitada –*ultra o plus petita*– o en cantidad menor a la solicitada y probada en el curso del litigio –*mínima petita*–.<sup>77</sup>

López Blanco ha expresado que la sentencia debe ser concordante con las pretensiones de la demanda, por cuanto no es dable condenar al accionado por una cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la que se encuentre invocada en ésta<sup>78</sup>.

En lo que respecta a la prohibición para el juez de condenar por causa diferente a la invocada a la demanda, consagrada en el inciso 2° del Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil<sup>79</sup>, valga poner de manifiesto que en

---

<sup>75</sup> Cas. Civ. De 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Exp. 3972. En el mismo sentido la Casación Civil de 1° de abril de 2003. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6499.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. de 15 de abril de 2009, M.P. Cesar Julio Valencia Copete, Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01. Cas. Civ. de 1° de abril de 2003, M.P. Jorge Santos Ballesteros, Exp. 6499.

<sup>78</sup> LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Parte General. Tomo I. Dupré Editores. Bogotá D.C. 2002. Pp. 621 y ss.

<sup>79</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 305.-Modificado por el Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 135:

*“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.*

opinión de este Tribunal, impone una clara y significativa restricción de sus posibilidades, lo que debe conducir inexorablemente a que se formulen las pretensiones con el mayor cuidado y rigor, de manera que el juzgador tenga una mayor libertad para decidir y abordar la cuestión litigiosa en su verdadera dimensión.

En el marco del anterior principio y de una justicia rogada, cabe preguntarse, en caso en que la parte demandante no dirija sus pretensiones de manera correcta a atacar la cuestión de fondo del litigio, qué marco de acción tiene el operador judicial, o en este caso el Árbitro para dar interpretación a la demanda, dado que la congruencia no debe ser pretexto para que el juez eluda su labor hermenéutica frente a aquélla, pues debe dar aplicación al principio de primacía de lo sustancial sobre las formalidades, de manera que de acuerdo con el contexto de la misma, pueda determinarse con claridad el verdadero sentido de cada una de las pretensiones.

No obstante, este deber que tiene el fallador de desentrañar la demanda y darle alcance, de acuerdo con la jurisprudencia sentada tanto por el Consejo de Estado<sup>80</sup> como por la Corte Suprema de Justicia<sup>81</sup>, no puede derivar de manera directa o indirecta en el desconocimiento de las formas propias de cada juicio, de tal suerte que el marco interpretativo de este Tribunal estará limitado por las reglas de la razón, sin que puedan, por vía de interpretación, despejarse vicios en el *petitum*, ni dársele un alcance considerablemente distinto a las pretensiones, so pretexto de interpretación.

---

*Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.*

*En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.” (Subraya este Tribunal)*

<sup>80</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Sentencia de 28 de mayo de 1998, Rad. 4736; Sección Tercera, Sentencia de 31 de Agosto de 2006, C.P. Ramiro Saavedra, Exp. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772); Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, C.P. Mauricio Fajardo, Exp. 19001-23-31-000-1997-04008-01(20345); Sección Tercera, Sentencia de 20 de agosto de 2009, C.P. Mauricio Torres, Exp. 15001-23-31-000-2007-00813-01.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. De 19 de noviembre de 2002, M.P. Jorge Santos Ballesteros. Exp. 7001.



#### IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

A partir de todo lo que se ha expuesto, procede el Tribunal a pronunciarse, de manera puntual, sobre las pretensiones formuladas por la CLÍNICA DE OCCIDENTE en los siguientes términos, no sin antes hacer hincapié en que sus manifestaciones se circunscribirán, en exclusiva, a las cuestiones que envuelven los acuerdos privados constitutivos del *joint venture*.

Lo anterior quiere decir que no se referirá, ni decidirá, sobre cuestión alguna relativa al contrato estatal suscrito por la UT con FIDUCIARIA LA PREVISORA, por cuanto ésta no es parte del proceso arbitral, y porque es el referido contrato de riesgos compartidos, contenido de la cláusula compromisoria, el que le otorga competencia al Tribunal Arbitral.

Cree oportuno el Tribunal poner de presente, desde ahora, que la estructura del *petitum* está basada en la consideración del demandante de que los demandados asumieron en unas determinadas proporciones la ejecución del contrato estatal, como si fueran parte de éste, en virtud de lo cual son responsables de las obligaciones contraídas por la Unión Temporal Mejor Salud y de las pérdidas arrojadas por dicha unión. Con otras palabras, el *petitum*, en la mayoría de las pretensiones que lo plasman, no está estructurado sobre la base del incumplimiento de los Acuerdos Privados, y consiguiente indemnización de perjuicios.

Si bien, como se dijo antes, corresponde al juzgador desentrañar el sentido de la demanda, ello debe hacerse con cautela toda vez que no puede condenarse por causa distinta a la invocada por el demandante.

En el caso concreto, la mayoría de las pretensiones hacen referencia a la participación de las partes en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre MEJOR SALUD UT y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. A este respecto, desde ahora el Tribunal debe establecer una distinción: una cosa es considerar tal

concepto de cara a la ejecución de las prestaciones del contrato estatal, y otra muy distinta es considerarlo como acuerdo para participar en los resultados económicos del mismo, tanto en la eventual generación de utilidades como en el aspecto pasivo como garantía de asunción de deudas.

La manera como están en el presente caso estructuradas las pretensiones encuadra con particular rigor las posibilidades del Tribunal en atención al principio de congruencia cuyos alcances se esbozaron atrás.

#### **A. Frente a las pretensiones declarativas**

Se observa que las pretensiones declarativas de la convocante son las contenidas en los numerales 1 a 10 del *petitum* de la demanda arbitral, y las mismas serán analizadas, algunas en grupo, y otras de manera separada.

##### **1. Pretensiones No. 1 a 3:**

En este grupo de pretensiones solicita la sociedad demandante *“Que se declare que conforme al contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito el 2 de marzo de 2005, (...)”,* Preservar Salud IPS, Clínica Partenón y Clínica de Occidente tienen respectivamente un 33%, 28,5% y 28,5%, *“(...) de participación en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre MEJOR SALUD UT y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO”.*

De esta manera, la primera pretensión dice:

*“1. Que se declare que conforme al contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJORSALUD UT suscrito 2 de marzo de 2.005, PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN tiene el 33% de participación en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre MEJOR*

*SALUD UT y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO”*

En este sentido, observa el Tribunal que tal y como están formuladas estas pretensiones, pareciera que la parte convocante solicita que se declare que Preservar Salud S.A. estaba legitimada para participar en la ejecución del contrato estatal celebrado con FIDUPREVISORA en los porcentajes acordados en los Convenios Privados.

No obstante esta interpretación preliminar, por la forma como está concebida dicha pretensión, y por el entendimiento que tiene que hacerse en el contexto de la demanda y de los demás actos de postulación de la actora, deviene necesario realizar un esfuerzo interpretativo del texto que la contiene, en busca de desentrañar su alcance.

Al respecto, siempre tomando en consideración el hilo hermenéutico dilucidado por el Tribunal en la parte pertinente de este fallo, acerca del contenido obligatorio del pacto del Joint Venture, en un contexto que define su sentido como pacto de colaboración de las cuatro personas comprometidas para participar en el cumplimiento de determinadas y precisas obligaciones, asumidas en relación con el contrato de prestación de servicios de salud a un sector de la población, el Tribunal encuentra dos posibles direcciones de la pretensión en análisis:

i) La que, según revela el estricto apego a la literalidad del texto de la pretensión, ratificado, como se verá a continuación, por el escrito de alegaciones, concretaría el interés de la actora en que se admita como componentes de la U.T. MEJOR SALUD, además de las dos personas que se vincularon entre sí como unión temporal, a PRESERVAR S.A. IPS y a CLINICA PARTENON LTDA.

Si el tenor de lo escrito en la citada pretensión no es suficiente para desentrañar lo que busca la sociedad convocante según esta primera interpretación, valga transcribir un aparte de sus alegatos finales, para arribar a la misma conclusión de que se intentaba la declaratoria de que la unión

temporal no era en realidad de dos partes, sino de cuatro frente a la FIDUPREVISORA:

*“El presente proceso arbitral tiene como objeto la declaratoria de que las sociedades convocadas **fueron miembros activos de la Unión temporal MEJOR SALUD UT** y que en consecuencia, deben responder, en el porcentaje de participación, por las obligaciones pasadas, presentes y futuras de la referida Unión temporal.*

(...)

*De esta manera, las cuatro instituciones (...), distribuyeron sus responsabilidades **para la ejecución del contrato** suscrito entre MEJORSALUD UT y FIDUPREVISORA y participaban en sus utilidades o pérdidas*

*Ese acuerdo, que no fue tachado de falso, y cuya suscripción fue reconocida por el testigo Modesto Ismael Beltrán quien era el representante legal de Preservar Salud para la época, **evidencia que la real intención de las demandadas era hacer parte integral de la Unión temporal MEJOR SALUD UT y ejecutar el contrato que individualmente no podían celebrar por no contar con las capacidades exigidas.**” (Resalta este Tribunal)*

(ii) La segunda interpretación posible de la pretensión es la que le deduciría el sentido de que con ella la demandante busca que se declare que los restantes venturistas, a saber, los dos partícipes del Joint Venture que fueron convocados por ella al proceso, PRESERVAR y CLÍNICA PARTENON, están obligados, (como lo estaría también al mismo título POLICLÍNICO DEL OLAYA, al que excluyó del litisconsorcio pasivo), a concurrir con ella, ya en la distribución de las responsabilidades resultantes para los miembros de la unión temporal de la ejecución del contrato celebrado por MEJOR SALUD U.T. con FIDUCIARIA LA PREVISORA, enterándola en consecuencia, en los porcentajes establecidos en sus pactos privados, de las

pérdidas surgidas de aquella ejecución; o ya en la asunción de los resultados económicos de dicho contrato estatal, sin involucrar a FIDUPREVISORA.

Con otras palabras, la segunda interpretación buscará la declaratoria de que la convocada PRESERVAR debe responder por los pagos que la unión temporal haya debido efectuar a FIDUPREVISORA, o de los resultados económicos de la operación.

En este entendimiento, la pretensión resultaría plausible – independientemente de su vocación de prosperidad- porque se proyecta sobre las relaciones contractuales pactadas mediante la convención de Joint Venture entre la entidad convocante y las dos convocadas.

Planteadas las dos interpretaciones anteriores, debe revisarse si atendiendo a alguna de éstas habría prosperidad de las pretensiones.

Conforme a lo que se expuso, de aceptarse la primera interpretación posible, el Tribunal incurriría en el equivalente a reconocer como jurídicamente procedente que la Unión temporal constituida por la Clínica de Occidente y CPO, mediante el documento que obra a Folios 7 a 10 del cuaderno de pruebas No. 1, no constaba de dos (2) sino de cuatro (4) integrantes, lo cual no puede ser de recibo desde ningún punto de vista, pues en dicho documento de constitución de MEJOR SALUD UT, que fue el que se presentó ante FIDUPREVISORA, y en virtud del cual las partes en términos de la Ley 80 de 1993, mediante el uso de tal mecanismo colaborativo, adquirieron la capacidad para participar en el proceso de selección, solo sus suscribientes tienen una relación jurídica con la entidad Contratante.

Aunado a lo que se expresó, si se tiene que el **contrato estatal**, como **intuitio personae** (Artículo 41 de la Ley 80 de 1993), se ha celebrado con especial consideración a las calidades de los contratistas -en este caso los dos (2) integrantes de la UT MEJOR SALUD-, no pueden hacerse oponibles a la entidad contratante unos Acuerdos Privados, luego de celebrado el contrato estatal con aquélla, para que los que vayan a ejecutarlo no sean

sólo quienes presentaron la oferta, sino otros dos sujetos de derecho ajenos al contrato público, como lo serían Partenón y Preservar.

Dicho de otra forma, aceptar la pretensión del demandante sería asimilable a admitir como parte del contrato estatal a unos terceros con respecto a FIDUPREVISORA, lo cual, además de generar una situación contraria al carácter *intuitio personae* de estos contratos, pretermitiría el principio cardinal de la *relatividad de los contratos*, derivándose efectos frente a FIDUPREVISORA de unos Acuerdos Privados de los que no tuvo conocimiento, ni tampoco fue parte, lo cual, se itera, no puede ser de recibo por este Tribunal.

Sobre este principio, proveniente de aforismo latino “*res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*”, ha dicho el Consejo de Estado:

*“Que el contrato solo produce efectos entre las personas contratantes, constituye la regla sobre la cual la doctrina moderna ha esgrimido el llamado “Principio de la Relatividad de los Contratos”, que a partir de reconocer que solo el titular de un derecho puede disponer del mismo, establece la inoponibilidad de las obligaciones contractuales a terceros, esto es, que el contrato agota sus efectos entre los contratantes.*

*De lo anterior es dable concluir con la doctrina que, “En esta forma, un contratante no puede vincular a un extraño a la ley contractual”, salvo los eventos excepcionales de la estipulación por otro y de la convención colectiva de trabajo.”<sup>82</sup>*

A modo de primera conclusión, debe manifestar este Tribunal que si se toma esta primera interpretación, no es dable declarar la prosperidad de la pretensión, al no estar encaminada hacia las obligaciones contractuales emanadas de las responsabilidades definidas en los Acuerdos Privados suscritos por Clínica de Occidente, CPO, Partenón y Preservar, documentos que las partes han aceptado y reconocido, dado que la participación en la operación del contrato estatal se restringe únicamente a quienes fueron

---

<sup>82</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de marzo de 2000. Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. 5785.

parte, y, además, el mismo no es ejecutable por otro, al tener el carácter de *intuitio personae*, de manera que en rigor, quienes no eran miembros de la UT no podían ejecutarlo de manera directa, como sí, en virtud de los Acuerdos Privados y los respectivos subcontratos, integrar las redes de salud necesarias para la prestación de los servicios.

Ahora, respecto de la segunda interpretación posible, que ya comentó este Tribunal, la misma tampoco estaría llamada al éxito, en cuanto hace referencia a buscar una distribución de las responsabilidades del contrato estatal entre las partes, que es lo que puede entenderse de la pretensión en comento. En efecto, **no fue materia de reclamo específico, ni de prueba**, el pago de obligaciones directamente al FONDO, como lo sería, a modo de ejemplo, una multa impuesta por FIDUPREVISORA, todo lo cual conlleva que la pretensión primera (1°) y con ella la pretensión número dos (2)<sup>83</sup>, de idéntica redacción, carezcan de fundamento.

No es viable, entonces, a la luz del alcance de las obligaciones surgidas de este último contrato, como se dijo atrás, la obligación de acompañar a la U.T. MEJOR SALUD en el **pago** de obligaciones tuyas surgidas dentro del contrato 1122-55/05, que se limita a un tipo de éstas claramente identificado en los documentos convencionales privados, a saber aquéllas contraídas *in solidum* por los componentes de la U.T. **frente a su contraparte contractual**, la FIDUCIARIA, y no frente a terceros, como consecuencia de la imposición de sanciones por parte de ésta, por incumplimiento del contrato.

Son éstas obligaciones eminentemente de pago, y sólo éstas, a las que concurrirían los dos miembros agregados al Joint Venture, lo que surge con meridiana claridad del instrumento que alude al objeto inicial del pacto de las cuatro contratantes, a saber, el DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN que se basa en consideraciones relativas a las obligaciones solidarias, y al

---

<sup>83</sup> Dice la pretensión:

“2. Que se declare que conforme al contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito 2 de marzo de 2.005, CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA tiene el 28,5% de participación en la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre MEJOR SALUD UT y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.”

modo como ellas generan créditos de repetición entre los deudores *in solidum*, que no tendrían sentido sino con respecto a aquellas obligaciones que, como por otra parte expresa el arduo texto, surjan “(...) *en caso de presentarse un incumplimiento de alguna obligación que genere pago por cualquiera de las partes al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO con ocasión del contrato celebrado por la Unión temporal MEJOR SALUD U.T.*” (Cláusula PRIMERA. OBJETO), y reitera la Cláusula SEGUNDA. ALCANCE, al decir: “Los porcentajes en que cada parte se hace responsable frente a la Unión temporal y en general frente a cualquier deudor **que pague al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (...)**” (Resalta este Tribunal)

No pudiendo prosperar las pretensiones 1° y 2°, en lo tocante con la pretensión número tres (3) valga decir que ésta merece una mención especial, en la medida en que la CLÍNICA DE OCCIDENTE, a diferencia de PRESERVAR y PARTENÓN, formó parte de la Unión temporal MEJOR SALUD UT, razón por la cual sí era perfectamente válida la ejecución del contrato estatal por parte de ésta.

En efecto dice esta pretensión:

“3. Que se declare que conforme al contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito 2 de marzo de 2.005, CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. tiene el 28,5% **de participación en la ejecución del contrato** de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 suscrito entre MEJOR SALUD UT y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.” (Resalta el Tribunal)

No es menos cierto, sin embargo, que de conformidad con el documento “UNIÓN TEMPORAL CLÍNICA DEL OCCIDENTE LTDA Y CENTRO POLICLÍNICO DEL OLATA C.P.O. S.A. QUE PARA TODOS LOS EFECTOS SE DENOMINARÁ “MEJOR SALUD UT”, mediante el cual se conformó tal unión temporal, se estableció en su cláusula CUARTA que “(...) la CLÍNICA



*DE OCCIDENTE LTDA participa como miembro líder **con un 95%** de la participación en la Unión temporal, aportando su capacidad de red de servicios instalada propia y contratada en los niveles I, II, III, IV, su capacidad administrativa, experiencia en aseguramiento, experiencia y procesos integrales para el manejo de la ejecución del contrato, salud ocupacional (...)*". (Resalta el Tribunal)

Esto tiene una implicación inmediata, y es que frente a FIDUPREVISORA, la Clínica de Occidente como miembro de la unión temporal, es responsable de la totalidad de las obligaciones del contrato estatal, y del **95%** en caso de sanciones, de acuerdo con la ya explicada responsabilidad de las uniones temporales, por lo que encuentra este Tribunal que CLÍNICA DE OCCIDENTE no podría limitar su responsabilidad en la ejecución del contrato estatal por vía de un acuerdo privado del que FIDUPREVISORA no fue parte, razón por la cual tampoco está llamada a prosperar la pretensión No. 3, en la forma como está planteada.

Por las razones expuestas, las pretensiones 1 a 3 no prosperan.

## **2. Pretensiones No. 4 a 6:**

En este grupo de pretensiones solicita la sociedad demandante "Que se declare que de las obligaciones contraídas por MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005" Preservar, Partenón, y Clínica de Occidente, son responsables "(...) del pago del (...)" 33%, 28,5% y 28,5%, respectivamente "(...) de las mismas en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato."

Dice la pretensión No. 4:

*"4. Que se declare que de las obligaciones contraídas por MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN es responsable*

del pago del 33% de las mismas **en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.** (Resalta el Tribunal)

Una vez más encuentra el Tribunal que la demanda busca que, con fundamento en la supuesta participación de PRESERVAR en la ejecución del contrato estatal, se declare su responsabilidad en todas las obligaciones surgidas en virtud de la prestación del servicio contratado con FIDUCIARIA LA PREVISORA, lo cual no es admisible por las razones ya ampliamente expuestas, es decir, porque dicha participación se contrajo explícitamente a las de naturaleza dineraria que generaran pago en favor de la entidad contratante.

Además, porque en ningún momento podría entenderse que el segundo acuerdo privado, complementario del primero como ya se dijo, implicó el reparto de obligaciones del contrato estatal suscrito entre MEJOR SALUD UT y FIDUPREVISORA, sino, en primer lugar, una distribución de zonas y de niveles de atención hospitalaria en las cuales iban a funcionar las redes de salud<sup>84</sup>, y, en segundo lugar, una distribución en la participación de utilidades.

La pretensión No. 5 reza:

*“5. Que se declare que de las obligaciones contraídas por MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA es responsable del pago del 28,5% de las mismas **en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.**” (Resalta el Tribunal)*

Como es idéntica a la No. 4, variando únicamente el sujeto pasivo, tampoco está llamada a la prosperidad.

---

<sup>84</sup> Todo lo cual pudo constatar, como ya se dijo, con documentos tales como el subcontrato que la unión temporal suscribió con PRESERVAR para la ciudad de Bogotá D.C.,

En cuanto a la pretensión No. 6, en la que se pide la misma declaratoria frente a la convocante, vale hacer el mismo reparo frente a la No. 3, por cuanto no podría Clínica de Occidente, por medio de un acuerdo privado, ver disminuida su responsabilidad en virtud de un *joint venture* totalmente inoponible a FIDUPREVISORA.

### 3. Pretensiones No. 7 a 9:

En este grupo de pretensiones solicita la sociedad demandante “*Que por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito el 2 de marzo de 2005, se declare que de las pérdidas ocasionadas a MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005 (...)*” A PRESERVAR, PARTENÓN, y CLÍNICA DE OCCIDENTE les corresponde el 33%, 28,5% y 28,5% respectivamente, “*(...) en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.*”

Dice la pretensión No. 7:

*“7. Que, por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito 2 de marzo de 2.005, se declare que de las pérdidas ocasionadas a MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, le corresponde el 33% a PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN en atención al porcentaje de participación de dicha entidad en la ejecución del contrato.”* (Resalta el Tribunal)

Quedó acreditado en el proceso que las partes suscribieron los Acuerdos Privados para estipular, entre otros convenios, unos porcentajes de responsabilidad frente a la UT en caso de incumplimiento de sus dos integrantes frente a FIDUPREVISORA, así como la participación en las utilidades que arrojará el *joint venture*, de conformidad con los mismos porcentajes establecidos, participación en utilidades que, realizada la labor

hermenéutica sobre los hechos probados en el caso, podría tener causa en la activa participación de PARTENÓN y PRESERVAR en la consecución de los votos necesarios para que la UT obtuviera la adjudicación del contrato con FIDUPREVISORA, cuestión ya elucidada en la parte motiva del presente laudo, pero que de ninguna manera puede entenderse como participación directa en el contrato estatal.

De conformidad con el segundo enfoque de la segunda interpretación derivada del concepto "... *participación en la ejecución del contrato*" estatal, esto es, en cuanto vinculado a la asunción de los resultados económicos de dicho contrato estatal, sin involucrar a FIDUPREVISORA, el Tribunal encuentra que está estaría llamada a prosperar, toda vez que los Acuerdos Privados claramente estipularon una distribución de las utilidades o pérdidas en las proporciones establecidas en el Acuerdo Complementario sobre la estructura y funcionamiento de la Unión Temporal Mejor Salud, en los términos ya explicados.

De conformidad con el dictamen pericial, las pérdidas que arrojó la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 1122-55-2005 suscrito entre MEJOR SALUD UT y FIDUPREVISORA arrojó un total de \$14.435.433.492,26 (fl. 3 cdno. de pruebas No. 3).

Sin embargo, conviene poner de presente, a su vez, que de conformidad con el Anexo No. 2 del mismo dictamen, en donde aparece la relación de pasivos de MEJOR SALUD UT, discriminados por terceros por los años 2005 a 2010, las demandadas son a su vez acreedoras de la unión temporal por las sumas de \$9.549.291.564, por concepto de "*socios por servicios/anticipos*" y de \$3.405.846.470 por concepto de "*pagos por terceros a proveedores*" (fls. 19 a 59 cdno. de pruebas No. 3). Lo anterior, se puede observar gráficamente en el siguiente cuadro:

SOCIO	PERDIDAS DE ACUERDO A PARTICIPACIÓN	PASIVOS		TOTAL	SALDO
		SOCIOS	X CUENTA TERCEROS		
PRESERVAR	4.763.693.184,45	2.451.239.430,00		2.451.239.430,00	2.312.453.754,45
CLINICA DE OCCIDENTE	4.114.098.659,29	4.000.668.349,00	2.028.864.101,00	6.029.532.450,00	-1.915.433.790,71
CLINICA PARTENON	4.114.098.659,29	3.097.383.785,00	1.376.982.369,00	4.474.366.154,00	-360.267.494,71
POLICLINICO DEL OLAYA	1.443.543.389,23	0,00		0,00	1.443.543.389,23
TOTAL	14.435.433.892,26	9.549.291.564,00	3.405.846.470,00	12.955.138.034,00	1.480.295.858,26

En ese orden de ideas, para este Tribunal está llamada a prosperar esta pretensión, al igual que las No. 8 y 9, que buscan la misma declaratoria frente a CLÍNICA PARTENÓN y CLÍNICA DE OCCIDENTE.

#### 4. Pretensión No. 10:

La pretensión dice así:

*“10. Que se declare que CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. ha cancelado a los proveedores de MEJOR SALUD UT la totalidad de las sumas derivadas de las obligaciones surgidas en razón de la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, en el monto que se acredite en el proceso.”* (Resalta el Tribunal)

De acuerdo con el dictamen pericial rendido por la perito contadora Gloria Zady Correa Palacio, a 31 de diciembre de 2010, aun se adeudaba la suma de \$65.235.432 a los proveedores de la Unión temporal, razón por la cual no podría este Tribunal manifestar que la totalidad de las sumas adeudadas a los proveedores de MEJOR SALUD UT fueron pagadas por CLÍNICA DE OCCIDENTE.

De conformidad con la prueba pericial referida, los pagos efectuados por CLÍNICA DE OCCIDENTE a proveedores tan solo ascienden a la suma de dos mil veintiocho, ochocientos sesenta y cuatro mil ciento un pesos moneda corriente (\$2.028.864.101 m/cte) (cfr. Fl. 8 del cuaderno de pruebas No. 3), razón por la cual esta pretensión solo habrá de prosperar parcialmente.

## **B. Frente a las pretensiones de condena**

Se observa que las pretensiones de condena de la Demandante son las contenidas en los numerales 11 a 17 de la reforma de la demanda, y serán analizadas a continuación.

### **1. Pretensiones Nos. 11 y 13:**

*“11. Que se condene a PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN a cancelar a favor de CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. el 33% de las sumas de dinero de que trata la pretensión anterior.”*

*“13. Que se condene a CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA a cancelar a favor de CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. el 28,5% de las sumas de dinero de que trata la pretensión 10 anterior”*

Si bien el Tribunal encontró que CLÍNICA DE OCCIDENTE asumió el pago de algunas de las obligaciones a cargo de MEJOR SALUD UT, y se accedió a tal declaratoria, no es acertado concluir que existía obligación de los venturistas de asumirlas ni de reembolsarlas como tales, y a título de cumplimiento del contrato, por cuanto como ya ha quedado dicho, de acuerdo con el Contrato de Definición de Responsabilidades, sus obligaciones estaban circunscritas a aquellas que generaran pago frente a FIDUPREVISORA, más no frente a proveedores.

Es de anotar, aun cuando no sea de trascendencia para la decisión que corresponde al Tribunal, que de conformidad con el dictamen pericial, Clínica Partenón también efectuó pagos por cuenta de MEJOR SALUD UT por la suma de mil trescientos setenta y seis millones novecientos ochenta y dos mil trescientos sesenta y nueve pesos moneda corriente (\$1.376.982.369 m/cte) (cfr. Fl. 75 del cuaderno de pruebas No. 3)

**2. Pretensiones Nos. 12 y 14:**

*“12. Que se condene a PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN a cancelar a favor de CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. los intereses moratorios sobre las sumas de que trata la pretensión anterior, contabilizados desde la fecha de su pago conforme se demuestre en el proceso, o desde la fecha que establezca al Tribunal, y hasta la fecha del Laudo, a la máxima tasa legal.”*

*“14. Que se condene a CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA a cancelar a favor de CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. los intereses moratorios sobre las sumas de que trata la pretensión anterior, contabilizados desde la fecha de su pago conforme se demuestre en el proceso, o desde la fecha que establezca al Tribunal, y hasta la fecha del Laudo, a la máxima tasa legal.”*

Como este Tribunal no consideró próspera la pretensión No. 11 ni la No. 13, no habrán de prosperar las Nos. 12 y 14, en tanto son consecuenciales.

**3. Pretensiones Nos. 15 y 16:**

*“15. Que se condene a PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN a cancelar el 33% de todas aquellas obligaciones que a la fecha del Laudo adeude MEJOR SALUD UT a terceros y a sus socios, y todas aquellas que surjan con posterioridad a la fecha de esa providencia, derivadas de la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005.*

*16. Que se condene a CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA a cancelar el 28,5% de todas aquellas obligaciones que a la fecha del Laudo adeude MEJOR SALUD UT a terceros y a sus socios, y todas aquellas que surjan con posterioridad a la fecha de esa providencia, derivadas de la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005.”*

Como se dijo al resolver la pretensión No. 11, no existe previsión contractual que determine que existía obligación de los venturistas de asumir obligaciones de MEJOR SALUD UT con terceros ni sus "socios", por cuanto como ya ha quedado dicho, de acuerdo con el Contrato de Definición de Responsabilidades, sus obligaciones estaban circunscritas a aquellas que generaran pago frente a FIDUPREVISORA.

## **V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES**

### **A. Excepciones Preservar Salud IPS:**

Como ya se adujo en la fijación del litigio, Preservar no propuso excepciones de mérito, y se opuso de forma genérica a todas y cada una de las pretensiones.

### **B. Excepciones Clínica Partenón**

#### **1. Inexistencia de relación jurídica sustancial de Clínica Partenón Limitada con el Contrato No. 1122-55-2005 de 26/agosto/2005 y sus cesiones.**

Sobre este particular ha sido reiterativo el Tribunal Arbitral respecto a que en efecto, como bien lo aduce la convocada en la presente excepción, las únicas personas jurídicamente vinculadas mediante el Contrato estatal No. 1122-55-2005, de acuerdo con el documento de constitución de la UT son Clínica de Occidente y el Centro Policlínico del Olaya, de manera que se le debe hallar razón a la demandante, y por esta misma cuestión fueron desestimadas las pretensiones declarativas No. 1, 2, 4 y 5.



**2. Inexistencia de las obligaciones pretendidas por el demandante sobre el contrato de prestación de servicios médico – asistenciales no. 1122-55-2005 de 26/agosto/2005.**

Tiene razón la convocada, por cuanto a que si no fue parte del contrato estatal suscrito entre la UT y FIDUPREVISORA, como es evidente, no pueden derivarse para ésta obligaciones con fundamento en dicho contrato.

Cuestión distinta es, sin embargo, el *joint venture* celebrado entre las partes, que sí genera vínculo jurídico y obligaciones entre éstas, en el alcance que ya ha sido esgrimido por este Tribunal, de manera que si bien tiene razón la convocada al excepcionar no ser parte del contrato estatal, la prosperidad de dicha excepción no tiene que derivar en una absoluta irresponsabilidad de ésta, en la medida en que de los Acuerdos Privados suscritos innegablemente sí surgen obligaciones a su cargo frente a la Clínica de Occidente.

**3. Inexistencia de cláusula compromisoria respecto de las obligaciones y sus efectos contenidas en el contrato de prestaciones de servicios no. 1122-55-2005 de 26/agosto/2005.**

Sobre la competencia de este Tribunal ya ha sido declarado que es competente para decidir las cuestiones sobre las que se le convocó, en virtud de la cláusula compromisoria del “DOCUMENTO PRIVADO DE DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA OPERATIVIDAD DE LA UNION TEMPORAL MEJOR SALUD UT”, por lo cual no merece hacerse pronunciamiento adicional alguno.

**4. Inadecuada formulación de las pretensiones por indebida interpretación del objeto del acuerdo de 02/marzo/2005.**

No puede prosperar la excepción propuesta, por cuanto como ya de manera detallada lo ha dicho este Tribunal, los Acuerdos Privados suscritos entre las

partes, analizados de manera armónica tienen un objeto mucho más amplio que la simple definición de responsabilidades, por lo cual no tiene razón la convocada al darle una interpretación tan restrictiva, que no corresponda al tenor de los dos documentos ni a la clara voluntad de los contratantes.

**5. Falta de legitimación de la causa por pasiva y ausencia de presupuestos procesales**

No puede prosperar la excepción, por cuanto sí hay legitimación por pasiva en cabeza de la Clínica Partenón, en virtud, no del contrato estatal suscrito entre FIDUPREVISORA y la UT MEJOR SALUD, como parece entenderlo, sino de los Acuerdos Privados suscritos entre ésta y Clínica de Occidente CPO y Preservar.

**6. Cobro de lo no debido respecto del Acuerdo de 02/Marzo/2005.**

No puede hablarse de cobro de lo no debido por la interpretación restringida que le da la convocada al alcance del acuerdo de definición de responsabilidades, pues, se reitera, en armonía con lo que se expresa en su texto, y en el del acuerdo complementario de 6 de octubre de 2005 que define la estructura administrativa, la obligación que surgió para las partes no fue únicamente la repartición de responsabilidades en caso de incumplimiento, como ya se dijo, razón por la cual sí habría vínculo jurídico obligacional en virtud del *joint venture* realmente celebrado entre las partes, como ha sido ampliamente expuesto.

**7. Las demás innominadas que resulten demostradas en este proceso.**

Esta es una excepción genérica sobre la cual no es menester hacer pronunciamiento alguno.

## **VI. COSTAS**

Teniendo en cuenta que habrán de prosperar solo algunas de las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

## **DECISION**

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas entre **CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A.**, de una parte, y **PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN** y **CLÍNICA PARTENÓN LTDA**, de la otra, con el voto unánime de sus miembros, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas por las sociedades convocadas al dictamen pericial.

**SEGUNDO.-** Declarar parcialmente probadas las excepciones formuladas por CLÍNICA PARTENÓN LTDA, denominadas *“Inexistencia de relación jurídica sustancial de Clínica Partenón Limitada con el Contrato No. 1122-55-2005 de 26/agosto/2005 y sus cesiones”* e *“Inexistencia de las obligaciones pretendidas por el demandante sobre el contrato de prestación de servicios médico – asistenciales no. 1122-55-2005 de 26/agosto/2005”*.

**TERCERO.-** Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por CLÍNICA PARTENÓN LTDA.

**CUARTO.-** Declarar que, por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito 2 de marzo de 2.005, del cual hace parte el “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD” suscrito el 6 de octubre de 2005 en el marco del primero, de las pérdidas ocasionadas a MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, le corresponde el 33% a PRESERVAR SALUD S.A. IPS EN LIQUIDACIÓN.

**QUINTO.-** Declarar que, por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito 2 de marzo de 2.005, del cual hace parte el “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD” suscrito el 6 de octubre de 2005 en el marco del primero, de las pérdidas ocasionadas a MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, le corresponde el 28,5% a CLÍNICA PARTENÓN LIMITADA.

**SEXTO.-** Declarar que, por virtud de lo acordado en el contrato de definición de responsabilidades en la operatividad de la unión temporal MEJOR SALUD UT suscrito 2 de marzo de 2.005, del cual hace parte el “ACUERDO MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UT MEJOR SALUD” suscrito el 6 de octubre de 2005 en el marco del primero, de las pérdidas ocasionadas a MEJOR SALUD UT en desarrollo del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, le corresponde el 28,5% a CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.

**SÉPTIMO.-** Declarar que CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A. ha cancelado a proveedores de MEJOR SALUD UT obligaciones surgidas en razón de la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud No. 1122-55-2005, por la suma de dos mil veintiocho, ochocientos sesenta y cuatro mil ciento un pesos moneda corriente (\$2.028.864.101 m/cte)

**OCTAVO.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**NOVENO.-** Abstenerse de condenar en costas

**DÉCIMO.-** Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Disponer que los dineros sobrantes de la partida “protocolización y otros gastos” sean devueltos por el Presidente del Tribunal a la parte demandante.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

**JOSÉ FERNANDO TORRES F.**  
Presidente

**HERNANDO YEPES ARCILA**  
Árbitro

**ANTONIO JOSÉ PINILLOS**  
Árbitro

**ROBERTO AGUILAR DÍAZ**  
Secretario