

REPUBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ -SALA CIVIL**

**MAGISTRADA PONENTE: MARTHA PATRICIA GUZMAN
ALVAREZ.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO
ARBITRAL DE DELTA A SALUD S.A.S. CONTRA NUEVA
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**

Rad. 110012203000202001243 00

Bogotá D.C, ocho (08) de octubre de dos mil veinte.

**Proyecto discutido y aprobado en acta de siete (7) de
octubre de dos mil veinte (2020).**

Procede el Tribunal a resolver el recurso de anulación, propuesto por la parte convocada contra el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá el 20 de febrero de 2020, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La sociedad **DELTA A SALUD S.A.S**, concurrió a la Cámara de Comercio de Bogotá a fin de que se instalara

Tribunal de Arbitramento con el propósito de que se declare que la sociedad **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD**: **i)** incumplió sus obligaciones contractuales, contempladas en el contrato 134-10, en concreto las estipuladas en las cláusulas tercera y sexta, **ii)** que es responsable por los perjuicios causados la demandante por el incumplimiento en el pago o, pago retardado de las facturas radicadas con ocasión del mencionado contrato; **iii)** que realizó 35.414 auditorias adicionales a las estimadas en el contrato con Nueva EPS o las que efectivamente se demuestren. Se condene al pago de las sumas relacionadas en la demanda por concepto de **iv)** de servicios adicionales efectivamente prestados y no fueron estimados en el contrato 134-10 junto con los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera; **v)** se declare que las glosas aplicadas por **NUEVA EPS** a las facturas descritas en la pretensión sexta no son justificadas por lo que debe pagar a **DELTA A SALUD** los valores no pagados; **vi)** se declare que **NUEVA EPS** incurrió en mora en el pago de las facturas enlistadas en la novena pretensión, por ende se le condene al pago de los intereses moratorios.

1.2.- Se fundaron dichas pretensiones, en que **NUEVA EPS** y **DELTA**, celebraron el contrato de prestación de servicios No. 134-10, por medio del cual **DELTA** se obligó a realizar la auditoria de seguimiento y la auditoria especifica en las IPS que le fueran asignadas por **NUEVA EPS**, las cuales quedaron relacionadas en el Anexo 1 del contrato.

El valor total del contrato sería el que al final de la ejecución del contrato resultara de suma entre el valor fijo y el valor variable, de acuerdo con el Anexo 6 del contrato. Definiendo el valor fijo como el correspondiente al 70% del valor promedio facturado entre **NUEVA EPS** y **DELTA** en el periodo de 2009-2010, sin incremento alguno, excepto que se adicionen

nuevas IPS, y el valor sería por IPS. Y el valor variable, correspondería al 30% del valor promedio facturado del contrato celebrado entre las partes para el periodo 2009-2010. Este 30% sería determinado por los siguientes parámetros: costo de atención en las IPS (12%), gestión de DELTA A SALUD (8%), identificación de facturas o rubros que podían ser recobrados (10%).

Adicionalmente las partes pactaron, en el párrafo segundo de la Cláusula Sexta del Contrato, una revisión técnica a los seis (6) meses de ejecución del contrato, para evaluar el comportamiento del costo variable y los montos fijos, revisión que **NUEVA EPS** no estuvo dispuesta a realizar pese a diversas solicitudes por parte de **DELTA** debido a que las auditorias estimadas en el contrato fueron inferiores a las que efectivamente se estaban realizando.

El contrato fue objeto de varias prorrogas a través de otrosíes ampliando la fecha de terminación. El 23 de abril de 2012 **DELTA**, solicitó una “*optimización de la relación contractual vigente*” con **NUEVA EPS**; el 23 de mayo de 2012 a través de correo se informó a la convocada que adeudaba facturas a favor de la convocante, situación está que puso a **DELTA** en problemas económicos. La falta de pago por la que estaba pasando **DELTA** fue comunicada en varios correos más a **NUEVA EPS** sin resultado positivo alguno.

Las solicitudes presentadas por **DELTA** se simplifican así: Mora en el pago de los servicios prestados por **DELTA** a **NUEVA EPS**, Glosas injustificadas aplicadas por **NUEVA EPS** a las facturas presentadas por **DELTA**, derivadas de interpretaciones y evaluaciones subjetivas por parte de **NUEVA EPS** que no son acordes a los parámetros del Contrato, Carga de trabajo superior a la pactada, debido al incremento en el

número de auditorías que eran efectuadas en las IPS, de manera muy superior al promedio estimado por cada IPS asignada en el Contrato

1.3.- La convocada se opuso a las alegaciones de la convocante, formulando las excepciones de: “i) Incompatibilidad de las pretensiones con el objeto del contrato, ii) desconocimiento de las bases en la determinación del precio del contrato, iii) ausencia de pacto arbitral encaminado a reconocer el pago de servicios adicionales no previstos en el contrato, iv) indebida escogencia de la acción propuesta, v) contradicción sustancial de las pretensiones de la demanda, vi) ausencia de pacto para la prestación de servicios adicionales, vii) inexistencia de hechos sobrevinientes que alteraran la conmutatividad del contrato, viii) imposibilidad de revisión por imprevisión, pues la prestación se cumplió, ix) inexistencia de la obligación a cargo de Nueva EPS de revisar los costos del contratista, x) inexistencia del daño en relación con el supuesto deber incumplido de revisar los costos del servicio, xi) desconocimiento de los riesgos asociados a las prestaciones comprometidas, xii) valor probatorio de la contabilidad de Delta, xiii) mala fe – comportamiento contrario a sus propios actos, xiiii) el restablecimiento del valor del contrato no puede comprender el pago reclamado, xv) Ausencia de vicio en relación con las notas de crédito y facturas que fueron expedidas, xvi) Confusión deliberada entre los regímenes de pago del componente variable y aplicación de descuentos por razón de incumplimientos parciales o cumplimientos extemporáneos de los indicadores de gestión por metas y nivel de servicio, xvii) Excepción de contrato no cumplido, xviii) Plazo para el pago de facturas, xix) Caducidad de la acción”.

1.4.- Mediante *Laudo de 20 de febrero de 2020*, el Tribunal de Arbitramento resolvió:

“Primero: Declarar no probada la excepción de Caducidad de la Acción propuesta por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, confirmar la competencia de este Tribunal para conocer y resolver todas las cuestiones planteadas por las partes en la demanda y su respectiva contestación.

Tercero: Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por la parte convocada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Declarar probadas las tachas formuladas por la parte convocada en contra del testimonio de Guillermo Enrique Sánchez Torres, así como la propuesta por la sociedad convocante en contra del testimonio de Alberto Hernán Guerrero Jácome, por las razones y con los alcances expuestos en la parte motiva de este Laudo.

Quinto: Declarar no probadas las objeciones por error grave propuestas por la parte convocada en contra del dictamen pericial decretado de oficio y rendido por la sociedad ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

Sexto: Declarar que la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. incumplió las obligaciones derivadas de la Cláusula Sexta del Contrato 134-10 celebrado con la sociedad DELTA A SALUD S.A.S., por las razones y con los alcances expuestos en la parte motiva de este Laudo. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Primera Declarativa de la demanda.

Séptimo: Declarar que no prospera la Pretensión Segunda Declarativa de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, sin perjuicio de lo que se resolverá más adelante sobre las pretensiones de condena Cuarta, Quinta, Octava, Décima y Décimo Primera de la demanda.

Octavo: Declarar que DELTA A SALUD S.A.S. realizó TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTAS NOVENTA Y UN (34.891) auditorías adicionales a las estimadas en el Contrato 134-10 celebrado con NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A., que no fueron reconocidas ni pagadas por la Contratante.

Noveno: Condenar a la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. a pagar a la sociedad DELTA A SALUD S.A.S. la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS MONEDA

CORRIENTE (\$4.702.554.296) que corresponde al valor de los 34.891 servicios de auditorías adicionales efectivamente prestados y no reconocidos ni pagados por la Contratante (\$3.516.980.253), junto con su indexación (\$1.185.574.043), según se liquidó en la parte motiva de este Laudo.

Décimo: Negar la Pretensión Quinta de condena de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

Undécimo: Declarar que las glosas formuladas y aplicadas por la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. a las Facturas i) 533 del 7 de septiembre de 2011; ii) 1451 de 3 de julio de 2012; iii) 1481 de 2 de agosto de 2012; y, iv) 1588 del 9 de octubre de 2012, fueron injustificadas, razón por la cual los valores no pagados al amparo de dichas glosas deben ser reconocidos a la sociedad DELTA A SALUD S.A.S., según se expuso en la parte motiva de este Laudo. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Sexta declarativa de la demanda.

Duodécimo: Condenar a la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. a pagar a la sociedad DELTA A SALUD S.A.S. la suma de DOSCIENTOS VEINTE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$220.921.849) que corresponden al valor de las cuatro notas crédito emitidas en razón de glosas injustificadas formuladas y aplicadas por la Contratante sobre las cuatro (4) facturas referidas en el numeral anterior (\$165.004.576), junto con su indexación (\$55.917.272), según se liquidó en la parte motiva de este Laudo. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Séptima de Condena de la demanda.

Décimo tercero: Negar la pretensión Octava de condena de la demanda.

Décimo Cuarto: Declarar que la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. incurrió en mora en el pago a la sociedad DELTA A SALUD S.A.S. de 57 de las 59 facturas relacionadas en la demanda, así: "..."

Décimo Quinto: Condenar a la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. a pagar a la sociedad DELTA A SALUD S.A.S. la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$334.383.879) que corresponden a los intereses moratorios comerciales aplicados por el pago tardío de las 57 facturas que se relacionaron en el numeral anterior, desde el momento en que debieron ser canceladas y hasta el momento en que fueron pagadas, según

liquidación que se practicó en la parte motiva. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Décima, de Condena, de la demanda.

Décimo Sexto: Condenar a la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. a pagar a la sociedad DELTA A SALUD S.A.S. el valor indexado del monto de los intereses moratorios que se estableció respecto de las 57 facturas pagadas tardíamente, los cuales a la fecha de este Laudo ascienden a CIENTO DIECISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$116.814.733), según liquidación que se practicó en la parte motiva. En tal sentido prospera parcialmente la Pretensión Décima Primera, de Condena de la demanda.

Décimo Séptimo: Declarar que en este proceso no hay lugar a aplicar los efectos previstos en el artículo 206 del Código General del Proceso, respecto del juramento estimatorio contenido en la demanda.

Décimo Octavo: Condenar a la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. a pagar a la sociedad DELTA A SALUD S.A.S. la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$353.826.404), por concepto de Costas, según liquidación que se practicó en la parte motiva.

Décimo Noveno: Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica de este Laudo a cada una de las Partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

Vigésimo: Ordenar el envío de copia de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Vigésimo Primero: Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

Para resolver lo pertinente, el Tribunal encontró probado que la convocante solicitó la revisión del contrato a los seis meses de ejecución, así como también elevó una solicitud de optimización de la relación contractual en lo referente a la prestación de “servicios adicionales” faltando un (1) mes y ocho (8) días para la finalización del contrato. De igual forma, que la convocante requirió a **NUEVA EPS** durante la última prórroga del contrato para la revisión del contrato para el Hospital SES

de Caldas, por un mayor número de pacientes y que, no obstante tales solicitudes, **NUEVA EPS** no accedió a efectuar la revisión técnica prevista en el parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato.

Que la revisión del contrato recaía sobre el costo fijo y variable de la ejecución del contrato.

Respecto de las auditorías adicionales realizadas por la convocante, el tribunal encontró que las reclamadas no se refieren a la ejecución de prestaciones por fuera del marco contractual ni ajenas o adicionales al alcance de su objeto. Que al momento de las partes fijar la estructura de precios tuvieron en cuenta estimaciones del comportamiento histórico correspondiente al promedio de lo facturado en el contrato suscrito entre las mismas partes para la vigencia 2009-2010, según información suministrada por **NUEVA EPS**.

“Que el concepto de auditorías proyectadas proviene de la información suministrada por NUEVA EPS a DELTA en el Modelo de Auditorías 2010, para las IPS iniciales, y de la información que contenía los reportes de gestión del último trimestre de las IPS que no hacían parte del listado inicial.

En tal sentido, ha quedado demostrado que las auditorías realizadas por DELTA en ejecución del Contrato 134-10 sobrepasaron los promedios de auditorías proyectadas para la totalidad del periodo contractual, las cuales corresponden a 115.147.

Así, se encontró que las auditorías realizadas corresponden a 152.240, mientras que las auditorías pagadas fueron 117.349. En consecuencia, encuentra probado el Tribunal que hay 34.891 que no fueron reconocidas ni pagadas por NUEVA EPS.

Con respecto al valor promedio por auditoría, si bien el pago del valor del contrato se realizaba por IPS, se pudo establecer un valor unitario por auditoría proveniente de la determinación del

promedio de auditorías en función del valor global de cada una de las IPS.

Se encuentra así efectivamente demostrado en el proceso que el valor correspondiente a las 34.891 auditorías no reconocidas ni pagadas equivale a \$3.516.980.253, suma por la cual se condenará a NUEVA EPS para el pago en favor de DELTA.

Sobre el monto reclamado como pago por las auditorías adicionales, NUEVA EPS pidió al Tribunal tener por demostrado que DELTA reflejó en sus soportes contables la ejecución del objeto contractual y no la prestación de los servicios adicionales reclamados con la demanda, afirmación contra la cual se opuso la convocante indicando que sí registró un derecho contingente derivado de la controversia con NUEVA EPS.”

Dentro del laudo quedo probado que **NUEVA EPS** incurrió en mora en el pago a **DELTA** de 57 facturas, y que no siguió el procedimiento estandarizado para la aplicación de las glosas, injustificado su ocurrencia.

II. EL RECURSO DE ANULACION

La convocada **NUEVA EPS**, presentó en oportunidad recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 20 de febrero de 2020 por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, con apoyo en las causales 1, 2, 3, 7 y 8 del Art 41 de la ley 1563 de 2012.

2.1.- INEXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL:

Indica la recurrente que según los términos de la cláusula compromisoria, contenida en la cláusula decima quita del contrato 134-10, no existe pacto arbitral que permitiera al Tribunal conocer y fallar las pretensiones de la demanda asociadas al reconocimiento y pago de los servicios adicionales de auditorías, por tanto el Tribunal debía ceñirse solo a la celebración, interpretación, ejecución y terminación del contrato.

2.2.- FALTA DE JURISDICCION O DE COMPETENCIA:

Siguiendo la argumentación anterior, dijo que ante la inexistencia del pacto arbitral que cobijara las pretensiones asociadas a los denominados servicios adicionales, el Tribunal carecía de competencia para su estudio.

2.3.- INDEBIDAD INTEGRACION DE TRIBUNAL:

Toda vez que, se integró e instaló como un Tribunal Estatal, sin que existiera una entidad pública como parte de la controversia, pues, **NUEVA EPS** por la naturaleza de su capital no puede ser catalogada como tal y no obstante ello, impulsó el proceso bajo las ritualidades propias de un Tribunal Estatal, lo que resulta violatorio del derecho de defensa y el debido proceso. Esto porque al momento de admitirse la demanda se hubiera ordenado surtir notificación a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado, hacia inferir la atribución de determinada naturaleza jurídica a **NUEVA EPS**.

Para la recurrente la citación del Ministerio Publico o a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no es discrecional, sino que solo puede darse, en términos del artículo 49 de la Ley 1563, cuando se está en presencia de una

entidad pública o persona jurídica que cumpla funciones públicas. Sustenta que el haber realizado un procedimiento diferente trae consecuencias que vulneran derechos fundamentales, entre dichas, menciona: i) que la citación del Ministerio Público y de la ANDJE no es discrecional, sino que esta está reglada en la ley 1563 de 2012, ii) que la aplicación del CPACA y no de CGP, se impone para regular aspectos como medidas cautelares y notificaciones en trámites arbitrales, lo que hace parte del debido proceso, y iii) que la competencia del recurso de anulación y de revisión varía según la calidad de las partes del trámite arbitral.

2.4.- FALLO EN EQUIDAD:

Estima la recurrente que la decisión carece en absoluto de sustento en normas positivas sustanciales, pues el Tribunal en su laudo solo citó de manera aislada algunas normas sustanciales pero su decisión no se basa en ninguna de ellas. Si bien señaló que todo el Laudo carece de fundamentación jurídica, centró su alegato, en el pago de las auditorías o servicios adicionales, dijo que el Tribunal de Arbitramento lo ordenó con fundamento en *“el agravio a la conmutatividad del contrato”* lo cual corresponde a un argumento propio de un fallo en equidad y no en derecho.

2.5. DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS:

La causal se sustenta, en que si bien, en el Laudo se declaró no prospera, en forma parcial, la pretensión primera declarativa, en cuanto a declarar el incumplimiento contractual de **NUEVA EPS**, respecto de las obligaciones de pago como se indica en la cláusula tercera, seguidamente el Tribunal de Arbitramento consideró incumplida la cláusula sexta, relativa a la carga de revisión de la remuneración, a partir de lo cual procedió a la condena y reconocimiento del pago de servicios

de auditorías adicionales. Para el recurrente existe contradicción, porque de hallar probada como incumplida la obligación de revisión la consecuencia no era la condena al pago de servicios adicionales, sino la revisión reclamada. De tal modo, que existe una contradicción en la parte resolutive del laudo que imposibilita su cumplimiento.

III. CONSIDERACIONES

3.1.- El arbitramento como función jurisdiccional conferida a los particulares a la luz del artículo 116 de la Constitución Política, nace de la voluntad de las partes para que se resuelva un conflicto entre estas en equidad o en derecho. La institución arbitral en nuestro ordenamiento tiene el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas a través de *“una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”*¹.

Debe de entrada precisar la Sala la naturaleza del recurso de anulación, pues aquel desplazamiento de los jueces trae como restricción que el laudo no cuente con el principio de la doble instancia, de forma tal que *“mediante el recurso de anulación tan sólo se pueden controlar vicios de procedimiento en que pudieron incurrir los árbitros”*².

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que este recurso extraordinario se prevé para los eventos en que se presenten desviaciones en la actuación de los árbitros que entrañen verdadero abuso o

¹ Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000

² *Ibidem*

desfiguración de los poderes que recibieron o del mandato legal que enmarca su tarea, señalando, “...por esta vía no es factible revisar las cuestiones de fondo que contenga el laudo ni menos aún las apreciaciones críticas, lógicas o históricas en que se funda en el campo de la prueba, sino que su cometido es el de controlar el razonable desenvolvimiento de la instancia arbitral” (Sent. Rev. 21 de febrero de 1996). (G.J. t. CC, pág. 284) (Resaltado fuera de texto).

Es por lo anotado, que la anulación “se perfila mediante una enumeración cerrada de causales llamada a impedir que en sede del recurso extraordinario de anulación se incorporen objeciones propias del recurso de apelación, tales como errores en la apreciación de la demanda o de la prueba; menos respecto de la naturaleza jurídica del contrato, o sobre el acierto en la elección del marco normativo apropiado para dispensar la solución al litigio”².

Las causales que facultan el estudio en esta instancia están definidas en el artículo 41 de la ley 1563 de 2012, normatividad vigente para el momento en se formuló la demanda ante el Tribunal Arbitral.

Con base en lo anterior, se procederá al examen de cada una de las causales invocadas por **NUEVS EPS** en los términos por ella planteados:

3.2.- Y es así como respecto de las causales 1,2,3 lo primero que corresponde examinar es, si se agotó el requisito de procedibilidad que contempla el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 según el cual: (...) *Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.*

² Ibidem

En lo que concierne a las causales contempladas en los numerales 2 y 3 del citado art.41 observa la Sala que no se cumplió con tal requerimiento previo, según pasa a explicarse:

Son tres las figuras que contempla la causal segunda del recurso de anulación : a) caducidad; b) falta de jurisdicción; c) falta de competencia. Pues bien, el apoderado de la convocada en la audiencia celebrada el día 4 de marzo de 2019 solicitó adición de la providencia por medio de la cual el Tribunal asumió competencia, la que fue negada; enseguida interpuso recurso de reposición el que limitó a dos puntos: el primero a la ausencia de pacto arbitral para conocer de las prestaciones o servicios adicionales y el segundo a la caducidad que en su parecer se encuentra configurada.

En efecto, dijo lo siguiente: *“Este artículo 41 me dice a mi, y no por la causal vuelvo a decir, me dice causales uno y dos, o sea la inexistencia y la **caducidad** solo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.”*

En ese orden, resulta evidente que no alegó a través de ese recurso la falta de competencia o de jurisdicción y no puede ahora decirse, que esta satisfecho ese requisito por el hecho de que parte de los argumentos expresados en esa oportunidad los trae ahora pero, no para sustentar la figura de la caducidad sino para invocar la causal de falta de competencia.

Lo mismo ocurre con la causal tercera, “No haberse constituido el Tribunal en debida forma”. Aquí expresamente la recurrente trae a colación lo dicho por el apoderado judicial que para ese momento representaba los intereses de la Nueva EPS, para fundamentar su impugnación pero, se repite en lo que atañe a la figura de la caducidad, lo que no es admisible como ya se anotó.

Así las cosas, esta Corporación queda relevada del examen de las causales en comento, por lo que se pasa al estudio de las demás.

3.3.- Causal primera: “Inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral”-(numeral 1 artículo 41 ley 1563 de 2012).

En reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, del 31 de enero de 2020³, sobre la naturaleza de la cláusula arbitral recordó:

«La jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido, con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales atrás señaladas [se refiere al artículo 116 de la Constitución Política, el derogado artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 y a la Ley 1563 de 2012], que la cláusula arbitral contiene entonces el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales litigios surgidos del contrato , decisión bilateral que puede aparecer estipulada dentro de su clausulado o en documento separado, con indicación expresa de las partes y del contrato al que se refiere .

Debe resaltarse que esa decisión de sometimiento a la justicia arbitral debe ser reconocida y acatada con toda la fuerza e intensidad que el ordenamiento constitucional y legal le brindan, por lo que la existencia del pacto enerva, de entrada, la posibilidad de actuación por parte de la justicia ordinaria para actuar válidamente en litigios que hayan sido sometidos a arbitramento.»

Bajo esa óptica se ha de determinar el alcance de la cláusula compromisoria pactada por las partes a efecto de establecer si asiste o no razón a la apoderada de la Nueva EPS en el sentido de que lo solicitado en la pretensión cuarta de condena relacionado con el pago de \$2.819'910.593.33 o, el de la suma que se demuestre efectivamente por concepto de servicios adicionales efectivamente prestados, que no fueron debidamente estimados en el contrato No. 134-10 ni reconocidos, ni pagados, escapa de su órbita.

³ Radicado 76001-23-33-000-2017-00191-01(63499)

Según la cláusula décimo quinta: *“Las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre los contratantes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución y terminación de este contrato y que no pudiesen ser solucionados directamente por las partes serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros, el cual funcionará en la ciudad del domicilio contractual y decidirá en derecho, ciñéndose a lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes dentro de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que una parte comunique a la otra su determinación de convocar al tribunal. Sino mediare acuerdo total o parcial al respecto los árbitros faltantes serán designados por la Cámara de Comercio del lugar del domicilio contractual”.*

De su texto se deduce con facilidad, que las entidades quisieron someter al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento **cualquier** diferencia respecto de la celebración, **interpretación, ejecución y terminación** del mentado contrato 134-10, y una de esas diferencias precisamente tiene que ver con lo ahora reclamado por la convocante, esto es, el pago de una suma por los servicios efectivamente prestados por DELTA A SALUD SAS, tópico que precisamente se relaciona con el objeto mismo del contrato⁴, luego no prospera la causal invocada.

3.4.- CAUSAL SEPTIMA: haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. (Numeral séptimo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012)

⁴ “PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga para con la NUEVA EPS a realizar la Auditoría de Seguimiento y Auditoría Específica en las IPS que les sean asignadas por NUEVA EPS. PARÁGRAFO: Las IPS en las cuales EL CONTRATISTA debe ejecutar el presente contrato, son las que se indican en el ANEXO N° 1, sin perjuicio que el mismo pueda ser modificado en cualquier momento durante la ejecución del contrato por parte de la NUEVA EPS previo aviso al CONTRATISTA con treinta (30) días de anticipación.

Se configura esta causal cuando el juzgador se aparta del marco jurídico y decide con fundamento en la mera equidad, la motivación no es esencial para la validez de su decisión.

Se ha considerado además que ese tipo de decisiones se caracteriza por prescindir totalmente del acervo probatorio o de las normas jurídicas, por la ausencia de razonamientos jurídicos o por basarse en el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

La jurisprudencia se ha ocupado de desarrollar los criterios para la materialización de esta causal, y a la par menciona los casos en que la misma no procede⁵.

«...Ahora bien, a título meramente ilustrativo, no procede fundar el recurso de anulación por la causal de fallo en conciencia en los siguientes eventos o hipótesis:

i) Cuando el tribunal de arbitramento se equivoca en la interpretación del derecho vigente.

En este tipo de argumentos el recurrente cuestiona la norma aplicada por el tribunal de arbitramento; acude a formular sus propias demostraciones acerca de cómo se interpreta la ley para el caso en cuestión y elabora las conclusiones a las que ha debido llegar el referido tribunal.

Es decir, el laudo impugnado contiene un razonamiento sobre las normas jurídicas aplicables, empero, el recurrente expone su propia tesis jurídica acerca de las consideraciones del laudo arbitral que no lo favorecen. En esos casos, por principio, el recurso de anulación por fallo en conciencia no debe prosperar, en tanto enmascara la búsqueda de una segunda instancia. El juez de anulación no puede declarar fundado el recurso de anulación con fundamento en apreciaciones que corrigen o rectifican las interpretaciones del tribunal arbitral basadas en la ley.

Se observa que el Consejo de Estado ha considerado que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el alejamiento manifiesto del derecho vigente y, por tanto, no debe fundarse la anulación del laudo imputando un defecto en la interpretación de la ley.

ii) En aquellos eventos en que el tribunal arbitral acude al criterio de la equidad –como un criterio auxiliar para llenar los vacíos legales– para fundar el laudo. El Consejo de Estado ha advertido que el criterio de la

⁵ Consejo e Estado Sección Tercero 12 de diciembre de 2019. Radicado 11001-03-26000-2019-00093-00(64142)

equidad es un elemento de interpretación que puede y debe ser utilizado por los árbitros, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por razón de la sola invocación de la equidad proceda la anulación del laudo.

iii) Cuando el tribunal de arbitramento se aparta de la correcta interpretación del contrato. Se considera que el contrato constituye derecho vigente para las partes y su aplicación a la controversia –así sea realizada en un sentido distinto de la que argumentan las partes erradica la posibilidad de invocar la anulación del laudo por el fallo en conciencia.

iv) Por último, si el tribunal de arbitramento pasó por alto una prueba o la apreció en forma distinta a la que invocaron las partes. En efecto, el recurso de anulación no es una instancia para rebatir o cuestionar la valoración de las pruebas, salvo que la prueba sea indispensable para fallar, toda vez que la decisión debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso.

Solo la decisión proferida “sin consideración a prueba alguna” ha sido aceptada como susceptible de cuestionamiento por fallo en conciencia, porque se entiende que en estos eventos el laudo está fundamentado única y exclusivamente en conciencia o en el fuero interno de los árbitros, desligado del sistema o del orden jurídico y normativo.

Sustentó la recurrente esta causal séptima, con apoyo en la doctrina del Consejo de estado, según la cual no basta la simple referencia de una disposición constitucional o legal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena argumentativa, por tanto considera que el Tribunal arbitral citó de manera aislada algunas normas sustanciales (arts.1602,1603 CC en concordancia con el art. 871 del C de Co.) pero su decisión no se basa en ninguna de ellas y las citas legales que hizo no sirven para fundar una “cadena argumentativa que sustente la decisión”, en concreto, centró su atención en el hecho de que no se acudió a ninguna de la normas citadas al momento de disponer la condena al pago de auditorías o servicios adicionales.

Encuentra la Sala que el Tribunal Arbitral en capítulos debidamente organizados estructuró su fallo, y es así como en el numeral 5.3 se ocupó del estudio del punto relacionado con el reconocimiento y pago de los servicios adicionales que corresponden a auditorías que se realizaron por fuera del

número estimado, y precisamente en atención a lo previsto por el artículo 1602 del CC, el análisis del tema por dilucidar lo realizó detalladamente con fundamento en la ley contractual, junto con el material probatorio aportado, según se observa en el numeral 5.3.2. acápite titulado “*Hechos probados sobre este aspecto de la controversia*” para concluir que estaba demostrado que Delta efectuó 34.891 auditorías en exceso de las estimadas en el contrato con la Nueva EPS, las que no fueron pagadas ni reconocidas, y en consecuencia el valor a pagar sería el de \$3.516’980.253.00 el que debidamente actualizado corresponde a la suma de \$4.702’554.296.00

Significa lo anterior, que tampoco prospera esta causal pues encuentra la Sala que la norma positiva (la del contrato) guarda total correspondencia con los argumentos que sostienen la decisión, los que tienen que ver con los principios rectores del régimen contractual como el de la buena fe (artículo 1603CC) la evaluación del acervo probatorio y las reglas de la sana crítica, en contraste con lo pactado por las partes.

3.5.- CAUSAL OCTAVA: Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. (numeral octavo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012)

Acerca de esta causal se ha indicado, que “contener el laudo disposiciones contradictorias”, se refiere a un antagonismo que necesariamente debe estar presente de manera clara y expresa en la parte resolutive del fallo, esto es, que en manera alguna puedan conciliarse y por contera impidan la ejecución de la decisión, como cuando una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena

la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago. Igualmente esta Corporación ha sostenido que ese cargo en casación no puede abrirse paso si la contradicción que existe es más aparente que real, es decir, cuando se puede superar mediante una lógica y razonada interpretación del conjunto de la sentencia.”⁶.

La recurrente considera existe evidente contradicción en el texto del Laudo que radica en la consecuencia que *“atribuyó el Tribunal al presunto incumplimiento de la mencionada carga toda vez que condena al pago de “servicios de auditorías adicionales” por no haber hecho la citada “revisión técnica” cuando lo cierto es que, de haberlo encontrado probado, la consecuencia lógica sería la condena a realizar dicha revisión y no la de realizar pagos adicionales pues se reitera, se declaró no próspera la pretensión relativa al incumplimiento de la cláusula tercera, lo cual se edifica como una contradicción que afecta la integridad del Laudo”*.

Insiste en la manifiesta contradicción en la parte resolutive del laudo que imposibilita su cumplimiento por cuanto de un lado negó la pretensión encaminada a declarar el incumplimiento del pago y por otro condenó a su pago.

El legislador en aras de la lealtad procesal impuso al recurrente una carga previa, que no es otra, que se hubiere en oportunidad solicitado la aclaración y/o corrección del fallo.

Para el caso bajo examen, si bien en escrito allegado por el apoderado de la convocada el 27 de febrero del año que avanza solicitó aclaración y complementación del laudo arbitral, lo circunscribió a los siguientes aspectos:

⁶ CSJ, Cas. Civil, sent. mayo 22/97. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

i.-) Aclaración respecto de la resolución de la excepción denominada “Ausencia de vicio en relación con las notas crédito y facturas que fueron expedidas”.

ii.-) Aclaración y complementación de manera tal que verifique el Tribunal si los títulos fueron cobrados ejecutivamente o de lo contrario adicione el laudo pronunciándose sobre la caducidad de la acción frente a los mismos.

iii.-) Complementación en torno a lo resuelto en el numeral duodécimo por el cual se ordenó a la Nueva EPS pagar a Delta la suma \$220'921.849 por concepto del valor de cuatro notas crédito emitidas en razón de las glosas injustificadas formuladas y aplicadas por la contratante.

iv.-) Aclaración, relacionada con el punto d) partida de la condena por cuenta de las auditorías adicionales, pues no resulta claro la fecha en que las tomó y si tuvo en cuenta que dentro de los primeros 6 meses no podía existir ninguna auditoría adicional de acuerdo con lo señalado en el contrato.

v.-) Aclaración de los numerales 15 y 16 indicando la razón por la que ordenó el pago de unas facturas junto con sus intereses , desconociendo el carácter de orden público de las normas comerciales al no declarar la caducidad.

vi.-) Aclaración por la confusión que generó la condena prevista en el numeral noveno pues parece que se condenó al pago de la suma de \$4.702'554.296.oo junto con su indexación \$1.185'574.043.oo no obstante que en la parte considerativa “otra es la realidad”.

vii.-) Aclaración y complementación, con el propósito de que se indique en que se basó el Tribunal para obtener el cálculo del promedio por auditoría, porque el dictamen de Integra *“no ha descontado del promedio de las glosas aceptadas por parte de DELTA y sin que medie alguna prueba eficaz que logre probar lo enunciado en el laudo, no puede con base en estados financieros dar alcance a una prueba inexistente.”*

Como puede observarse de la anterior descripción de los tópicos respecto de los cuales se reclamó la adición y complementación no se incluyó el referido a lo ahora aquí reclamado. Por consiguiente, no agotó el requisito de procedibilidad previsto por el numeral 8° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2018, por lo que no hay lugar al estudio de los motivos en que se fundó la causal.

En conclusión, habrá de declararse infundado el recurso de anulación propuesto por la sociedad Nueva Empresa Promotora de Salud SA, respecto del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** en calidad de parte convocada en el trámite arbitral, contra el laudo arbitral proferido el 20 de febrero de 2020, pronunciado por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá convocado para resolver las controversias surgidas entre **DELTA A SALUD S.A.S.** y **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.**, por las razones aquí anotadas.

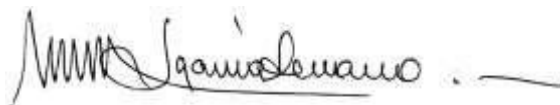
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte convocada recurrente.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
Magistrada



MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO Magistrada



HILDA GONZALEZ NEIRA
Magistrada