

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

ZALKA S.A.S.
CESIONARIA DE LOS SOCIOS DE LA CLÍNICA DE SANTIAGO DE CALI S.A. -
LIQUIDADADA

Vs

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

RADICACION: A-20220215/0850

LAUDO ARBITRAL

Proferido por el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros
Oscar Ibáñez Parra (Presidente), Lyda Mercedes Crespo Ríos y Eugenio David
Martinelli

Secretaria del Tribunal: Rubria Elena Gómez Estupiñán

Doce (12) de Agosto de 2022

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
(CESIONARIA DE LOS SOCIOS DE LA CLÍNICA DE SANTIAGO DE CALI S.A.
LIQUIDADADA)
VS.
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, doce (12) de agosto de 2022

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal Arbitral profiere en derecho el Laudo que finaliza el proceso entre **ZALKA S.A.S. CESIONARIA DE LOS DERECHOS LITIGIOSOS DE LOS SOCIOS DE LA CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADADA** (Edgar Salazar Castelblanco, Juan Manuel Salazar Castelblanco, Yolanda Rivera de Salazar, Guillermo Alberto Villalobos Salazar, Irma Cilia Castelblanco Hurtado en representación de Lina Marcela Salazar Castelblanco, Edgar Salazar Rivera en representación de Andrés Felipe Salazar Castelblanco, Daniel Salazar Castelblanco, Jessica Ceballos Salazar y Edgar Salazar Rivera Representante Legal de la Sociedad Stilson Financial Limited, Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada), como parte Convocante y **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, organismo creado mediante Decreto 1591 de 1989, como establecimiento público del orden nacional, con NIT 800112806:2, como parte Convocada, en razón del Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, previo los siguientes antecedentes y preliminares

I. ANTECEDENTES

1. Partes Procesales

1.1 Parte Convocante

Inicialmente, la parte convocante la conformaban las siguientes personas en calidad de **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada: Edgar Salazar Castelblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía No.1.144.062.603, en nombre propio y en representación de la Sociedad Zalka SAS. **Juan Manuel Salazar Castelblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.107.053.766, **Yolanda Rivera De Salazar**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.946.759, **Guillermo Alberto Villalobos Salazar**, identificado con la cédula de ciudadanía No.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

94.072.303. **Irma Cilia Castelblanco Hurtado**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 31.917.849 en representación de **Lina Marcela Salazar Castelblanco**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.567.260., conforme a poder general; **Edgar Salazar Rivera**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16640009 en representación de **Andres Felipe Salazar Castelblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.589.064, conforme a poder general; **Daniel Salazar Castelblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía No.1.144.092.062, **Jessica Ceballos Salazar**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.130.589.450 **Edgar Salazar Castelblanco**, en calidad de representante legal de la sociedad **Zalka S.A.** con Nit. 817.001.072, conforme al certificado de existencia y representación legal. **Edgar Salazar Rivera**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16640009, en representación de la sociedad **Stilson Financial Limited**, sociedad constituida bajo las leyes de las Islas Vírgenes Británicas, certificado No. 537188.

Cesión de los Derechos Litigiosos de la parte Convocante

No obstante, lo anterior, el veintiocho (28) de julio de 2022, el apoderado judicial de la parte convocante, remitió correo electrónico con asunto “Cesión de derechos litigiosos” por medio del cual remitió Contrato de Cesión de Derechos litigiosos, suscrito entre Edgar Salazar Castelblanco, Juan Manuel Salazar Castelblanco, Yolanda Rivera de Salazar, Guillermo Alberto Villalobos Salazar, Irma Cilia Castelblanco Hurtado en representación de Lina Marcela Salazar Castelblanco, Edgar Salazar Rivera en representación de Andrés Felipe Salazar Castelblanco, Daniel Salazar Castelblanco, Jessica Ceballos Salazar y Edgar Salazar Rivera Representante Legal de la Sociedad Stilson Financial Limited, Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, con la sociedad Zalka S.A.S.

Al respecto, el Tribunal Arbitral, mediante Auto No. 13 del veintinueve (29) de julio de 2022, aceptó la cesión de derechos litigiosos suscrita entre los convocantes y la sociedad Zalka S.A.S., y declaró que la sociedad Zalka S.A.S., en calidad de cesionaria, sustituye integralmente en el proceso a los cedentes.

Por lo anterior, la parte Convocante en el presente proceso, es **ZALKA S.A.S.**, sociedad comercial con Nit. 817.001.072, como Cesionaria de los Derechos Litigiosos de los mencionados Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada.

1.2 Parte Convocada

La parte convocada es el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, organismo creado mediante Decreto 1591 de 1989, como establecimiento

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

público del orden nacional, con NIT 800112806:2, adscrito al Ministerio de obras Públicas y Transporte.

1.3 Apoderados

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitraje en derecho, las partes han comparecido a este proceso arbitral, representadas judicialmente por abogados. En efecto, la parte convocante ha estado representada en este proceso por su mandatario judicial Doctor **Hernando José Bolívar Beltrán**, abogado, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.107.051.866, con Tarjeta Profesional No. 209.036 del Consejo Superior de la Judicatura, según poderes especiales otorgados. A su vez, la Parte Convocada estuvo representada por apoderado judicial, Doctor **Diego Fernando Ariza Osorio**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 94.386.962 y Tarjeta Profesional No. 140.875 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, a todos los cuales, en su oportunidad, el Tribunal les reconoció personería para actuar.

2. Ministerio Público

El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali informó a la Procuraduría General de la Nación de la presentación de la demanda arbitral, para los efectos del Decreto 262 de 2000 y lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del C.G.P., y los numerales 1 y 4, letra a) del artículo 46 del mismo estatuto; el Ministerio Público designó para este proceso al doctor **Franklin Johan Moreno Millán**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 94.517.696 de Cali y Tarjeta Profesional No. 120.876 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de Procurador 166 Judicial II para asuntos Administrativos del Valle del Cauca.

3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, informó a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, de la presentación de la demanda arbitral.

4. El contrato estatal origen de las controversias

Con la demanda arbitral la parte Convocante aportó copia del Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013, suscrito entre la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Colombia, cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera del mismo, determinó lo siguiente:

*“CLÁUSULA PRIMERA. – Objeto del Contrato: El presente Contrato tiene por objeto la prestación de servicios integrales de salud bajo la modalidad de pago por unidad de capitación, con sujeción al plan obligatorio de salud y al Plan de Atención Convencional definidos en el Pliego de Condiciones de la Selección Abreviada No. 001 de 2013, junto con sus Anexos y Formatos, así como lo ofrecido en la propuesta presentada por **EL CONTRATISTA**, con destino a los pensionados y demás beneficiarios del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de la División o Región Pacífico, de acuerdo con la base de datos de la población usuaria actualizada a 30 de noviembre de 2012.*

***Parágrafo Primero.-** La población usuaria también comprende el grupo familiar que el pensionado afilie. En tal caso, dicha población será beneficiaria de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS.*

***Parágrafo Segundo.-** EL FONDO por concepto de los usuarios en periodo de protección laboral no cancelará suma alguna adicional en consideración al hecho de que el 93% de la UPC por concepto de los mismos le es cancelada a los Contratistas en la etapa dentro de la cual estos son objeto de compensación, por lo que EL CONTRATISTA no podrá alegar este evento como una circunstancia constitutiva de desequilibrio económico del Contrato.”*

5. El pacto arbitral – compromiso arbitral

Entre los Socios de la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada y el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, suscribieron Compromiso Arbitral el día veinte (20) de enero de 2022 (visible Cuaderno No. 1 Principal - 1.3 Anexos Corrección Demanda), en el cual se pactó lo siguiente:

“COMPROMISO ARBITRAL

Entre las partes, a saber: JOHN MAURICIO MARÍN BARBOSA, en su calidad de DIRECTOR GENERAL del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, establecimiento público vinculado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con NIT 800112806-2, por un lado; y Los suscritos, EDGAR SALAZAR CASTELBLANCO, en nombre propio y en representación de la sociedad ZALKA S.A. con Nit. 817.001.072, conforme al certificado de existencia y representación legal; JUAN MANUEL SALAZAR CASTELBLANCO, YOLANDA RIVERA DE SALAZAR, GUILLERMO ALBERTO VILLALOBOS SALAZAR, IRMA CILIA

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

CASTELBLANCO HURTADO, en representación de LINA MARCELA SALAZAR CASTELBLANCO, conforme a poder general; EDGAR SALAZAR RIVERA, en representación de ANDRES FELIPE SALAZAR CASTEBLANCO, conforme a poder general; DANIEL SALAZAR CASTELBLANCO, JESSICA CEBALLOS SALAZAR y EDGAR SALAZAR RIVERA, en representación de la sociedad STILSON FINANCIAL LIMITED, conforme a poder especial, en calidad de socios de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA, por el otro, convenimos en celebrar el presente COMPROMISO ARBITRAL, sujeto a las siguientes reglas:

Controversias sometidas a arbitraje: *Las diferencias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 DE 2013 y su prórroga, suscrito entre el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI EN LIQUIDADA.*

Número de árbitros: *Tres (3).*

Modalidad de laudo: *En derecho.*

Sede: *Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.*

Término de duración: *El establecido en la Ley 1563 de 2012.*

Costos del arbitraje: *Las partes acuerdan que, los gastos que demande el tribunal de arbitramento, tanto los gastos administrativos o de funcionamiento, específicamente los honorarios de los árbitros y del secretario, los gastos de administración del centro de arbitraje y los otros gastos relativos al funcionamiento del tribunal serán asumidos por los socios de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA, que actúan en calidad de parte convocante.*

Las partes señalan que, de común acuerdo, designaran los árbitros que conformaran el Tribunal de Arbitramento”.

6. Trámite del Proceso Arbitral

6.1 La demanda arbitral

El quince (15) de febrero de 2022, presentaron demanda arbitral los **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada** que lo integran de las siguientes personas: **Edgar Salazar Castelblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

No.1.144.062.603. **Juan Manuel Salazar Castelblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.107.053.766, **Yolanda Rivera De Salazar**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.946.759, **Guillermo Alberto Villalobos Salazar**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.072.303. **Irma Cilia Castelblanco Hurtado**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 31.917.849 en representación de **Lina Marcela Salazar Castelblanco**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.567.260., conforme a poder general; **Edgar Salazar Rivera**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16640009 en representación de **Andres Felipe Salazar Casteblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.589.064, conforme a poder general; **Daniel Salazar Castelblanco**, identificado con la cédula de ciudadanía No.1.144.092.062, **Jessica Ceballos Salazar**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.130.589.450 **Edgar Salazar Castelblanco**, en calidad de representante legal de la sociedad **Zalka S.A.** con Nit. 817.001.072, conforme al certificado de existencia y representación legal. **Edgar Salazar Rivera**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16640009, en representación de la sociedad **Stilson Financial Limited**, conforme a poder especial, por intermedio de apoderado especial, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, convocando para dirimir sus controversias con el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, organismo creado mediante Decreto 1591 de 1989, como establecimiento público del orden nacional, con NIT 800112806:2, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de obras Públicas y Transporte, relativas **Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013**.

6.2 La designación de los Árbitros

Fueron designados, de conformidad con lo acordado en el pacto arbitral, y ratificados en la audiencia de instalación por las partes los Doctores Oscar Ibáñez Parra, Lyda Mercedes Crespo Ríos y Eugenio David Martinelli.

6.3 Instalación

Previas las citaciones correspondientes por parte del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, el Tribunal Arbitral se instaló a los diecinueve (19) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022) (Acta No. 1), audiencia realizada por los árbitros con la comparecencia de las partes y del Ministerio Público; En dicha audiencia fue designado como Presidente el Doctor **Oscar Ibáñez Parra** y como Secretaria la abogada Rubria Elena Gómez Estupiñán, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

6.4 Admisión de la Demanda Arbitral

En audiencia del diecinueve (19) de abril de 2022 (Acta No. 1), con la comparecencia de las partes y del Ministerio Público, el Tribunal, a través de Auto No. 02, admitió la demanda arbitral; ordenó notificar el Auto y correr traslado de la demanda a la parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y correr traslado de la demanda por el término de veinte (20) días. . En la misma acta consta que “(...) *De igual manera, se deja constancia que se surtió el trámite de información a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, reportando la radicación del presente trámite, como también la información relativa a los árbitros designados y la invitación a la presente audiencia de instalación del tribunal (...)*”.

6.5 Notificación del Auto Admisorio de la Demanda

La secretaria del tribunal mediante correo electrónico del diecinueve (19) de abril de 2022, procedió a notificar a la Parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Auto Admisorio de la demanda arbitral.

6.6 Contestación de la Demanda Arbitral por parte del convocado

El diecinueve (19) de mayo de 2022, el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, contestó en tiempo la demanda arbitral, se opuso a las pretensiones y a algunos de los hechos en ella contenidos, propuso excepciones previas y de mérito, y objetó el juramento estimatorio.

6.7 Contestación de la Demanda Arbitral por parte del Ministerio Público

El Procurador 166 Judiciales II, como agente del Ministerio Público, el dos (2) de mayo de 2022, contestó en tiempo la demanda arbitral, no hizo pronunciamiento sobre las pretensiones y presentó objeción al juramento estimatorio.

6.8 Traslado de las Excepciones y de la Objeción al Juramento Estimatorio

Mediante Auto No. 3, el Tribunal Arbitral ordenó correr traslado a los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada y al Ministerio Público, de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio formulados en la contestación de la demanda arbitral.

El apoderado judicial de la Convocante recorrió el traslado de las excepciones propuestas en término.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

El Ministerio Público presentó memorial por medio del cual procedió a descorrer el traslado de excepciones previas y de mérito, dentro del término.

6.9 Audiencia de Conciliación y Fijación de Gastos del Proceso

El dos (02) de junio de 2022 se celebró Audiencia de Conciliación a la que asistieron las partes, los apoderados y el Ministerio Público, la cual se declaró fallida, por lo tanto, se dispuso continuar con el trámite arbitral y el Tribunal fijó las sumas a cargo de la Parte Convocante y Convocada por concepto de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje, y otros gastos.

6.10 Consignación de los Honorarios y Gastos del Tribunal

El quince (15) de junio de 2022 a través de correo electrónico, el apoderado judicial de la parte convocante allegó en término al expediente, soporte de consignación bancaria, por concepto de pago del cincuenta por ciento (50%) de honorarios de los Árbitros y de la secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje, y otros gastos.

Teniendo en cuenta que la parte convocada no realizó el pago que le correspondía dentro del término de los diez (10) días que vencieron el dieciséis (16) de junio de 2022, la parte convocante el día veintitrés (23) de junio de 2022, encontrándose en término, informó, a través de correo electrónico, que en esta fecha se realizó el pago del cincuenta por ciento (50%) de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje, y otros gastos, correspondiente a la parte convocada.

6.11 Primera Audiencia de Trámite

La Primera Audiencia de Trámite se cumplió, a los veintiocho (28) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella se leyó el Compromiso Arbitral firmado entre las partes, las pretensiones de la demanda, se asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las Partes, relativas al Contrato de prestación de servicios integrales de salud bajo la modalidad de pago por unidad de capitación, con sujeción al plan obligatorio de salud y al Plan de Atención Convencional definidos en el Pliego de Condiciones de la Selección Abreviada No. 001 de 2013, junto con sus Anexos y Formatos, así como lo ofrecido en la propuesta presentada por **EL CONTRATISTA**, con destino a los pensionados y demás beneficiarios del Fondo de Pasivo Social de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Ferrocarriles Nacionales de Colombia de la División o Región Pacífico, de acuerdo con la base de datos de la población usuaria actualizada a 30 de noviembre de 2012.

En esta audiencia, el Tribunal Arbitral fijó el término de duración del proceso arbitral en ocho (8) meses, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 491 de 2020. También resolvió sobre la nulidad y las excepciones previas presentadas por la Convocada en el escrito de la contestación de la demanda.

Se resolvió igualmente sobre pruebas solicitadas por las partes y se declaró finalizada la primera audiencia de trámite (Acta No. 4).

6.12 Indicación de la Cuantía y del Juramento Estimatorio

En la Demanda Arbitral, radicada mediante correo electrónico, la parte Convocante, estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma **de \$51.130.694.258**. En contestación a la demanda presentada el Apoderado Judicial de la parte Convocada, formuló objeción contra el juramento estimatorio. Objeción de la cual se corrió traslado y fue recorrida en término por el apoderado judicial de la parte convocante.

6.13 Audiencias

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en **siete (7) audiencias**, incluyendo la de juzgamiento.

6.14 Término del Proceso

Según lo dispuesto por las Partes en el compromiso arbitral el término de duración del proceso es el establecido en la Ley 1563 de 2012.

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se cumplió el veintiocho (28) de junio de 2022, el término del proceso se extiende hasta el **veintiocho (28) de diciembre del año 2022**, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

7. Presupuestos Procesales

7.1 Demanda en Forma

En su oportunidad se verificó por el Tribunal que en la demanda, se cumpliera con las exigencias procesales y, por ello, la sometió oportunamente a trámite.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

7.2 Competencia

Del estudio detallado que se hizo sobre el tema en el auto proferido en la primera audiencia de trámite realizada el veintiocho (28) de junio de 2022 (Acta No. 4), el Tribunal concluyó que las controversias de que da cuenta la demanda arbitral, así como la contestación, son de naturaleza económica, susceptibles de transacción, las cuales tienen origen en el Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013, suscrito entre la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera del mismo, determinó lo siguiente:

*“CLÁUSULA PRIMERA. – Objeto del Contrato: El presente Contrato tiene por objeto la prestación de servicios integrales de salud bajo la modalidad de pago por unidad de capitación, con sujeción al plan obligatorio de salud y al Plan de Atención Convencional definidos en el Pliego de Condiciones de la Selección Abreviada No. 001 de 2013, junto con sus Anexos y Formatos, así como lo ofrecido en la propuesta presentada por **EL CONTRATISTA**, con destino a los pensionados y demás beneficiarios del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de la División o Región Pacífico, de acuerdo con la base de datos de la población usuaria actualizada a 30 de noviembre de 2012.*

***Parágrafo Primero.** - La población usuaria también comprende el grupo familiar que el pensionado afilie. En tal caso, dicha población será beneficiaria de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS.*

***Parágrafo Segundo.-** EL FONDO por concepto de los usuarios en periodo de protección laboral no cancelará suma alguna adicional en consideración al hecho de que el 93% de la UPC por concepto de los mismos le es cancelada a los Contratistas en la etapa dentro de la cual estos son objeto de compensación, por lo que EL CONTRATISTA no podrá alegar este evento como una circunstancia constitutiva de desequilibrio económico del Contrato.” Y están amparadas por el compromiso arbitral suscrito el veinte (20) de enero de 2022, razón por la cual se asumió competencia para conocer de tales diferencias, decisión que se ratifica ahora como más adelante se precisa”.*

7.3 Capacidad

De los documentos aportados por las partes al expediente, se observó inicialmente que los **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada**, como parte convocante, eran sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso. Por su parte, **Zalka S.A.S.**, hoy cesionaria de los socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

también demostró en el expediente que es un sujeto jurídico plenamente capaz de comparecer el proceso,

Así mismo, el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, es sujeto plenamente capaz para comparecer a este proceso.

Por lo anterior, tanto la parte convocante como la parte convocada del proceso, demostraron que su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

8. La Demanda Arbitral

8.1 Pretensiones de la demanda arbitral

En la Demanda presentada en contra del **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, presentó a consideración del Tribunal, las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES

Declarativas.

Primera: Que se DECLARE que, entre el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADA, se celebró el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013.

Segunda: Que se DECLARE que, el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, previó la prestación de servicios de salud de nivel I, II y III y ALTO COSTO a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADA.

Tercera: Que se DECLARE que el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, previó, en contra de lo dispuesto en el artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, el **pago por capitación**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

como único criterio de retribución de los servicios prestados en desarrollo del contrato.

Cuarta: *Que se DECLARE que, la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADADA, cumplió con todas las obligaciones previstas en el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, tanto las de nivel I, II y III como de ALTO COSTO.*

Quinta: *Que se DECLARE que, el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, estaba regido por las normas generales de la Ley 80 de 1993 y por las disposiciones especiales del artículo 52 (Núm. 1) de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.*

Primera subsidiaria de la quinta, *Que se DECLARE que, el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, estaba regido por las normas generales de la Ley 80 de 1993 y por las disposiciones especiales de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.*

Sexta: *Que se DECLARE que, la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por regular aspectos relativos al (I) derecho fundamental a la salud, al (II) derecho a la seguridad social, a la (III) sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud y otros relacionados, tiene la naturaleza de norma de orden público.*

Primera subsidiaria de la sexta, *Que se DECLARE que, el artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por regular aspectos relativos al (I) derecho fundamental a la salud, al (II) derecho a la seguridad social, a la (III) sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud y otros relacionados, tiene la naturaleza de norma de orden público.*

Séptima: *Que se DECLARE que, en los términos de los artículos 16, 1518, 1523, 1524 y 1532 del Código Civil colombiano, y demás normas concordantes, los convenios particulares no pueden derogar normas de orden público.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Primera subsidiaria de la séptima, Que se DECLARE que, en los términos del artículo 16 del Código Civil colombiano, y demás normas concordantes, los convenios particulares no pueden derogar normas de orden público.

Segunda subsidiaria de la séptima, Que se DECLARE que, en los términos de los artículos 16, 1518, 1523, 1524 y 1532 del Código Civil colombiano, y demás normas concordantes, los convenios particulares, incluyendo los contratos estatales, no pueden derogar normas de orden público.

Tercera subsidiaria de la séptima, Que se DECLARE que, en los términos del artículo 16 del Código Civil colombiano, y demás normas concordantes, los convenios particulares, incluyendo los contratos estatales, no pueden derogar normas de orden público.

Octava: Que se DECLARE que, el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, quebrantó el artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, al prever, el sistema de **pago por capitación**, para la atención de los niveles II, III y ALTO COSTO a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADA.

Primera subsidiaria de la octava: Que se DECLARE que, el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, quebrantó el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, al prever, el sistema de **pago por capitación**, para la atención de los niveles II y III y ALTO COSTO a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADA.

Novena: Que se DECLARE que, la ejecución del CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, suscrito entre El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADA, generó un daño patrimonial a la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., al prever, en contra de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, el sistema de **pago por capitación**, para la atención de los niveles II, III y ALTO COSTO, a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.

VS

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Décima: Que se DECLARE que, el daño patrimonial causado a la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADADA, con ocasión del CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, específicamente el sistema de **pago por capitación**, para la atención de los niveles II, III y ALTO COSTO, a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., tiene el carácter de antijurídico, por ser violatorio de la Ley 1438 de 2011.

Primera subsidiaria de la décima: Que se DECLARE que, el daño patrimonial causado a la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADADA, con ocasión del CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, específicamente el sistema de **pago por capitación**, para la atención de los niveles II, III y ALTO COSTO, a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., tiene el carácter de antijurídico, por ser violatorio del numeral 1 del artículo 52 la Ley 1438 de 2011.

Décima primera: Que se DECLARE que, el daño patrimonial causado a la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADADA, con ocasión del CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, específicamente el sistema de **pago por capitación**, para la atención de los niveles II, III y ALTO COSTO, a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., consistió en disminución patrimonial, la prolongación de la misma y ganancia, beneficio y provecho dejados de percibir.

Décima segunda: Que se DECLARE que, El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, tiene la obligación jurídica de reparar el daño patrimonial causado a la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADADA, por disminución patrimonial, la prolongación de la misma y ganancia, beneficio y provecho dejados de percibir con ocasión de la ejecución del CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013.

Restitutorias.

Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENE el siguiente sistema de REPARACION PATRIMONIAL del daño antijurídico:

Décima tercera. El reconocimiento y pago, a título de daño emergente, de los valores sufragados por EL CONTRATISTA SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.

VS

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADA, para la prestación de los servicios de nivel II, en el monto que resulten probados.

Décima cuarta. *Se reconozca y ordene el pago del interés por mora, a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel II, correspondiente a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 y/o las normas que modifiquen y complementen, conforme aparezca probado en el trámite arbitral.*

Primera subsidiaria de la Décima cuarta. *Se reconozca y ordene el pago del interés por mora, a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel II, correspondiente al doble del interés legal civil, según lo señala el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1617 del Código Civil, conforme aparezca probado en el trámite arbitral.*

Décima quinta. *El reconocimiento y pago, a título de daño emergente, de los valores sufragados por EL CONTRATISTA SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADA, para la prestación de los servicios de nivel III, en el monto que resulten probados.*

Décima sexta. *Se reconozca y ordene el pago del interés por mora, a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel III, correspondiente a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 y/o las normas que modifiquen y complementen, conforme aparezca probado en el trámite arbitral.*

Primera subsidiaria de la Décima sexta. *Se reconozca y ordene el pago del interés por mora, a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel III, correspondiente al doble del interés legal civil, según lo señala el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1617 del Código Civil, conforme aparezca probado en el trámite arbitral.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Décima séptima. El reconocimiento y pago, a título de daño emergente, de los valores sufragados por EL CONTRATISTA SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., hoy SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A LIQUIDADADA, para la prestación de los servicios de nivel ALTO COSTO, en el monto que resulten probados.

Décima octava. Se reconozca y ordene el pago del interés por mora, a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel ALTO COSTO, correspondiente a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 y/o las normas que modifiquen y complementen, conforme aparezca probado en el trámite arbitral.

Primera subsidiaria de la Décima octava. Se reconozca y ordene el pago del interés por mora, a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel ALTO COSTO, correspondiente al doble del interés legal civil, según lo señala el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1617 del Código Civil, conforme aparezca probado en el trámite arbitral.

Décima novena. Que, en virtud de los principios de los principios de reparación integral, equidad y reajuste actuarial, SE ORDENE la indexación de las sumas reconocidas, a título de daño emergente, por la prestación de los servicios de nivel II, III y ALTO COSTO, conforme al índice de Precios al Consumidor -IPC- certificados por el DANE, desde el momento de su causación hasta la fecha de la sentencia.

Vigésima. Que se ORDENE el pago de las costas y agencias en derecho, conforme lo establecen las normas procesales.

8.2 Hechos de la demanda arbitral

Los hechos que soportan las pretensiones que en el siguiente numeral se transcriben, están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral, así:

“HECHOS

1.- Relativos a la celebración del contrato 023 de 2013 y su prórroga.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.

VS

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

1.1.- *Mediante el Decreto 1591 de 1989, “...se crea el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se dictan normas para su organización y funcionamiento”. Conforme al artículo 2, le corresponde a esta entidad, como parte de su objeto, “Organizar y administrar las prestaciones asistenciales a que tengan derecho los empleados y los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación”. Para tal efecto, podrá contratar la prestación de estos servicios asistenciales.*

1.2.- *Evaluadas las ofertas y cumplidas las actuaciones de ley, el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, mediante Resolución 0518 de febrero 15 de 2013, adjudicó el Contrato para la Prestación del Servicio Integral de Salud en la Regional o División Pacífico al proponente SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A.*

1.2.- *Entre el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (En adelante EL FONDO), a través de su director JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA, y LA CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A (En adelante EL CONTRATISTA), través de su representante legal, señor LUIS ENRIQUE OCAMPO MARIN, celebraron el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, para la Prestación del Servicio Integral de Salud para los pensionados y beneficiarios adscritos a los programas de ferrocarriles y puertos de la Regional Pacífico. (Anexo 01).*

1.2.1.- *El objeto del contrato, conforme a la cláusula primera, era el siguiente: prestación de servicios integrales de salud, bajo la modalidad de pago por unidad de capitación, con sujeción al plan obligatorio de salud y al plan de atención convencional, tal y como fueron definidos en el pliego de condiciones, y en la propuesta del contratista, de acuerdo a la base de datos de la población actualizada a 30 de noviembre de 2012.*

1.2.2.- *Conforme al párrafo primero, la población usuaria incluía “el grupo familiar que el pensionado afilie”. En tal caso, esta población sería beneficiaria de los servicios de plan obligatorio de salud POS.*

1.2.3.- *Conforme al párrafo segundo, no se pagaría suma alguna por concepto de usuarios en periodo de protección laboral, en razón a que el 93 % de la UPC de estos usuarios, era pagada al contratista dentro de la etapa de compensación. Por ello, no se podía alegar esta situación como circunstancia de desequilibrio económico.*

1.3.- *En la cláusula segunda, sobre valor del contrato, se previó que:*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

1.3.1.- *El valor era de VEINTISIETE MIL CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS (\$27.182.422.404.00), calculados de la siguiente forma:*

1.3.1.1.- *El Plan Obligatorio de Salud POS, correspondería a CATORCE MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS MILLONES VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$ 14.523.028.819.00), suma que salía de multiplicar el valor persona/mes, que era igual a la sumatoria del valor del 93 % de la UPC por grupo etario, fijada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Para tal efecto, se calculó la cantidad de usuarios, Regional Pacífico, Programa Ferrocarriles y Puertos, a 30 de noviembre de 2012 en 13.334 personas.*

1.3.1.2.- *El Plan de Atención Convencional -PAC-, correspondería a la suma de DOCE MIL SETENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS (\$12.078.541.560.00), suma que salía de multiplicar el número de afiliados y beneficiarios con derecho a este plan, así reconocidos por el FONDO, teniendo en el grupo etario de cada uno.*

1.3.1.3. *En el párrafo primero, el FONDO previó una cláusula mediante la cual la variación en la cantidad de población usuaria y beneficiaria, no sería considerada una circunstancia constitutiva de desequilibrio económico.*

1.3.1.4. *En el párrafo segundo, el FONDO previó una cláusula mediante la cual la variación o modificación en la UPC, por parte del Ministerio de Salud, así como lo concerniente al Plan de Beneficios que forman del POS y del PAC, no servirían para alegar desequilibrio económico a favor del contratista.*

1.4.- *Frente a la forma de pago, la cláusula cuarta previó las siguientes reglas:*

1.4.1.- *Por concepto de Plan Obligatorio de Salud -POS-, se previó que, el valor total del periodo mensual, sería el resultado de calcular el 93 % de la UPC per cápita, multiplicado por el número de usuarios aprobados en los procesos de compensación.*

1.4.2.- *Por concepto de Plan de Atención Convencional -PAC-, se previó que, el valor total del contrato correspondería a los servicios que estaban incluidos en el Plan de Beneficios adicionales, no cubiertos por el POS. El valor del PAC sería el resultado de multiplicar el número de usuarios beneficiarios del PAC en cada periodo, por el valor vigente establecido para el PAC, según el grupo etario correspondiente.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.

VS

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

1.5.- En la cláusula tercera, sobre el plazo del contrato, se previó que: “El presente contrato tendrá un plazo inicial de diez (10) meses, contados a partir del día primero (1) de marzo y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2013, inclusive. El presente contrato estará vigente por el plazo de ejecución y seis (6) meses más, todo lo cual se contará a partir de la fecha en que sea suscrita el acta de inicio entre EL CONTRATISTA y EL FONDO.

1.6.- Mediante Otrosí No. 01 modificadorio del primero (1) de agosto de 2013, se amplió la cláusula segunda sobre valor del contrato.

1.7.- Mediante Otrosí No. 03 modificadorio del veintitrés (23) de diciembre de 2013, se amplió la cláusula segunda sobre valor del contrato y se amplió el plazo del contrato, en el sentido de extenderlo del primero (1) de enero de 2014, al treinta y uno (31) de marzo de 2014, inclusive.

2.- Relativos a la ejecución del contrato (y constitutivos del daño antijurídico).

2.1.- Durante la ejecución del contrato, la CLÍNICA SANTIAGO DE CALI, en calidad de contratista, prestó a los afiliados a EL FONDO, los servicios de nivel II, III y ALTO COSTO, en cumplimiento del Contrato 023 de 2013 y de su prórroga, conforme iban siendo requeridos, a pesar de que el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, señala que, por el sistema de pago por capitación, únicamente se puede contratar la prestación de los servicios de nivel I. Sin embargo, a pesar de que esta estipulación contractual, vulneraba el orden público, y llevaba a EL CONTRATISTA a un nivel de pérdida por daño antijurídico, se continuó con la prestación oportuna del servicio.

2.2.- La prestación por parte de EL CONTRATISTA de los servicios de nivel II, le generó un daño antijurídico, en calidad de DAÑO EMERGENTE, conformado por los recursos que tuvo que utilizar para la prestación del servicio, por valor de cuatro mil novecientos setenta y seis millones trescientos cuarenta y nueve mil treinta y dos pesos M/Cte. (\$4.976.349.032).

2.2.1. La prestación por parte de EL CONTRATISTA de los servicios de nivel II, le generó un daño antijurídico, en calidad de LUCRO CESANTE, causado por el rendimiento financiero dejado de percibir por los recursos utilizados para la prestación de los servicios de nivel II, equivalente, en los términos del artículo 1617 del Código Civil, al doble del interés legal, es decir, del doce por ciento

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

anual. Su liquidación se presentará en el acápite sobre estimación razonada de la cuantía.

2.3. *La prestación por parte de EL CONTRATISTA de los servicios de nivel III, le generó un daño antijurídico, en calidad de DAÑO EMERGENTE, conformado por los recursos que tuvo que utilizar para la prestación del servicio, por valor de cinco mil novecientos treinta y seis millones trescientos ochenta y nueve mil sesenta y un pesos M/Cte. (\$5.936.389.061).*

2.3.1.- *La prestación por parte de EL CONTRATISTA de los servicios de nivel III, le generó un daño antijurídico, en calidad de LUCRO CESANTE, causado por el rendimiento financiero dejado de percibir por los recursos utilizados para la prestación de los servicios de nivel III, equivalente, en los términos del artículo 1617 del Código Civil, al doble del interés legal, es decir, del doce por ciento anual. Su liquidación se presentará en el acápite sobre estimación razonada de la cuantía.*

2.4.- *La prestación por parte de EL CONTRATISTA de los servicios de ALTO COSTO, le generó un daño antijurídico, en calidad de DAÑO EMERGENTE, conformado por los recursos que tuvo que utilizar para la prestación del servicio, por valor de cuatro mil novecientos cincuenta millones noventa mil treinta y cuatro pesos M/Cte. (\$4.950.090.034).*

2.4.1.- *La prestación por parte de EL CONTRATISTA de los servicios de ALTO COSTO, le generó un daño antijurídico, en calidad de LUCRO CESANTE, causado por el rendimiento financiero dejado de percibir por los recursos utilizados para la prestación de los servicios de ALTO COSTO, equivalente, en los términos del artículo 1617 del Código Civil, al doble del interés legal, es decir, del doce por ciento anual. Su liquidación se presentará en el acápite sobre estimación razonada de la cuantía.*

3.- Relativos a la liquidación del contrato.

3.1.- *El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a través de la Resolución No 2513 del 30 de septiembre de 2014, liquidó unilateralmente el contrato No 023 de 2013 (Anexo 02). Las reglas de la liquidación fueron las siguientes:*

3.1.1.- *En la cláusula primera, se ordenó liquidar unilateralmente el contrato No 023 de 2013.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.

VS

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

3.1.2. En la cláusula segunda, se declaró el balance general de la carga obligacional del contrato No 023 de 2013. Se concluyó que no existía saldo por pagar a favor del contratista y se hizo otras declaraciones comunes en este tipo de liquidaciones.

3.1.3. En la cláusula sexta, se señaló que, contra dicha resolución, procedía el recurso de reposición en los términos de la Ley 1437 de 2011.

3.1.4. Contra la Resolución No 2513 del 30 de septiembre de 2014, se presentó el recurso de reposición. (Anexo 01).

3.1.5.- El anterior recurso fue negado por la entidad mediante Resolución No. 3051 de 2014.

3.2. En la liquidación unilateral del contrato No 023 de 2013, hecha mediante Resolución No 2513 del 30 de septiembre de 2014, no se incluyó el reconocimiento y pago por la prestación de los servicios de los niveles II, III y ALTO COSTO, a pesar de que, en los términos del numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, estos no se pueden incluir en la modalidad de pago por capitación.

4.- Relativos al proceso de liquidación forzosa. (Anexo 03)

4.1.- Ante el detrimento patrimonial causado por la prestación de los servicios de nivel II, III y ALTO COSTO, bajo el sistema de pago por capitación, en contravía de lo previsto en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, se solicitó la admisión al proceso de insolvencia empresarial de reorganización empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, como consecuencia de la celebración del contrato de prestación de servicios con el FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

4.1.1.- Por medio del memorial de fecha 5 de julio de 2016, identificado con el número de radicación 2016-03-011165, el representante legal de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., presentó la solicitud de admisión al proceso de reorganización empresarial, en los términos de la Ley 1116 de 2006. (Anexo 3.1.)

4.1.2.- En la solicitud, los hechos y en las memorias sobre las causas de la crisis se estableció la causalidad de la crisis económica de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. por la ejecución del contrato de prestación de servicios

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

celebrado con FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

4.1.3.- *En el Auto 400-013211 de fecha 2 de septiembre de 2016, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia admitió a la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., al proceso de reorganización empresarial en los términos y formalidades de la Ley 1116 de 2006. (Anexo 3.2.)*

4.1.4.- *A través del escrito presentado en la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, e identificados con los números de radicación 2017-01-033013, el promotor de la concursada presentó el proyecto de graduación y calificación de créditos y asignación de derechos de voto. (Anexo 3.3.).*

4.1.5.- *A través del Auto proferido en la audiencia de resolución de objeciones, reconocimiento, calificación y graduación de créditos y asignación de derechos de voto, celebrada el día 10 de julio de 2017, el Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia, aprobó los allanamientos presentados, aceptó las conciliaciones presentadas, resolvió las objeciones formuladas por los acreedores, aprobó la calificación y graduación de créditos y asignación de derechos de voto presentada por el Promotor, entre otras disposiciones. (Anexo 3.4.).*

4.1.6.- *El promotor y el representante legal de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. presentaron el acuerdo de reorganización ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, el día 10 de noviembre de 2017, bajo el número 2017-03-017275. (Anexo 3.5.).*

4.1.7.- *En audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización empresarial, celebrada el día 21 de febrero de 2018, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES decidió no confirmar el acuerdo de reorganización empresarial e iniciar el trámite de liquidación por adjudicación, la cual obra en el Acta 430-000358 del 26 de febrero de 2018. (Anexo 3.6.).*

4.1.8.- *En el Auto 400-003017 del 27 de febrero de 2018, se designó al liquidador del proceso de liquidación por adjudicación de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO CALI S.A. (Anexo 3.7.).*

4.1.9.- *El Liquidador el día 15 de abril de 2021, presentó ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, el memorial 2021-01-142253,*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

contentivo del acuerdo de adjudicación de bienes del proceso de liquidación por adjudicación de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. (Anexo 3.8.).

4.1.10.- La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, en providencia dictada en audiencia celebrada el día 23 de junio de 2021, bajo el consecutivo 427-000901 del 24 de junio de 2021, confirmó el acuerdo de adjudicación de bienes presentado por el Liquidador. (Anexo 3.9.).

4.1.11.- El Liquidador en el escrito de fecha 9 de julio de 2021, identificado con el número 2021-01-444493, presentó el proyecto de readjudicación de bienes, de conformidad con lo ordenado en la audiencia celebrada el día 23 de junio de 2021. (Anexo 3.10).

4.1.12.- La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en el Auto 427-008934, aprobó la readjudicación de bienes presentada por el Liquidador de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. (Anexo 3.11.).

4.2.- De conformidad con lo anterior, los activos de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., no alcanzaron para satisfacer la totalidad de los créditos presentados a los procesos de insolvencia empresarial que cursó la compañía y tampoco para el pago de los accionistas de esa empresa, quienes, como consecuencia de la liquidación unilateral del contrato con el FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, perdieron la sociedad y todos los activos.

4.3.- La SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., fue liquidada. En consecuencia, la legitimación para la presente demanda recae directamente en quienes tenían la condición de socios”.

9. Contestación de la Demanda Arbitral y Excepciones propuestas

El apoderado judicial del **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, en la contestación de la demanda arbitral, allegada al expediente en forma y término, se opone a cada una de las pretensiones elevadas en el libelo demandatorio. Adicional a ello, se opuso a la prosperidad de las mismas conforme lo expuesto en objeción al juramento estimatorio.

Respecto de los hechos de la demanda arbitral, hace referencia a cada uno de ellos, indicando si son ciertos o no, conforme a las pruebas que obran en el expediente y a las que pretende aportar con el escrito de la contestación de la misma.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Las excepciones propuestas por el apoderado judicial del **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, según la contestación a la demanda, son las siguientes:

Excepciones Previas

- Falta de jurisdicción.
- Falta de competencia.
- Inexistencia del demandante.
- Indebida representación del demandante.
- Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.
- Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.
- No haberse presentado prueba de la calidad en que actúa el demandante.

Excepciones de Mérito.

- Prescripción.
- Cobro de lo no debido.
- Buena fe.
- Presunción de legalidad de los actos administrativos.

10. Las pruebas decretadas y practicadas

10.1 Pruebas solicitadas por la Convocante

Pruebas documentales

Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados por esta parte con la demanda arbitral presentada el quince (15) de febrero de 2022, así:

- Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, para la Prestación del Servicio Integral de Salud para los pensionados y beneficiarios adscritos a los programas de ferrocarriles y puertos de la Regional Pacífico. (Anexo 01).
- RIPS (Anexo 1.1.)
- Resolución No 2513 del 30 de septiembre de 2014, por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato No 023 de 2013. (Anexo 02).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

- Documentos relativos al proceso de reorganización empresarial. (Anexo 03).

Dictamen Pericial

El apoderado judicial de la parte convocante solicitó al Tribunal Arbitral, decretar, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, la práctica de una Prueba pericial por **Experto Financiero**, el cual debería pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

1. Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel II en el contrato 023 de 2013 y su prórroga.
2. Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel II en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud.
3. Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel III en el contrato 023 de 2013 y su prórroga.
4. Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel III en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud.
5. Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel ALTO COSTO en el contrato 023 de 2013 y su prórroga.
6. Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel ALTO COSTO en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud.
7. La indexación de las sumas sobre las que corresponda.
8. Los demás aspectos que el honorable tribunal arbitral encuentre pertinentes y conducentes.

Para rendir el dictamen pericial el Tribunal designó al Administrador de Empresas, Doctor **Argelio Javier Cardona Arias**, identificado con la cédula de ciudadanía No. **72.224.807** de Barranquilla y Tarjeta Profesional No. **38593** del Consejo Profesional de Administración de Empresas, ubicado en la Carrera 57 No. 94-73 Apartamento 8ª Barranquilla, Atlántico. Correo electrónico: ajcardonaa@gmail.com

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

El dictamen financiero fue allegado al expediente por parte del Perito Financiero, el día **trece (13) de julio de 2022**, del cual se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de tres (3) días, quienes guardaron silencio al respecto.

10.2 Pruebas solicitadas por la Convocada

Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados por esta parte con la demanda arbitral presentada el diecinueve (19) de mayo de 2022, así:

Pruebas documentales

Carpetas Soportes Contractuales:

- a) Certificado etapa precontractual.
- b) Formato solicitud de trámite de contratación y estudios previos.
- c) Certificado de cámara de comercio para el año 2013.
- d) Asamblea de autorización al representante legal para suscribir contrato con el fondo de pasivo social.
- e) Copia cedula y antecedentes representante legal de la Clínica.
- f) Carta de presentación de la propuesta
- g) Rut.
- h) Certificado de contraloría
- i) Certificado de servicios habilitados a la clínica Santiago de Cali.
- j) Habilitación como prestador de salud de la Clínica Santiago de Cali.
- k) Seguro cumplimiento póliza
- l) Póliza de cumplimiento la previsor.
- m) Certificado de pago póliza.
- n) Certificación de pago seguridad social y parafiscales
- o) Manifestación de interés en particular dentro de selección abreviada
- p) Certificación bancaria
- q) Resolución 518 de 2013
- r) Certificado de disponibilidad presupuestal
- s) Póliza de seguro
- t) Contrato de prestación de servicios 023 de 2013
- u) Designación supervisión
- v) Remisión otrosí modificatoria.
- w) Remisión otrosí modificatorio.
- x) Póliza de cumplimiento otrosí
- y) Póliza de responsabilidad civil
- z) Aprobación de póliza

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

- aa)** Certificados de pago de seguridad social
- bb)** Planillas seguridad social
- cc)** Respuesta a solicitud cláusula de indemnidad
- dd)** Certificado de pagos seguridad social
- ee)** Ajuste contratos de salud
- ff)** Alcances memorandos
- gg)** Adición otrosí modificatoria
- hh)** Pólizas de cumplimiento Otros
- ii)** Póliza de responsabilidad civil
- jj)** Seguro de cumplimiento
- kk)** Certificación de pagos
- ll)** Certificado revisor fiscal Clínica Santiago de Cali
- mm)** Certificado de pagos seguridad social
- nn)** Certificado revisor fiscal
- oo)** Certificado pagos seguridad social
- pp)** Remisión otrosí
- qq)** Certificado pagos seguridad social
- rr)** Certificado pago de pólizas
- ss)** Seguro de cumplimiento
- tt)** Seguro de responsabilidad civil
- uu)** Designación de supervisión
- vv)** Certificado de pagos de seguridad social
- ww)** Certificado revisor fiscal
- xx)** Adición contratos de prestación de servicios de salud
- yy)** Certificado servicios médicos
- zz)** Otrosí modificatorio número 03
- aaa)** Póliza responsabilidad civil
- bbb)** Póliza de cumplimiento
- ccc)** Aprobación de póliza
- ddd)** Remisión otrosí
- eee)** Certificado pagos de seguridad social
- fff)** Certificado revisor fiscal
- ggg)** Resolución 0953 del 23 de abril de 2014 por medio de la cual se impone una multa
- hhh)** Liquidación del contrato 023
- iii)** Resumen saldos a cancelar
- jjj)** Resolución 2513 de fecha 30 de septiembre de 2014, ordena la liquidación unilateral del cto.
- kkk)** Recurso de reposición contra Resolución 2513 de fecha 30 de septiembre de 2014, ordena la liquidación unilateral del cto.
- lll)** Poder reposición

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

mmm) Resolución 3050 del 3 de diciembre de 2014 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición.

Documentos Anexos:

nnn) Copia del Expediente Administrativo completa del Contrato 023 de 2011 suscrito con la Clínica Santiago de Cali, el cual anexo.

ooo) Copia electrónica complemento del expediente administrativo

ppp) Actas de los procedimientos administrativos agotados por la Supersalud.

qqq) Actas de los procedimientos administrativos agotados por la Superintendencia de Sociedades.

rrr) Expediente administrativo sanciones del contrato 023.

sss) Noticias de la crisis afrontada por la Clínica Santiago de Cali.

Respecto de la solicitud de oficios dirigidos a la Superintendencia de Salud y a la Superintendencia de Sociedades, realizada en la contestación de la demanda arbitral, el Tribunal Arbitral negó el decreto de estas pruebas solicitadas, por cuanto no cumplían con la carga establecida con el artículo 167 del C.G.P. en concordancia con el artículo 78 numeral 10º ibídem, tal como consta en Auto No. 8 del veintiocho (28) de junio de 2022, donde el Tribunal Arbitral fue enfático en recordar a las partes la noción de carga de la prueba, la cual es una figura procesal que le permite a cada parte aportar los elementos de prueba con los que pretenda acreditar los hechos que se alegan con la demanda o se reprochan en la contestación y sus excepciones. En palabras de la Corte Constitucional, en Sentencia T-733 de 2013, se establece que “la carga de la prueba es la obligación de “probar”, *“el deber procesal de una parte, de probar la existencia o no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría como consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”*.

11. Alegatos de Conclusión

En la audiencia celebrada el veintinueve (29) de julio de 2022, los apoderados de las partes presentaron al Tribunal sus respectivos alegatos de conclusión de manera verbal y el apoderado judicial de la parte convocante, remitió a través de correo electrónico los mismos en físico, documento que fue anexado al expediente (Acta No. 6).

Con el fin de reconocer y contextualizar la posición final de los extremos litigiosos frente a las controversias que deben desatarse en este Laudo, el Tribunal hace a continuación indicación de las conclusiones de las alegaciones de los señores apoderados de las Partes y del señor representante del Ministerio Público sin

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

pretender minimizar, trivializar o banalizar los amplios, juiciosos y respetables argumentos que expusieron en la audiencia que para ese preciso efecto programó y realizó el Tribunal.

11.1 Alegatos de la Parte Convocante

En su alegato, el apoderado judicial de la parte Convocante expuso concretamente los puntos materia de la controversia sometida a la decisión del Tribunal, en los que, después de hacer un análisis de las consideraciones y régimen jurídicos relevantes aplicables al caso concreto, se refirió a los hechos en que se sustentan las pretensiones de la demanda, frente a lo cual planteó las siguientes conclusiones:

“(…) 1.4. CONCLUSIONES

De las etapas procesales surtidas y pruebas aportadas, decretadas y practicadas por el Tribunal de Arbitramento, se puede concluir lo siguiente:

- *Existió el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD 023 suscrito entre el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES y la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA.*
- *El CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD 023 tuvo como objeto la prestación de servicios de salud de la población que se encontraba afiliada al FONDO DE PASIVO DE SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, lo que incluyó la prestación de servicios de salud de los niveles I, II, III y ALTO COSTO.*
- *La forma de pago del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD 023 fue el pago por capitación para la atención de los niveles I, II, III y ALTO COSTO.*
- *El FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA incurrió en violación de la Ley 1438 de 2011 y de la sentencia C-197 de 2012 (sobre pago por capitación) de la Corte Constitucional, cuando incluyó, tanto en los pliegos de condiciones como en el contrato 023 de 2013, la modalidad de pago por capitación de los servicios de salud de los niveles II, III y ALTO COSTO, previstos en el CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIOS DE SALUD.*
- *La violación de la Ley 1438 de 2011 y de la sentencia C-197 de 2012, generó un daño antijurídico (daño emergente y lucro cesante), causado a la Contratista por la prestación de los servicios de salud en los niveles II, III y ALTO COSTO, el cual asciende a la suma de \$58.578.264.789 (correspondiente a capital e intereses causados al 30 de junio de 2022).*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

- *La controversia contractual planteada con la demanda se encuentra regulada en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, en el que se dispone que para reclamar la reparación de los daños es de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos, por lo que el término de caducidad no ha operado.*
- *Los Convocantes en su condición de accionistas poseen legitimidad en la causa para pretender y recibir la reparación patrimonial del daño antijurídico, generado con la suscripción, ejecución y liquidación del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013.*

1.5.SOLICITUDES

En virtud de lo expuesto en este documento y de los hechos y pretensiones probados en el curso del trámite del proceso arbitral, respetuosamente, se le solicita al Tribunal de Arbitramento:

Primero: *Que se **DECLAREN PROBADAS** las pretensiones de la demanda.*

Segundo: *Que como consecuencia de lo anterior, se **NIEGUEN** las excepciones formuladas en la contestación de la demanda.*

Tercero: *Que se **CONDENE** al FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a pagar el daño antijurídico (daño emergente y lucro cesante) a favor de los Convocantes, en la suma de **\$58.578.264.789**, advirtiendo que el valor de los intereses se encuentran liquidados al 30 de junio de 2022, los cuales deben ser actualizados hasta la fecha efectiva de pago.*

Cuarto: *Que se **CONDENE** al FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago de las **COSTAS** del proceso arbitral, incluyendo pero sin limitarse, al valor total de los costos, gastos y honorarios del Tribunal de Arbitramento, los honorarios del perito, el valor de los honorarios del apoderado de los Convocantes, entre otros que se consideren pertinentes, de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado, en la sentencia del 19 de noviembre de 2020, con número de radicación 11001-03-26-000-2020-00033-00(65854)*

Quinto: *Que se **CONDENE** al FONDO DE PASIVOS DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago de las **AGENCIAS EN DERECHO** en un porcentaje equivalente al 15%, teniendo en cuenta la solicitud de nulidad y los recursos presentados por la parte Convocada, los cuales fueron fallados negativamente y de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura (...)"*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

11.2 Alegatos de la Parte Convocada

En su alegato, el apoderado judicial de la parte Convocada expuso concretamente los puntos materia de la controversia sometida a la decisión del Tribunal, en los que, después de hacer un análisis de las consideraciones y régimen jurídicos relevantes aplicables al caso concreto, se refirió a los hechos en que se sustentan las pretensiones de la demanda, frente a lo cual planteó las siguientes conclusiones:

“(…)el contrato suscrito con la Clínica de Santiago de Cali y el Fondo Pasivo Social genera unos presuntos daños patrimoniales en cabeza del de la Clínica Santiago de Cali, pero si se revisa el documento en ningún momento hay una derivación de ese daño patrimonial en cabeza de manera individual y de manera personal en cada uno de los asociados de la Clínica Santiago de Cali, digo asociados, porque para el año 2013 ellos eran asociados y en este momento eran sí eran representantes y sí eran, si eran jurídicamente personas válidas para realizar actividades, si bien es cierto no en representación de la entidad, si como como personal adscrito, como personal y propietario de la Clínica Santiago de Cali y en ese momento tenían poder de decisión frente a los lineamientos que debía tomar la Clínica Santiago de Cali, tanto de decisiones gerenciales como administrativas, y no lo realizaron señor juez, ahora en ningún momento el dictamen pericial establece que exista un daño patrimonial en cabeza de cada uno de los convocantes, mucho menos se encuentra un documento válido desde la contestación que permita determinar que por ser asociado sufrió un daño patrimonial en calidad de persona natural, como como está realizando la convocatoria, reiteró usted, al momento de terminarse la liquidación también termina la calidad de asociado con un pago cuando se le devuelven del ejercicio el pago de todos los acreedores de la liquidación o cuando definitivamente no hay lugar para resarcir a los asociados dinero algunos sin embargo, sin embargo, con la radicación del acta final de la liquidación, la calidad de asociados desaparece porque todos los efectos jurídicos que generaba dicha entidad ya no son, ya no son oponibles ante terceros y todos los derechos derivados del ejercicio de esa actividad comercial que desarrollaba la sociedad de la cual yo hacía parte, tampoco pueden ser oponibles y tampoco pueden generar beneficios a menos que se encuentren consagrados dentro de los mismos documentos que han terminación cierre y archivo al proceso de liquidación. Al momento de revisar también el contrato, se realiza con la clínica Santiago de Cali, es decir, en ningún momento hay una relación de carácter contractual de las personas naturales que convocan frente al Fondo de Pasivo Social, en ningún momento hay un pago que haya hecho el Fondo de Pasivo Social por servicios a ninguno de los convocantes y tampoco existe ningún tipo de nexo jurídico que pueda vincular a los convocantes con el Fondo o con el contrato en mención que se está suscribiendo acá. Por último, señores árbitros, manifestar a ustedes que reitero todas las excepciones planteadas en la contestación de la demanda, reitero la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

excepción de inexistencia de la calidad que alega ostentar el demandante, reitero que no existe ningún tipo de daño patrimonial, situación que se encuentra ya acreditada con el documento que se aporta y es que si existió un presunto daño patrimonial o en el caso de materializarse algún tipo de descalabro financiero dentro de la suscripción y desarrollo de la relación contractual del fondo de pasivo social, se encuentra acreditado que fue con la Clínica Santiago de Cali y reitero dicha situación no invalida que la clínica se encuentra liquidada, no invalida el proceso de liquidación y no invalida que la Clínica en este momento no pueda ser sujeto de derechos y obligaciones, mucho menos, que pueda transferir efectos jurídicos para que reclamen terceros, a menos que se encuentren acreditadas dentro de la el acta de cierre de la liquidación situación que en este momento no se encuentra acreditada es decir no podría generarse un derecho en cabeza de los reclamantes derivado de un presunto detrimento patrimonial de la que fue sujeta a la Clínica Santiago de Cali, manifiesto eso en gracia de discusión. Una vez se termina la liquidación se cancelan los asientos registrales que tiene una sociedad y esto conlleva no sólo a la extinción de la sociedad, conlleva la extinción de las calidades que tenían todas las personas que actuaron dentro de la extinta la figura social.

En ese sentido señores árbitros, planteo los alegatos del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, ruego sean tenidos en cuenta las excepciones planteadas y sea declarada la exoneración de responsabilidad de la entidad que representó.”

11.3 Concepto Final del Ministerio Público

El Ministerio Público previo a dar su concepto sobre el caso en concreto y a dar una conclusión respecto del presente trámite arbitral, realiza un análisis respecto de los antecedentes del proceso sobre la competencia del tribunal, las partes, las pretensiones, actuaciones procesales, excepciones previas y de mérito propuestas, la realidad contractual y concreción de las diferencias Inter partes. Finalmente, en emite el concepto final en el sentido de manifestar al Tribunal Arbitral, que realiza la siguiente:

“(…) De conformidad con lo expuesto, de manera respetosa este agente solicita:

1.- ACCEDER a las pretensiones declarativas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera y décima segunda de la demanda, conforme a la parte considerativa de este concepto.

2.- ACCEDER a las pretensiones restitutorias decima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima y décima octava de la demanda, conforme a la parte considerativa de este concepto. En todo caso, la condena será por el valor

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

señalado en el peritaje y no en la demanda, ya que, tanto la parte convocada como el Ministerio Público objetaron el juramento estimatorio, lo cual habilita a este tribunal a condenar por encima de lo pedido.

3.- NO ACCEDER a la pretensión décima novena, ya que la indexación está incluida dentro del interés de mora.

4.- ACCEDER a la pretensión vigésima, relativo a la condena en costas, conforme a la parte considerativa de este concepto.

5.- NO ACCEDER a las excepciones previas y de mérito formuladas por la parte demandada”

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Presupuestos Procesales

1.1 Primer Presupuesto: La Competencia del Tribunal Arbitral

La competencia del Tribunal para conocer de este negocio está determinada por la Cláusula Compromisoria, contenida en el Compromiso Arbitral suscrito por las partes el día veinte (20) de enero de 2022, (Archivo contenido en el Cuaderno Principal No. 1-1.3 Anexos Corrección Demanda del Expediente Digital). La transcripción textual del compromiso arbitral, aparece en el apartado 5 de la parte inicial o introductoria de este laudo.

1.1.1 El compromiso arbitral y las pretensiones de la demanda

Este es un proceso que se ha originado con la demanda propuesta por los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, del quince (15) de febrero de 2022, contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, parte convocada, en el que se controvierte el incumplimiento del Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013 a través de arbitraje, como puede verse en el apartado correspondiente de la Demanda, corregida, visible en el Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital, que no es menester reproducir aquí, y de la solicitud al reconocimiento y pago de intereses moratorios y la indemnización de perjuicios, por daño emergente y lucro cesante contra la parte demandada, lo cual está conforme a las Pretensiones de la demanda, y que fueron ya transcritas.

1.1.2 La fijación del alcance del compromiso arbitral

Como se tiene sabido, la fijación del alcance de este compromiso arbitral es determinante para que los árbitros puedan fijar su competencia, y si ella es plena o parcial. Bajo este entendimiento, el Tribunal encuentra, hecha la constatación pertinente, que el asunto que motiva el arbitraje encaja dentro del ámbito material de contenido de la estipulación arbitral, como quiera que se refiere al contrato ya citado, donde está prevista, sin exceder su esfera, y que, se centra en el debate procesal de si la situación fáctica controvertida.

1.1.3 El término de duración del proceso arbitral

Según lo dispuesto por las Partes en el compromiso arbitral el término de duración del proceso es el establecido en la Ley 1563 de 2012.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se cumplió el veintiocho (28) de junio de 2022, el término del proceso se extiende hasta el **veintiocho (28) de diciembre del año 2022**, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

Por todo lo anterior, el Tribunal es *competente* para decidir la presente controversia ante la jurisdicción temporal y excepcional de los árbitros.

1.2 Segundo Presupuesto: El Contrato para la Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013.

Fundamentalmente son materia de la controversia planteada ante árbitros los aspectos atinentes al incumplimiento contractual y los presuntos perjuicios ocasionados con ello, señalados en la demanda corregida y en su contestación, referentes al Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013, celebrado entre la Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

La parte convocante ha discutido en el proceso que el Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013, fue incumplido por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y que específicamente dejaron de reconocerse los conceptos de pagos, que ya fueron transcritas.

De otro lado, la parte Convocada (Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia), mediante la respuesta a los hechos de la demanda, y con argumentaciones jurídicas en consonancia con su posición procesal, se opuso a todas las pretensiones formuladas, principales y subsidiarias, y formuló Excepciones Previas y de Mérito con base en los hechos discutidos y la sustentación jurídica que estimó conveniente a sus intereses procesales, para impedir la prosperidad de cada una de las pretensiones de la parte actora.

1.3 Tercer Presupuesto: La Demanda en Forma y los demás Presupuestos Procesales

La demanda original presentada fue corregida e integrada, siendo admitida por el Tribunal por Auto No. 2, de fecha diecinueve (19) de abril de 2022 y de ella se corrió traslado a la parte convocada. El Tribunal considera que la demanda corregida en virtud del artículo 93 del Código General del Proceso e integrada en un solo escrito el día once (11) de abril de 2022, es procedente, como lo sostuvo entonces, por haberse presentado con el cumplimiento de los requerimientos establecidos en los artículos 82

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

y siguientes del Código General del Proceso, conforme quedó motivado en el auto admisorio de la demanda (Auto No. 3 de fecha diecinueve (19) de abril de 2022).

La convocante y la convocada gozan de plena capacidad jurídica para tener la calidad de partes en este proceso, y además, tienen capacidad procesal para actuar y ejercer todos los actos adjetivos autorizados por la ley. A estas condiciones se agrega que la demanda y la contestación cumplen con los requisitos formales establecidos en la ley procesal, con lo cual se configuran los presupuestos procesales (de demanda y contestación en forma) que habilitan al Tribunal para tomar la decisión sobre la controversia sometida a su consideración.

1.4 Cuarto Presupuesto: Observancia de las Garantías Procesales

Estudiados los factores determinantes de la competencia y los presupuestos procesales, y habiendo hecho el Tribunal pronunciamiento acerca de los mismos, corresponde referirse a las **garantías procesales**, con el propósito de concluir sobre el adecuado trámite del proceso y el respeto a las garantías y derechos de carácter adjetivo que tienen los sujetos procesales durante el desarrollo de la *Litis*, teniendo siempre presente que el fin de las normas y garantías procesales es la efectividad de los derechos sustantivos de quienes concurren al proceso (artículo 12, 13 Y 14 C.G.P.), de lo cual se concluye que las normas procedimentales teleológicamente están dirigidas a garantizar los intereses concretos que corresponden a los litigantes. Siendo ello así, la actuación procesal está llamada a convertirse en una expresión de la jurisdicción que dota de legitimidad y eficacia no sólo la intervención del aparato judicial, en este caso, del excepcional y transitorio de los árbitros, sino también la actuación de quienes concurren como parte al proceso.

Como quiera que la actividad judicial es una manifestación de la jurisdicción (sea estatal o arbitral), las normas que la regulan son de obligatoria observancia, dado su carácter de orden público, y, por ende, de obligatorio cumplimiento, lo que descarta que el funcionario judicial y las partes puedan gobernar a su capricho la actuación procesal y el efecto de los actos ejecutados en el curso del proceso. Ello trae como consecuencia que el comportamiento del juez y la actuación de las partes procesales están regidos por reglas que la doctrina y la jurisprudencia consideran absolutas, inmediatas y obligatorias, y por garantías públicas fundamentales que constituyen principios tutelares de la función estatal de impartir justicia, de suerte tal que nadie puede ser condenado en un proceso mientras no haya sido vinculado y oído antes bajo las formas propias de cada juicio. Esto lleva al Tribunal a afirmar que, en el caso concreto de los árbitros, su actuación está sujeta al arreglo de normas adjetivas predeterminadas, y que la intervención de las partes en el debate litigioso tiene que surtirse de conformidad con las reglas de igual carácter a que ellas deben someter su

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

conducta, sin que sea posible a aquellos o a éstas alterar los ordenamientos reguladores de las formas procesales, porque, aunque lo debatido sea un interés entre contratantes, la aplicación de la justicia obedece a una función pública.

Habida cuenta de que la Constitución Nacional, el Código General del Proceso, el CPACA, la jurisprudencia y la doctrina, consagran y dan contenido a las garantías y derechos fundamentales de orden procedimental, el Tribunal procede a verificar que los mismos hayan sido atendidos y satisfechos en forma tal que pueda hablarse de la observancia plena de las formas propias del proceso arbitral, y del ejercicio del derecho de acción, defensa y contradicción, lo cual hace de la siguiente forma:

1.4.1 El debido proceso.

Se ha cumplido esta garantía sometiendo el proceso al procedimiento señalado por la ley para el proceso arbitral, de manera que no se evidencia inadecuación de trámite que pudiera generar una nulidad procesal, y, antes bien, se ha dado cumplimiento al precepto legal que dispone que se surta por esta vía la controversia deferida a los árbitros. De ello dan cuenta todas las piezas procesales de las partes (demanda, contestación, formulación de excepciones de fondo, etapa conciliatoria, práctica de pruebas, y alegaciones); las resoluciones proferidas por los árbitros para despachar aquellas actuaciones (auto admisorio de la demanda, notificaciones, traslados, cumplimiento de la etapa conciliatoria); decreto de pruebas a petición de parte y de oficio, y citación a alegaciones, etc., y en general las actuaciones surtidas en el curso de la instancia, lo que se traduce en la observancia plena de las etapas, formas y términos procesales.

1.4.2 El derecho de contradicción o de audiencia bilateral.

La parte actora o convocante ejerció legítimamente el derecho de acción, y la parte que fue convocada resultó vinculada al proceso mediante demanda en forma respecto de la cual se le dio el término legal de traslado para su comparecencia a la causa, y para el ejercicio de su derecho fundamental de defensa, del cual hizo uso en tiempo oportuno. En igual sentido ocurrió con el Ministerio Público, quien se vinculó al proceso por encontrarse como parte una entidad pública, a quien se le concedió también en debida forma el término legal de traslado para su comparecencia a la causa, y para el ejercicio de su derecho, del cual hizo uso en tiempo oportuno.

A las excepciones formuladas por la parte convocada se dio el traslado pertinente a la convocante y al Ministerio Público, para el ejercicio de su derecho a contradecir, y se decretaron las pruebas solicitadas para acreditar su configuración por ambas partes. Por ende, desde el comienzo en que se trabó en legal forma la relación jurídica

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

procesal, ambas partes fueron oídas en todas las etapas del proceso (conciliación, decreto y práctica de los medios probatorios, alegaciones, etc.); se les garantizó la posibilidad de contradecir la prueba en igualdad de condiciones y oportunidades (en particular la prueba pericial), y todas las decisiones adoptadas por los árbitros en las audiencias fueron puestas en conocimiento de la parte convocante y convocada para que pudieran ser impugnarlas en su debida oportunidad.

1.4.3 El principio preclusivo y de eventualidad.

Conforme al trámite que corresponde al proceso arbitral, en la instancia se observaron y surtieron todas las etapas o secciones que las reglas procesales fijan, lo que se tradujo en que los actos procesales de las partes y de los árbitros se cumplieran en los términos y oportunidades señalados por la ley procesal, de manera que agotada cada una de dichas etapas iba precluyendo su oportunidad, con lo que se revistió de seguridad al procedimiento y se atribuyó firmeza a las decisiones de los árbitros. Ambas partes gozaron de la oportunidad para atacar y defender sus posiciones en la etapa pertinente del proceso hasta el momento mismo de presentar sus alegaciones de conclusión, tuvieron libertad y discreción para adoptar posturas procesales, y asumir papel activo frente a su propio interés. Algunas peticiones de las partes fueron formuladas con la intención que tuvieran especial pronunciamiento en el laudo y a ellas se contraerá el presente fallo, caso de resultar pertinentes.

1.4.4 El principio del derecho de defensa

Por virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional, el derecho fundamental de defensa asiste a toda persona llamada a un proceso, en este caso, arbitral contencioso, declarativo y de condena, para hacerse parte en él, defender sus derechos subjetivos e intereses jurídico-patrimoniales, mediante la plenitud de formas propias del proceso, con las mismas oportunidades que la parte actora, garantía que se brindó plenamente a cada una de las partes. El Tribunal arbitral estima cumplido y observado este derecho fundamental, este orden constitucional.

Corolario de lo antes examinado es que las partes procesales:

- a) Gozaron de la garantía del debido proceso;
- b) Se les reconoció el derecho de contradicción o de audiencia bilateral;
- c) Tuvieron igualdad procesal;
- d) Ambas partes gozan de poder o facultad dispositiva procesal;
- e) El proceso se surtió en etapas preclusivas en las que intervinieron ambas partes, y
- f) Se garantizó y respetó el derecho al debido proceso, y de defensa.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

1.5 Exámen Acerca de las Nulidades Procesales

Se ocupa el Tribunal de examinar lo concerniente a las nulidades procesales en los siguientes términos:

Como se expuso en anterior acápite, en cada audiencia se preguntó a las partes si consideraban que se hubiere incurrido en alguna nulidad procesal, quedando la manifestación expresa de no haberse configurado ninguna nulidad. Sea lo primero dejar sentado que nuestro ordenamiento procesal general (C.G.P.) se acoge al sistema taxativo y restrictivo de las nulidades procesales, de manera que sólo tienen ese carácter las que expresamente prevé la ley.

No se generó ninguna causal de nulidad procesal en el curso de esta instancia. Sin embargo, la parte convocada en el escrito de la contestación de la demanda, propuso “MATERIALIZACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD” con base en lo dispuesto en el artículo 133 del Código General del Proceso numeral 4 “*Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder*”, haciendo referencia a tres aspectos especiales denominados “INEXISTENCIA DE PARTE CONVOCANTE”, “INOPONIBILIDAD DE COMPROMISO ARBITRAL” e “IMPROCEDIBILIDAD JURIDICA DEL OBJETO”. Solicitud de la cual en término, la parte convocante y el Ministerio Público se pronunciaron oponiéndose a la prosperidad de la misma.

El Tribunal Arbitral, por su parte, cuando resolvió asumir plena competencia para conocer del presente proceso, uno de los aspectos que debió estudiar a lo largo de las consideraciones del Auto No. 07 del veintiocho (28) de junio de 2022, fue la presunta materialización de causal de nulidad, para lo cual consideró lo siguiente:

*“(…)el Tribunal se referirá de manera general, respecto de los argumentos expuestos por la parte convocada en el escrito de contestación de la demanda, por cuanto los mismos se encuentran fundamentados en el argumento general de que la sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., por ser una empresa liquidada no es sujeto de derechos y por ende no podría haberse iniciado el presente trámite arbitral, advirtiendo para ello, en primer lugar, que la demanda arbitral fue promovida por los **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada**, a motuo propio y no en nombre y representación legal de la sociedad ya liquidada como mal lo encamina el apoderado de la pasiva, situación de la cual da cuenta los poderes otorgados, el certificado de revisor fiscal aportado con la demanda, el escrito de la demanda arbitral y el compromiso arbitral que da lugar a la existencia de la voluntad de las partes, de iniciar el presente proceso arbitral.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

*En segundo lugar, no puede el Tribunal Arbitral alejarse de lo que se encuentra consignado en el compromiso arbitral suscrito por las partes de mutuo acuerdo, tal como lo hace la convocada, quien manifiesta la inoponibilidad del pacto arbitral a su representada, cuando del estudio documental se desprende fácilmente y sin mayor esfuerzo probatorio y argumentativo, que el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, suscribió con los hoy convocantes, el compromiso de dirimir las controversias que susciten del Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013 a través de arbitraje. Además de ello, debe tenerse en cuenta que el compromiso abarcó las diferencias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, el cual, si bien es cierto fue suscrito inicialmente por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., el mismo representaba movimientos positivos y/o negativos en el patrimonio de los socios hoy convocantes, situación de fondo que deberá estudiarse en el trámite probatorio del proceso y resolverse en el correspondiente Laudo Arbitral.*

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral encuentra desestimados los argumentos expuestos como nulidad procesal por parte del apoderado judicial de la convocada, toda vez que los mismos carecen de razón cierta, válida y jurídica. Adicionalmente, las decisiones de fondo que sea necesario atender en lo que respecta a la legitimación en la causa por activa de la parte convocante o de la convocada, serán analizadas de manera clara y concisa posteriormente y resuelta en el Laudo que ha de proferir el Tribunal Arbitral (...)”

Teniendo en cuenta que el Tribunal Arbitral declaró infundados los argumentos expuesto por el apoderado judicial de la parte convocada, toda vez que los mismos no tenían fuerza de prosperar por carecer de argumentación jurídica válida, la nulidad procesal fue despachada de manera desfavorable y procedió el panel a declararse plenamente competente para conocer del proceso, bajo la advertencia de que, la legitimación en la causa de las partes, se estudiaría y analizaría en el transcurso de las consideraciones del laudo arbitral, situación que se dilucidará más adelante.

De otro lado, se debe dejar de presente que, si se llegó a presentar motivo de nulidad procesal quedó saneado el defecto porque las partes no lo alegaron oportunamente, y por haber seguido surtiéndose la actuación sin reproche alguno, (art. 136 C.G.P.).

2. Conducta Procesal de las Partes Durante el Arbitraje

Como quiera que el artículo 280 del Código General del Proceso impone al juez calificar siempre la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella, procede el Tribunal a dejar constancia de que tanto las partes como sus apoderados judiciales procedieron durante todo el trámite de forma respetuosa y leal

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

y cumplieron a cabalidad con sus deberes y obligaciones consagrados en el artículo 78 del Código General del Proceso.

3. Problema Jurídico Sometido a Estudio, Análisis y Decisión del Tribunal Arbitral

El problema jurídico en el cual se centrará el estudio y análisis del Tribunal Arbitral, respecto del presente proceso, versará sobre lo siguiente:

1. Determinar si los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A., estaban legitimados para iniciar la presente demanda con el fin de dirimir las diferencias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato para la Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013 y su prórroga, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Sociedad Santiago de Cali, hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada y como consecuencia recibir los perjuicios materiales a que haya lugar y se demuestren en el proceso arbitral.
2. Determinar si las presuntas actuaciones, abstenciones, hechos u omisiones del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales pueden considerarse antijurídicos y causaron perjuicios a los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada en los términos del artículo 50 de la ley 80, con la forma de pago establecida y con el término en que fueron formuladas las glosas. Procedencia de la aplicación del Decreto 4747 de 2007.
3. Determinar si con la ejecución del Contrato para la Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013 y su prórroga, la contratista Clínica Santiago de Cali S.A. hoy, entidad liquidada, sufrió daño antijurídico al prestar los servicios de nivel II, III y Alto Costo a los usuarios del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, bajo el concepto de pago de capitación, a pesar de que el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, señala que, por el sistema de pago por capitación, únicamente se puede contratar la prestación de los servicios de nivel I.
4. **Del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Análisis de su Naturaleza Jurídica y Funciones Previstas en la Ley de su creación**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

4.1 Creación del Fondo y funciones

La Ley 21 de 1988 *“Por la cual se adopta el programa de recuperación del servicio público de transporte ferroviario nacional, se provee a su financiación y se dictan otras disposiciones”*, concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, así:

“Artículo 8. Concédanse facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de dieciocho (18) meses, contados a partir de la publicación de esta Ley, para que expida las normas conducentes a la organización y recuperación del sistema de transporte ferroviario nacional, dentro del siguiente marco general: Organizar y estructurar el sistema de transporte ferroviario nacional, definir los recursos necesarios para el logro de ese propósito, reasignar o modificar las participaciones de los que actualmente existan, señalar las entidades que deban recaudarlos e invertirlos y reformar la Ley 30 de 1982. Las facultades de que trata este artículo comprenden la creación, transformación o fusión de personas jurídicas o la adscripción o liquidación de entidades descentralizadas y servicios, de tal manera que se logre una simplificación operativa, mayor eficiencia y el establecimiento de organismos para la gestión de áreas especializadas autónomas e independientes, para lo cual podrán prescribir las condiciones de concurrencia de otras entidades públicas y de los particulares. Igualmente, el Presidente queda facultado para dictar normas especiales sobre contratación, régimen laboral y presupuesto de las entidades a que alude la presente Ley.”

En ejercicio de las citadas facultades se expidió el Decreto Ley (D.L.) 1591 de 1989 *“Por el cual se crea el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se dictan normas para su organización y funcionamiento”*, tal como se dispuso en el artículo 1:

“Artículo 1. Créase el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.”

En cuanto al objeto del establecimiento público creado, el artículo 2 del D.L. 1591 señaló que debía: i) Manejar las cuentas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el inciso 1º del artículo 7º de la Ley 21 de 1981, y ii) Organizar y administrar las prestaciones asistenciales a que tengan derecho los empleados y los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Por su parte el artículo 3 del D.L. 1591 estableció que en desarrollo de su objeto el Fondo cumpliría -en lo pertinente para este concepto- las siguientes funciones:

“a) Pagar las pensiones legales y convencionales de los ex empleados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia; b) Atender las demás prestaciones económicas y asistenciales de las personas a que se refiere el literal anterior; (...) m) Las demás que se deriven de la ley o de sus estatutos. El artículo 4 del D.L. 1591 dispone que Los servicios que le correspondan atender al Fondo deberán prestarse a través de contratos celebrados con terceros. En consecuencia, la planta de personal que adopte será la estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones administrativas y las derivadas del proceso de contratación.”

De lo expuesto se tiene que el Fondo fue creado como un establecimiento público para cumplir las funciones previstas en la ley, entre las que se destaca la de organizar y administrar las prestaciones económicas y asistenciales a que tengan derecho los empleados y los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación.

No obstante, nótese que los servicios que le corresponde atender deberán ser contratados con terceros, de lo cual se sigue que el Fondo no es el prestador de tales servicios, sino simplemente el contratante de estos.

Se analizará a continuación la naturaleza del Fondo y el régimen jurídico que le es aplicable, para aludir luego a los contratos que celebra.

4.2 Naturaleza y régimen jurídico del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Para la fecha de expedición del D.L. 1591 de 1989 se encontraban vigentes los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968, que se ocupaban de la organización de la administración pública nacional, y categorizaban tres tipos de entidades descentralizadas: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

El artículo 5 del D.L. 1050 fijaba la definición, régimen jurídico y características de los establecimientos públicos, así:

“Artículo 5. De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa, y c) Patrimonio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.”

Frente a su actividad, el artículo 30 *ibídem*, disponía:

“Artículo 30. De la actividad de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Los Establecimientos Públicos (...) se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos.”

Acorde con lo expuesto, el régimen jurídico aplicable a los establecimientos públicos es el de derecho público, fijado en la ley de su creación y en sus estatutos, que rigen sus actividades y funciones administrativas específicamente autorizadas.

Desde aquella época la función administrativa fijada para los establecimientos públicos -carente por esencia de un fin lucrativo por ser una actividad o servicio propio del Estado-, contrastaba con las actividades de naturaleza industrial o comercial asignadas a las empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, que sí tenían un fin lucrativo y desarrollaban su actividad u objeto conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que estableciera la ley (artículos 6 y 8 del D.L. 1050 de 1968).

Así las cosas, no cabe duda de que el acto de creación de una entidad determina su naturaleza y régimen jurídico y estos se mantienen mientras no se modifique ese acto, y no entre en contradicción con normas jurídicas de jerarquía superior.

Se precisa lo anterior puesto que, como se sabe, los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 fueron derogados por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998. No obstante, en nada se altera el criterio en mención, dado que el contenido material de los artículos 5 y 30 citados coinciden, en lo esencial, con los artículos 70 y 71 de la Ley 489.

También se sigue de lo expuesto que todavía el objeto de los establecimientos públicos consiste en atender funciones administrativas y prestar servicios públicos, mientras que el de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta es desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica; los primeros, bajo las reglas del derecho público, y las segundas bajo las del derecho privado, salvo las excepciones que contempla la ley.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Como puede verse, las funciones que se atribuyen al Fondo corresponden al cumplimiento de obligaciones que la misma ley le asigna, las cuales se encuentran directamente relacionadas con administrar los recursos públicos para cumplir funciones que son típicamente administrativas (atender las prestaciones económicas a los afiliados o la efectividad de un derecho fundamental -garantizar la prestación del servicio médico asistencial a los afiliados-, entre otras).

Para cumplir con las aludidas funciones, los recursos asignados al fondo se ejecutan a través de la contratación estatal, para que sean terceros los encargados de la atención correspondiente (artículo 4 del D.1591 de 1989), lo que significa que en manera alguna el fondo está encargado de la prestación de tales servicios.

En consecuencia, se concluye que la naturaleza y régimen jurídico de establecimiento público del Fondo fijada en el D.L. 1591 de 1989, no se encuentra modificada, alterada o derogada por las disposiciones de la Ley 489 de 1998: en el momento actual, el Fondo sigue encajando en la categoría de establecimiento público, bajo los términos indicados en los artículos 70 y 71 de esa ley.

El régimen previsto para el Fondo, así como la forma en que cumple sus funciones, se encuentran desarrollados en sus estatutos, los cuales se toman como precedente

4.3 Estatutos del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Los estatutos del Fondo fueron adoptados mediante acuerdo 001 de 1990 de su Junta Directiva y aprobados mediante Decreto 1435 de 1990. Tales estatutos reiteran los aspectos relacionados con la creación, naturaleza y régimen jurídico previsto para el Fondo por el D.L. 1591 de 1989.

Se procede a mencionar las reglas que rigen el funcionamiento del Fondo relacionadas con los contratos que celebra.

El artículo 15 dispone que es función del director general del Fondo suscribir los contratos que deban celebrarse a nombre del Fondo, con arreglo a las normas sobre la materia, así

“Cuando la cuantía de éstos sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se requerirá para su adjudicación, autorización previa de la Junta Directiva; los contratos de empréstito internos y externos requieren dicho concepto, cualquiera sea su cuantía.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Por su parte, el artículo 24 establece:

“Artículo 24. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de sus funciones se someterán al régimen previsto en el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 33 prevé:

“Artículo 33. Los servicios médico-asistenciales y el pago a los beneficiarios de las prestaciones económicas que correspondan al Fondo, deberán atenderse a través de contratos celebrados con terceros, de conformidad con lo señalado en el artículo 4° del Decreto-ley 1591 de 1989.”

De esta manera es claro que los estatutos del Fondo, en concordancia, con el D.L. 1591, no le dan el carácter de prestador del servicio médico – asistencial. Su función se limita exclusivamente a administrar y atender tales prestaciones mediante contratos celebrados con terceros, en los cuales actuará como entidad contratante sujeto a las normas de la contratación estatal (en su momento, el D.L. 222 de 1983).

En consecuencia, al Fondo como entidad contratante le corresponderá adelantar la actividad contractual desde los estudios previos y la estructuración del proceso de selección correspondiente, hasta la liquidación, si es el caso, bajo las normas de la contratación pública, y por supuesto cumplir con las obligaciones que como contratante se hayan estipulado en el contrato, sin que en momento alguno este proceso le lleve a asumir la prestación de los servicios médico asistenciales de sus afiliados o beneficiarios, los cuales estarán a cargo del contratista.

La limitación expuesta se ratifica con lo dispuesto en el artículo 32 de los Estatutos que es del siguiente tenor:

“Artículo 32. El Fondo se ceñirá en el cumplimiento de sus funciones tanto a sus estatutos básicos como internos y no podrá desarrollar funciones distintas de las de allí previstas, ni destinar sus bienes o recursos para fines diferentes de los contenidos en las respectivas disposiciones.”

En consecuencia, la función asignada al Fondo se previó mediante contratos celebrados con terceros, que en su momento se regían por el D.L. 222 de 1983; corresponde entonces examinar el régimen contractual que actualmente se aplica al Fondo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

4.4 El régimen contractual aplicable al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

De conformidad con la ley de su creación, D.L. 1591 de 1989, los contratos que celebra el Fondo se regulan por lo dispuesto en el artículo 14, así:

“Artículo 14. La celebración de los contratos para asegurar la realización de las funciones de que trata el presente Decreto, se regirá por las normas aplicables a los establecimientos públicos del orden nacional.”

La disposición transcrita reproducía lo dispuesto en el D.L. 222 de 1983, norma que se encontraba vigente para la fecha en que se creó el Fondo, y resulta concordante con el artículo 24 de sus estatutos transcritos en el acápite anterior.

Para el efecto, es menester recordar que en el artículo 1º del D.L. 222 se disponía que el régimen de contratación para los establecimientos públicos era el de derecho público previsto en esa norma.

Lo expuesto era plenamente concordante con el artículo 32 del D.L. 3130 de 1968:

“ARTÍCULO 32.- De los contratos de los establecimientos públicos. Los contratos de los establecimientos públicos deben contener las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas la ley exige para los del gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará por el propio establecimiento.”

Como se sabe el D.L. 222 fue derogado por Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante, el Estatuto), contenido en la Ley 80 de 1993.

De esta manera, el estatuto tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (art. 1) y en la definición de lo que para efectos de esa ley se entiende como entidad estatal aparecen los establecimientos públicos (art. 2), por lo que a los contratos celebrados por estos se aplicarán las disposiciones de la Ley 80.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto 2312 del 3 de octubre de 2017, sostuvo que como el contrato estatal se equipara al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esa Corporación, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades reguladas por el Estatuto, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier entidad pública que tenga un régimen especial.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Es decir, el adoptar un criterio orgánico o subjetivo, en el que la sola presencia de una entidad estatal como parte de este le imprime al negocio jurídico la naturaleza o categoría jurídica de contrato estatal, “tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales...”.

En consecuencia, por regla general los establecimientos públicos son de aquellas entidades estatales que se encuentran sometidas en su integridad al Estatuto (Ley 80 de 1993 y sus modificaciones), salvo que una ley de manera expresa i) le otorgue un régimen excepcional al del citado Estatuto a determinado establecimiento público y lo someta a un régimen especial, o ii) excluya su contratación al Estatuto.

El sometimiento del Fondo -establecimiento público que cumple funciones administrativas- al Estatuto, es concordante con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 489 de 1998 para tales entidades descentralizadas, a saber:

“Artículo 81. Régimen de los actos y contratos. Los actos unilaterales que expidan los establecimientos públicos en ejercicio de funciones administrativas son actos administrativos y se sujetan a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo. Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales.”

Asimismo, el artículo 24 de los estatutos del Fondo dispuso que los contratos que celebre para el cumplimiento de sus funciones se someterían a las normas que sustituyeran al Decreto 222 de 1983, esto es la Ley 80 de 1993, por lo que debe concluirse que los contratos del Fondo estarán sujetos al Estatuto, salvo que una norma legal especial disponga lo contrario.

4.5 Las entidades adaptadas al sistema de la Ley 100 de 1993.

El Fondo es una de las “entidades adaptadas” a las que la Ley 100 de 1993 autoriza para prestar tales servicios, que fueron creadas por ley de conformidad a lo consagrado en el artículo 236 de la Ley 100 de 1993.

El título V de la Ley 100 establece las reglas de transición al SGSSS por ella creado, así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

“ARTÍCULO 234. Régimen de Transición. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con todas las entidades y elementos que lo conforman tendrá un plazo máximo de un año, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, para iniciar su funcionamiento, salvo los casos especiales previstos en la presente Ley (...).”

Por su parte, el artículo 236 dispone, en lo pertinente, lo siguiente:

“ARTICULO 236. De las Cajas, Fondos y Entidades de Seguridad Social del Sector Público, Empresas y Entidades Públicas. Las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley presten servicios de salud o amparen a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad, tendrán 2 años para transformarse en empresas promotoras de salud, adaptarse al nuevo sistema o para efectuar su liquidación, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional. La transformación en Entidad Promotora de Salud será un proceso donde todos los trabajadores reciban el Plan de Salud Obligatorio de que trata el artículo 162 y, en un plazo de cuatro años a partir de la vigencia de esta Ley, éstos pagarán las cotizaciones dispuestas en el artículo 204 -ajustándose como mínimo en un punto porcentual por año-- y la Entidad Promotora de Salud contribuirá al sistema plenamente con la compensación prevista en el artículo 220. Cuando el plan de beneficios de la entidad sea más amplio que el Plan de Salud Obligatorio, los trabajadores vinculados a la vigencia de la presente Ley y hasta el término de la vinculación laboral correspondiente o el período de jubilación, continuarán recibiendo dichos beneficios con el carácter de plan complementario, en los términos del artículo 169. Las dependencias que presten servicios de salud de las cajas, fondos, entidades previsionales o entidades públicas con otro objeto social podrán suprimirse o convertirse en Empresas Sociales del Estado, que se regirán por lo estipulado en la presente Ley. Las entidades públicas antes referidas, que a juicio del Gobierno Nacional no requieran transformarse en Empresas Promotoras de Salud, ni liquidarse podrán continuar prestando los servicios de salud a los servidores que se encuentren vinculados a la respectiva entidad en la fecha de iniciación de vigencia de la presente Ley y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo. Estas entidades deberán, no obstante, ajustar gradualmente su régimen de beneficios y financiamiento, al previsto en los artículos 162, 204 y 220 de esta Ley, en un plazo no mayor a cuatro (4) años, de tal manera que participen en la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De conformidad con lo anterior, las entidades recaudarán mediante retención a los servidores públicos, en forma creciente y explícita, las cotizaciones establecidas en el artículo 204 de la presente Ley, la cual aumentará como mínimo en un punto porcentual por año (...).”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Se estableció un término de dos años, a partir de la vigencia de la Ley 100, para que las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con anterioridad a la fecha de vigencia de esa ley prestaban servicios de salud o amparaban a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad -según la reglamentación que expediera el Gobierno- optaran por: i) transformarse en empresas promotoras de salud; ii) adaptarse al nuevo SGSSS, y iii) efectuar su liquidación

No se advierte que el Fondo haya acudido a dicha transformación ni que la Superintendencia Nacional de Salud le hubiese otorgado autorización (o certificado de funcionamiento) para operar como EPS.

El artículo 2 del Decreto Reglamentario (en adelante, D.R.) 1890 de 1995, confirma la anterior aseveración, así:

“Artículo 2. Definición de transformación. Para efectos de este Decreto se entiende que una de las entidades a que se refiere el primer inciso del artículo anterior se transforma cuando se expiden los actos jurídicos necesarios para ajustar sus estatutos, estructura y funcionamiento al régimen de las Entidades Promotoras de Salud, de conformidad con lo dispuesto por este Decreto. Una vez cumplido lo anterior la Superintendencia Nacional de Salud decidirá sobre el otorgamiento del certificado de funcionamiento de la entidad transformada.”

Por lo expuesto, el Fondo continúa con su naturaleza original de establecimiento público, bajo el régimen de derecho público que rige este tipo de entidades descentralizadas, incluido lo referente a los contratos que celebra, conforme a la ley de su creación y sus estatutos, según se ha explicado. Estas normas no han sido modificadas para ajustar su funcionamiento al régimen de las EPS, lo cual explicaría que la mencionada Superintendencia no le haya otorgado autorización de funcionamiento como EPS, aspecto que se reitera con lo dispuesto en el artículo 3 del citado D.R. 1890:

“Artículo 3. Proceso de transformación y autorización de funcionamiento. Las entidades a que se refiere el artículo primero de este Decreto podrán ser transformadas en Entidades Promotoras de Salud por la autoridad estatal competente, y serán autorizadas para funcionar como tales, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, con sujeción a lo previsto en el presente artículo. La transformación deberá realizarse a más tardar el 23 de diciembre de 1995, de conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 236 de la Ley 100 de 1993 (...).”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Corresponde al caso de las entidades que no se transformaron en EPS, y respecto de las cuales no se ordenó su liquidación durante el término de 2 años otorgados por el artículo 236 de la Ley 100 y el D.R. 1890 de 1995.

Legalmente se permitió a tales entidades adaptarse al nuevo SGSSS regulado por la Ley 100.

La autorización legal consiste en “continuar prestando los servicios de salud a los servidores que se encuentren vinculados a la respectiva entidad en la fecha de iniciación de vigencia de la presente Ley y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo”, según expresamente lo dispone el citado artículo 236.

El mando legal lo desarrolla el D.R. 1890 de 1995, en los siguientes términos:

“Artículo 10. Entidades objeto de adaptación. Las entidades a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto que vienen amparando a servidores públicos en los riesgos de enfermedad general y maternidad que no se transformen en Entidades Promotoras de Salud, podrán continuar prestando el servicio de salud a aquellos servidores que se encontraban vinculados el 23 de diciembre de 1993, y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo, siempre y cuando dichas entidades acrediten a la Superintendencia Nacional de Salud el cumplimiento de los siguientes requisitos (...).”

De lo expuesto se tiene que entidades como el Fondo, que tenían la función de amparar a sus afiliados con un servicio de salud, debían cumplir con los requisitos exigidos en la regulación para que se les autorizara “continuar prestando dichos servicios”, so pena de proceder a su liquidación, tal como lo señala el artículo 12 del D.R. 1890:

“Artículo 12. Entidades a las cuales no se autorice adaptarse para continuar prestando el servicio de salud. Las entidades a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto cuyo objeto sea amparar los riesgos de enfermedad general y maternidad, que no se transformen en Entidades Promotoras de Salud y no sean autorizadas para continuar haciéndolo en los términos del presente capítulo, deberán liquidarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24 y siguientes de este Decreto.”

Para el caso del Fondo, se evidencia que ese establecimiento público cumplió con los requisitos exigidos para adaptarse al nuevo SGSSS, en los aspectos técnicos y jurídicos, lo que le permitió obtener la autorización por parte del Gobierno Nacional para

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

continuar cumpliendo sus funciones, en los términos del artículo 236 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior llevó a la expedición del Decreto 489 de 1996, “Por el cual se autoriza a unos fondos del sector público, para continuar prestando servicios de salud en los términos del Capítulo II del Decreto 1890 de 1995”, así:

“Artículo 1. Autorizar a los Fondos del sector público que a continuación se relacionan, para que continúen prestando servicios de salud o amparen a sus afiliados en los riesgos de enfermedad general y maternidad, como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos del Capítulo II del Decreto 1890 de 1995:

(...)

3. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.

Parágrafo. Los Fondos a que se refiere el presente artículo, sólo podrán continuar prestando los servicios de salud, a los servidores que se encontraban vinculados a las respectivas entidades y dependencias en la fecha de iniciación de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo venían haciendo, sin que se puedan realizar nuevas afiliaciones, con excepción de aquéllas necesarias para dar cumplimiento a la cobertura familiar de sus afiliados.”

En igual sentido, el artículo 2.5.3.4.3 del Decreto 780 de 20162 , el cual compiló el artículo 3 del Decreto 4747 de 2007, dispone que se consideran entidades responsables del pago de servicios de salud entre otras las entidades adaptadas, aparte normativo que cito a continuación:

“(...) Artículo 2.5.3.4.3. Definiciones. Para efectos del presente Capítulo se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

2. Entidades responsables del pago de servicios de salud. Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos laborales. 3. Red de prestación de servicios. Es el conjunto articulado de prestadores de servicios de salud, ubicados en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

un espacio geográfico, que trabajan de manera organizada y coordinada en un proceso de integración funcional orientado por los principios de complementariedad, subsidiariedad y los lineamientos del proceso de referencia y contrarreferencia establecidos por la entidad responsable del pago, que busca garantizar la calidad de la atención en salud y ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades de la población en condiciones de accesibilidad, continuidad, oportunidad, integralidad y eficiencia en el uso de los recursos. (Artículo 3° del Decreto 4747 de 2007) (...)

A su vez el artículo 2.5.2.3.1.2. del Decreto 682 de 2018, dispone que las normas contenidas en ese capítulo, aplican entre otras a las entidades adaptadas al Sistema de Seguridad Social en Salud y precisa en su párrafo que las condiciones de autorización, habilitación y permanencia serán aplicadas por la Superintendencia Nacional de Salud en los procesos de evaluación y seguimiento, aparte normativo que indica lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 2.5.2.3.1.2. Ámbito de aplicación. Las normas contenidas en el presente Capítulo aplican a las personas jurídicas interesadas en operar el aseguramiento en salud y administrar los recursos destinados a garantizar los derechos de la población afiliada en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a las organizaciones de economía solidaria vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud que se encuentran autorizadas para operar el aseguramiento en salud, a las cajas de compensación familiar que operan los regímenes contributivo y/o subsidiado, independiente de su naturaleza jurídica, a las entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, y a la Superintendencia Nacional de Salud. PARÁGRAFO 1. En el caso de las entidades adaptadas, las condiciones de autorización, habilitación y permanencia establecidas en el presente Capítulo serán aplicadas por la Superintendencia Nacional de Salud en los procesos de evaluación y seguimiento. (...)”

Es de anotar que el artículo 3 de la Resolución 2515 de 2018, establece las condiciones de habilitación de las entidades responsables de la operación del aseguramiento en salud para lo cual deberán cumplir las condiciones de habilitación, aparte normativo que prevé lo siguiente:

“(...) ART. 3°—Condiciones para la habilitación. Las entidades responsables de la operación del aseguramiento en salud deberán demostrar su capacidad técnico-administrativa, tecnológica y científica, a través del cumplimiento permanente de los criterios y estándares definidos en el manual, que hace parte integral de la presente resolución, el cual contiene los siguientes grupos: 1. Sistema de gestión de riesgos. 2. Afiliación y libre elección en el SGSSS. 3. Atención del usuario e información para el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

afiliado. 4. Sistema de peticiones, quejas, reclamos, sugerencias, denuncias y tutelas. 5. Autorización de servicios médicos, medicamentos e insumos. 6. Fortalecimiento de la cultura de la seguridad social. 7. Gestión del talento humano. 8. Tecnologías de información. 9. Red integral de prestadores de servicios de salud. 10. Gestión de la salud pública. 11. Condiciones financieras de la entidad y gestión de los recursos del SGSSS. 12. Recaudo, compensación de aportes y liquidación de prestaciones contributivas. 13. Contratación y pago de servicios. 14. Gobierno organizacional. PAR.—Los estándares sobre la afiliación y libre elección en el SGSSS y gobierno organizacional son de verificación inmediata por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. (...)”

La Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-033/996, indica que las entidades adaptadas a diferencia de las EPS, hacen parte del régimen de transición y su existencia expira cuando se termine la relación laboral de los afiliados o el periodo de jubilación de los pensionados que tuvieran al entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social en salud, aparte que se cita a continuación:

“(...) Tal motivación se adecua a los cánones constitucionales, pues la diferencia de trato obedece a supuestos fácticos distintos. Las Entidades Promotoras de Salud, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993, son los únicos organismos encargados de prestar en forma permanente los servicios de salud a sus afiliados y a los beneficiarios de éstos. Las entidades adaptadas, por el contrario, hacen parte del régimen de transición y tienen una existencia eminentemente transitoria la cual expira cuando se termine la relación laboral de los afiliados o el período de jubilación de los pensionados que tuvieran en el momento de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social en salud. (...)”

La regulación prevista en la Ley 100 de 1993 sobre el nuevo SGSSS, no le da la naturaleza de EPS al Fondo.

Al Fondo se le otorgó la alternativa de adaptarse al nuevo SGSSS, por la cual optó y, en consecuencia, le fue concedida la autorización prevista en el Decreto 489 de 1996.

Tal autorización en manera alguna modificó la naturaleza del Fondo, ni el régimen jurídico que le es aplicable como establecimiento público, no solo por la inexistencia de norma legal que así lo hubiese previsto, sino porque el Fondo no adelantó ninguna de las modificaciones legales, estatutarias y reglamentarias para transformarse en una de las EPS reguladas por la Ley 100 de 1993, en los plazos legales señalados por la regulación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Se reitera que la naturaleza y el régimen jurídico de una entidad descentralizada como lo es el Fondo deben ser otorgadas al momento de su creación, competencia constitucional que ha sido atribuida al Legislador, en el caso de las del orden nacional, por lo que cualquier modificación a dicha naturaleza y régimen requiere de una ley o norma con fuerza de ley que expresamente lo señale.

La autorización legal para las “entidades adaptadas” al nuevo SGSSS consiste en “continuar prestando los servicios de salud a los servidores que se encuentren vinculados a la respectiva entidad en la fecha de iniciación de vigencia de la presente Ley y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo”.

La continuidad del servicio concedida al Fondo corresponde a lo autorizado por la ley de su creación, sus estatutos, el artículo 236 de la Ley 100 y el Decreto 489 de 1996, normativa que –expresamente- le permite cumplir con sus funciones respecto de los servidores que se encontraban a él vinculados en la fecha de iniciación de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo venía haciendo, sin que se puedan realizar nuevas afiliaciones, con excepción de aquéllas necesarias para dar cumplimiento a la cobertura familiar de sus afiliados.

El que el artículo 236 de la Ley 100 obligue a las “entidades adaptadas” al SGSSS, a “ajustar gradualmente su régimen de beneficios y financiamiento, al tenor de lo previsto en los artículos 162, 204 y 220 de esta Ley, en un plazo no mayor a cuatro (4) años, de tal manera que participen en la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía”, no significa que tengan la naturaleza de EPS, ni que la ley les de ese carácter.

De lo que se trata es de cumplir con la regulación que el Estado ha diseñado para el SGSSS al cual se ha adaptado. Si como se afirma en la consulta, al Fondo como “entidad adaptada” se le aplican las condiciones de autorización, habilitación y permanencia previstas en la regulación del SGSSS, tal circunstancia no la convierte en una EPS, ni mucho menos puede variar su naturaleza y régimen jurídico.

La Ley 100 de 1993 no estableció régimen contractual alguno para las “entidades adaptadas” al SGSSS. Es claro que el legislador lo consideró innecesario, al autorizar que su funcionamiento continuara en la “forma como lo vienen haciendo”, que incluye lo relacionado con su naturaleza jurídica y régimen de contratación, el cual quedó ratificado.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

De esta manera, los contratos que el Fondo celebre para el cumplimiento de sus funciones están sometidos a la Ley 80 de 1993, por expresa disposición de la ley que lo creó como establecimiento público -D.L. 1591 de 1989-, sus estatutos -Decreto 1435 de 1990-, la misma Ley 80 de 1993 y la Ley 489 de 1998.

Teniendo en cuenta lo expresado en el Decreto 780 de 2016, el cual compiló el Decreto 4747 de 2007, las entidades adaptadas serán responsables del pago de los servicios de salud, por ende deberá darse aplicación a lo regulado en el mentado decreto en relación a las instituciones prestadoras de servicios con el fin de que se presten los servicios de salud a sus afiliados.

De esta manera, los contratos que el Fondo celebre para el cumplimiento de sus funciones están sometidos a la Ley 80 de 1993, por expresa disposición de la ley que lo creó como establecimiento público -D.L. 1591 de 1989-, sus estatutos -Decreto 1435 de 1990-, la misma Ley 80 de 1993 y la Ley 489 de 1998¹.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, y, de conformidad con el compromiso arbitral del veinte (20) de enero de 2022, se tiene que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, está legitimado en la causa por pasiva, por haber sido parte en el Contrato de Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, como también al legitimarse con la suscripción del compromiso que habilitó a las partes a accionar la jurisdicción arbitral para el caso en concreto.

5. Los Hechos Probados en el Trámite del Proceso Arbitral

Teniendo en cuenta que el acápite de hechos de la demanda se encuentra dividido en cuatro sesiones, el Tribunal Arbitral, indicará respecto de cada una los hechos que se encuentran probados y cuales no, con el fin de que, con ello, se genere el problema jurídico que someterá el Tribunal Arbitral a estudio y análisis en el presente Laudo Arbitral. así:

¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR. Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00127-00(2446). Actor: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Referencia: Fondo de pasivo social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Régimen de contratación aplicable para la prestación de los servicios de salud a sus usuarios y beneficiarios.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

5.1 Sobre los hechos Relativos a la Celebración del Contrato 023 de 2013 y su prórroga.

En esta división del acápite de los hechos de la demanda, el apoderado judicial de la convocante establece una serie de numerales, de los cuales dan cuenta real los documentos aportados con el libelo introductorio, los cuales no fueron tachados ni desconocidos por la parte convocada cuando tuvo la oportunidad procesal para ello. Adicionalmente, respecto de los hechos que se enlistan en este apartado, el extremo pasivo no realizó oposición alguna a lo aquí indicado.

En igual sentido, el Agente del Ministerio Público en contestación de la demanda allegada al proceso (ver documento 8.1 del Expediente Digital), expuso que *“1.- Los hechos descritos en el punto “1.- Relativos a la celebración del contrato 023 de 2013 y su prórroga”, se tienen como ciertos, en tanto todos aparecen probados, con los documentos aportados con la demanda. Estos documentos, salvo que, con la contestación que haga la entidad demandada se probare otra cosa, se tendrán como ciertos, en tanto no sean objeto de tacha (Art. 269, C.G.P.).* argumentos a los cuales se acoge el Tribunal Arbitral.

En razón de lo anterior y de lo analizado en el trámite del proceso, se observa que la totalidad de los hechos que constituyen este acápite, se tienen como hechos probados para el desarrollo de la presente providencia, los cuales se enmarcan en lo siguiente:

- a) La creación del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se creó mediante el Decreto 1591 de 1989.
- b) Adjudicación y suscripción del Contrato para la Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013.
- c) Objeto, población usuaria, valor y forma de pago, plazo y Otrosíes del Contrato para la Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013.

5.2 Sobre los hechos relativos a la ejecución del contrato (y constitutivos del daño antijurídico).

Teniendo en cuenta que los hechos contenidos en el presente acápite de los hechos relativos a la ejecución del contrato y los perjuicios ocasionados con ello, fueron controvertidos por la parte convocada en el escrito de contestación de la demanda, razón por la cual, los mismos se tendrán por no probados y sobre ellos versará el estudio del problema jurídico, teniendo en cuenta además, que los mismos versan

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

sobre las consecuencias económicas negativas de la ejecución del contrato, por lo que deberán ser materia de análisis de las pruebas allegadas durante el proceso.²

5.3 Sobre los hechos relativos a la liquidación del contrato.

En esta división del acápite de los hechos de la demanda, el apoderado judicial de la convocante establece una serie de numerales, de los cuales dan cuenta real los documentos aportados con el libelo introductorio, los cuales no fueron tachados ni desconocidos por la parte convocada cuando tuvo la oportunidad procesal para ello. Adicionalmente, respecto de los hechos que se enlistan en este apartado, el extremo pasivo no realizó oposición a la totalidad de lo aquí indicado. Además de ello, no es objeto del presente proceso, realizar el estudio o análisis a la liquidación del contrato en mención, pues no se encuentra en las pretensiones de la demanda.

En igual sentido, el Agente del Ministerio Público en contestación de la demanda allegada al proceso (ver documento 8.1 del Expediente Digital), expuso que **“3).- Los hechos descritos en el punto “3.- Relativos a la liquidación del contrato”, se tienen como ciertos, en tanto todos aparecen probados, con los documentos aportados con la demanda. Estos documentos, salvo que, con la contestación que haga la entidad demandada se probare otra cosa, se tendrán como ciertos, en tanto no sean objeto de tacha (Art. 269, C.G.P.)”**.

5.3.1 Legitimación en la Causa por Activa en el Proceso Arbitral

A efecto de resolver el primer problema jurídico planteado por el Tribunal Arbitral respecto de *“Determinar si los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A., estaban legitimados para iniciar la presente demanda con el fin de dirimir las diferencias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato para la Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013 y su prórroga, suscrito entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Sociedad Santiago de Cali, hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada y como consecuencia recibir los perjuicios materiales a que haya lugar y se demuestren en el proceso arbitral”*, y en atención al principio del debido proceso, confianza y seguridad jurídica, procede el Tribunal a resolver bajo los preceptos jurídicos de la legitimación en la causa de las partes en el trámite del presente proceso.

Al respecto, se tiene que la legitimación en la causa es la potestad que nace del derecho sustancial y que le atribuye a ciertas personas la facultad, para formular o contradecir

² Contestación de la Demanda por parte del Ministerio Público, Folio 1 del documento 8.1 del Expediente Digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

respecto de determinado derecho subjetivo sustancial sobre el cual versa la pretensión que es objeto del proceso, exista o no él, potestad la cual accede al proferimiento de la sentencia de fondo.

Esta no pertenece a todos los individuos, sino a establecidas personas quienes están facultadas por el derecho sustancial para exponer o controvertir determinados derechos materiales sobre el cual versa la pretensión.

Por no corresponder a todas las personas no concierne sino a quienes están autorizados por el derecho sustancial para contender de una u otra manera establecidos los derechos materiales del proceso, por lo tanto el demandante debe ser la persona legitimada por la ley sustancial para que por medio de la sentencia de mérito se defina si tiene o no el derecho, o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda.

Por pasiva, que el demandado sea la persona que también según la ley sustancial está legitimado para discutir u oponerse a las pretensiones de la demanda.

En el reclamante la condición de titular del derecho subjetivo que suplica, y en el exigido, la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia del 14 de agosto de 1995. Magistrado Nicolás Bechara Simancas, G.J. # 31 Página 27, que:

“(...) cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuánto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de este. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quién reclama un derecho no es su titular, o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no solo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuánto tras apartarse de la validez del proceso siendo este formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de quién no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca frente a quien no es llamado a responder.(...)”

Según concepto de Chioventa, acogido por la Corte, la legitimación ad-causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación por pasiva) (Instituciones

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

de Derecho Procesal, Tomo I Página 185), conviene desde luego advertir, que cuando el tratadista italiano y la corte hablan de acción no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es, como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de “pretensión”, que se ejercita frente al demandado. Para que esta pretensión sea acogida en la sentencia, es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda. Y frente a las personas respecto de las cuales ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor.

Si el demandante no es el titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo no ha de ser adverso a la pretensión de aquel. Como acontece cuando reivindica quién no es el dueño, o cuando éste demanda a quien no es poseedor.

(...) La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues, es obvio, que si se reclama un derecho por quién no es su titular o frente a quién no es llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quién no es titular insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quién no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva.” (G.J. CXXXVIII, 364/65).

Para resolver el Tribunal Arbitral sobre la legitimación en la causa por activa de los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, realiza las siguientes consideraciones:

El Consejo de Estado, ha distinguido entre la legitimación en la causa de hecho y legitimación en la causa material, así:

En cuanto a la legitimación en la causa, es preciso determinar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, existen dos clases: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

La ausencia de legitimación en la causa no inhibe al juzgador para pronunciarse de mérito, en consideración a que ésta es un elemento de la pretensión y no de la acción, motivo por el cual, no se relaciona con un aspecto procesal sino sustancial del litigio. De esta manera, cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, el juzgador deberá denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados.³

Así las cosas, se advierte que la Legitimación en la causa atañe a dos aspectos, de una parte con relación sustancial –*legitimatío ad causam*- referida a alguno de los extremos de la relación jurídica de la que surge la controversia, así como con los derechos y obligaciones que se pretenden o excepcionan según el caso; y de otra parte, con la legitimación procesal – *legitimatío ad processum*- o la aptitud legal de las partes para comparecer y actuar en el proceso. Es por ello que la *legitimatío ad causam* no es un presupuesto procesal, ya que es objeto de análisis en el fondo del asunto; mientras que la *legitimatío ad processum* “si constituye un presupuesto procesal y su falta configura un vicio de nulidad que compromete el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse.”⁴

Por su parte, el artículo 175 del C.P.A.C.A., estableció que al contestar la demanda, el demandado podría proponer excepciones y el artículo 180 *ibídem.*, precisó que en la audiencia inicial se decidirá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Sin embargo, para el caso en concreto, la parte convocada no propuso dicha excepción de falta de legitimación en la causa, razón por la cual, el Tribunal Arbitral no decidió al respecto de manera previa cuando fue el momento procesal indicado para ello, sino que, por el contrario, se acoge a la posición de que, en aquellos casos en los cuales no sea evidente que está configurada la ausencia de legitimación

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación Número: 25000-23- 26-000-1999-00802-01 (28204).

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa. Exp. 16271.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

material, en aras de garantizar el derecho fundamental del Acceso a la Administración de Justicia, el estudio de este presupuesto debe abordarse al momento de proferirse la respectiva sentencia⁵

Con base en lo anterior, se tiene que del compromiso arbitral suscrito el veinte (20) de enero de 2022, se desprende que el mismo en virtud del acuerdo de voluntades, las partes que lo suscribieron fueron los Socios de la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, lo que efectivamente los legitimó, para que tuvieran el derecho de accionar la jurisdicción arbitral, existiendo legitimación procesal – *legitimatío ad processum*⁶- como aptitud legal como parte para comparecer y actuar en el proceso, tal como se observa a continuación:

“(…) Entre las partes, a saber: JOHN MAURICIO MARÍN BARBOSA, en su calidad de DIRECTOR GENERAL del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, establecimiento público vinculado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con NIT 800112806:2, por un lado; y Los suscritos, EDGAR SALAZAR CASTELBLANCO, en nombre propio y en representación de la sociedad ZALKA S.A. con Nit. 817.001.072, conforme al certificado de existencia y representación legal; JUAN MANUEL SALAZAR CASTELBLANCO, YOLANDA RIVERA DE SALAZAR, GUILLERMO ALBERTO VILLALOBOS SALAZAR, IRMA CILIA CASTELBLANCO HURTADO, en representación de LINA MARCELA SALAZAR CASTELBLANCO, conforme a poder general; EDGAR SALAZAR RIVERA, en representación de ANDRES FELIPE SALAZAR CASTELBLANCO, conforme a poder general; DANIEL SALAZAR CASTELBLANCO, JESSICA CEBALLOS SALAZAR y EDGAR SALAZAR RIVERA, en representación de la sociedad STILSON FINANCIAL LIMITED, conforme a poder especial, en calidad de socios de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA, por el otro, convenimos en celebrar el presente COMPROMISO ARBITRAL, sujeto a las siguientes reglas: (...)” (Negrillas fuera del texto).

Por lo anterior, en atención a lo que se prueba con el compromiso arbitral y los documentos aportados al proceso (poderes, demanda, certificaciones) y acogiendo la tesis planteada por el Agente del Ministerio Público quien indicó que *“en virtud del principio de buena fe, previsto en el artículo 83 de la Constitución Política y conforme a lo previsto en el artículo 269 del Código General del Proceso sobre tachá, al no haber sido*

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 12 de febrero de 2015, Expediente. 52509. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Es la aptitud para realizar actos jurídicos procesales válidos. COUTURE, Eduardo. Estudios de derecho procesal civil, t. III, pág. 216.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

*desconocido por la parte demandada, se toma como cierto*⁷, el Tribunal Arbitral indica que los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, conforme a lo pactado en el Compromiso Arbitral y a las disposiciones jurisprudenciales anteriormente identificadas, se encontraron ampliamente facultados para comparecer y actuar en el presente proceso.

Por otro lado, es necesario determinar si se cumplen con los requisitos para concluir que los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, están legitimados, en la causa como un presupuesto para la sentencia de mérito o de fondo, se trata nada más y nada menos que de un requisito para que exista un pronunciamiento de fondo sobre la relación jurídico-sustancial juzgada. Así pues, lo que enerva es la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo del asunto.

Al respecto, teniendo en cuenta que la Clínica Santiago de Cali S.A. es una sociedad actualmente liquidada, tal como se expuso en la demanda y no fue objeto de controversia en ese aspecto por la parte convocada, es de recibo por parte del Tribunal Arbitral, que la misma no estaría facultada para iniciar un proceso por encontrarse liquidada, siendo una sociedad extinta para actuar, sin embargo, no es este el caso que nos ocupa, puesto que se observa que toda la actuación arbitral se ha realizado por parte de los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, por lo que entrará el Tribunal a realizar el estudio y análisis de que si estos, pueden reclamar la reparación de daños que ellos sufrieron como socios, durante la vigencia de la sociedad, y que no fueron reclamados antes de la liquidación, tal como lo planteó el Agente del Ministerio Público en su concepto final.

Sobre ello, el Tribunal considera lo siguiente:

El artículo 68 del Código General del Proceso, tal como lo invoca el Agente del Ministerio Público, claramente establece que:

“Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran”, norma que al ser “de orden público y de imperativo cumplimiento, es erróneo considerar que, extinta la sociedad, no exista posibilidad para que, los socios actúen en nombre. Es claro que, no se actúa en nombre de la sociedad porque ya no existe, pero sí

⁷ Folio 6 del documento 35.3.1 Concepto Final Ministerio Público del Expediente Digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

continúan en el proceso los socios, porque ellos son sucesores de los derechos que, durante su vigencia, esta pudo reclamar”⁸.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia⁹, ha sostenido que, igualmente, la Corte Constitucional precisó en sentencia T-553 de 2012 en relación con la figura de la sucesión procesal, que se desprende de la disposición referida y anteriormente consagrada en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

“8.1. Para solucionar dichos cuestionamientos la Sala debe abordar la institución de la sucesión procesal, la cual se halla prevista en el artículo 60 del C. de P.C. y consiste en que fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el curador. Así, conforme a la doctrina, esta figura procesal no constituye una intervención de terceros, sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte o quienes actúan en calidad de intervinientes

(...)

Adicionalmente, se advierte que esta institución por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la Tutela 113918 A/. Nubia Esperanza Suarez Suarez relación jurídica material, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado. Por eso, la sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Además, el sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. Aunque, el sucesor tiene el deber adicional de presentarse al proceso para que el juez le reconozca su calidad (...)”.

En conclusión, el Tribunal Arbitral toma los argumentos expuestos por el Ministerio Público en el concepto final emitido, respecto de que “*si bien es cierto, la norma habla de la sociedad que se extingue durante el proceso judicial, la misma consecuencia jurídica se aplica a la sociedad que desaparece antes de iniciar el proceso. La razón es simple: lo que busca la norma es garantizar los derechos de los socios una vez desaparecida esta*”.

⁸ Folio 7-8 del documento 35.3.1 Concepto Final Ministerio Público del Expediente Digital.

⁹ Sentencia STP12382-2020 del tres (03) de diciembre de 2020, Magistrado Ponente Gerson Chaverra Castro.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Adicionalmente, la codificación civil colombiana, establece el pago de las obligaciones que se deben hacer al acreedor, en el artículo 1634 y 1637, estableciendo que el pago de una acreencia se debe hacer, en el caso de las personas jurídicas, a sus representantes. Cuando estas han desaparecido, serán sus socios quienes estén legitimados para ello. Pensar o actuar en modo diferente, es actuar en abuso del derecho y de mala fe, para evadir el cumplimiento de la obligación, tal como lo expuso el Agente del Ministerio Público.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁰, expuso que:

“(…) Destaca la Sala que respecto de esa cuestión esta Sección tiene fijado un criterio de decisión según el cual las personas jurídicas pierden la capacidad para ser parte en procesos judiciales, en el momento en que son efectivamente liquidadas. (...) En el caso de las personas jurídicas, el ordenamiento les reconoce personalidad jurídica y les permite actuar como sujetos de derechos y obligaciones independientes de sus socios, a través de sus representantes (artículo 98 del Código de Comercio), desde el momento de su constitución hasta el de su extinción (artículos 633 del Código Civil y 9.º de la Ley 57 de 1887). Por ende, es dentro de esos términos que cuentan con capacidad procesal para convocar el juicio. (...) Pero surtido el trámite de la liquidación, la personalidad jurídica de las sociedades se extingue con la inscripción de la cuenta final de la liquidación, momento con el cual la sociedad pierde su capacidad como sujeto de derechos, obligaciones y la capacidad para ser parte en procesos (sentencia del 07 de marzo de 2018, exp. 23128, CP: S.J.C. (...) Al darse esa situación mientras se tramita un proceso, no necesariamente conlleva la terminación de este, porque podría darse la figura de la sucesión procesal (artículo 68 del CGP). (...)”

Tanto la doctrina como la jurisprudencia mencionadas, están de acuerdo en que entre la legitimario ad causam y el interés jurídico para obrar, ambos presupuestos de la pretensión para la sentencia de fondo o de mérito, existe una innegable relación, a tal punto que, en cuanto tiene que ver con el demandante, el segundo es necesariamente un complemento de la primera para el éxito de su pretensión¹¹. Presupuestos que se encuentran ampliamente probados y demostrados en los documentos allegados al expediente y el trámite del proceso, para determinar que los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, se encuentran ampliamente legitimados en la causa, para haber iniciado el proceso arbitral, como también para reclamar y recibir los

¹⁰ SENTENCIA N° 76001-23-31-000-2010-00342-01 de Consejo de Estado (SECCIÓN CUARTA) del 19-11-2020

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC16279-2016 del once (11) de noviembre de 2016, Magistrado Ponente Dr. Ariel Salazar Ramírez. Radicación N° 05001-31-10-013-2004-00197-01

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

perjuicios que, con ocasión al incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios de Salud Integrales No. 023 de 2013, se les haya generado, esto bajo el entendido que la entidad actual, legitimada para recibir los valores a los que hubiere lugar en la decisión de ser así, es la sociedad Zalka S.A.S. en atención a la cesión de derechos litigiosos allegada al proceso.

Por todo lo anterior, la totalidad de los hechos que constituyen este acápite, se tienen como hechos probados para el desarrollo de la presente providencia, los cuales se enmarcan en la liquidación del Contrato para la Prestación de Servicios de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013.

5.4 Sobre los hechos relativos al proceso de liquidación forzosa - Anexo 03

En esta división del acápite de los hechos de la demanda, el apoderado judicial de la convocante establece una serie de numerales, de los cuales dan cuenta real los documentos aportados con el libelo introductorio, los cuales no fueron tachados ni desconocidos por la parte convocada cuando tuvo la oportunidad procesal para ello. Adicionalmente, respecto de los hechos que se enlistan en este apartado, no son objeto a desarrollar o estudiar en el presente proceso.

El Agente del Ministerio Público en contestación de la demanda allegada al proceso (ver documento 8.1 del Expediente Digital), expuso que

“4).- Los hechos descritos en el punto “4.- Relativos al proceso de liquidación forzosa”, y salvo la afirmación relativa a que ellos fueron la causa de la liquidación de la entidad, asunto que no concierne a este proceso arbitral, se tienen como ciertos, en tanto todos aparecen probados, con los documentos aportados con la demanda. Estos documentos, salvo que, con la contestación que haga la entidad demandada se probare otra cosa, se tendrán como ciertos, en tanto no sean objeto de tacha (Art. 269, C.G.P.)”.

Sin embargo, se tendrán como probados los hechos 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3, 4.1.4, 4.1.5, 4.1.6, 4.1.7, 4.1.8, 4.1.9, 4.1.10, 4.1.11, 4.1.12, razón por la cual, serán también objeto de estudio y análisis por parte del Tribunal, los hechos 4.2 y 4.3, respecto de los perjuicios patrimoniales generados a los accionistas de la sociedad hoy liquidada, como también su legitimación para la presente demanda.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

6. Sobre el Contrato de Prestación de Servicios en Salud No. 023 del 2013

6.1 Existencia, Naturaleza y Régimen del contrato

Pasa el Tribunal a referirse a la naturaleza y régimen jurídico del Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013 de la litis, en relación con lo cual el Tribunal comienza señalando que el mencionado contrato fue celebrado entre el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de Contratante y la Sociedad Clínica Santiago de Cali, el dieciocho (18) de febrero de 2013, tal como se verifica con el texto contractual que obra en el expediente a folio 84 del Anexo 1 de la Carpeta “1.3 Anexos Corrección Demanda” del Cuaderno Principal No. 1. Debe anotarse que en el proceso ninguna de las partes ha cuestionado su existencia, ni su validez, ni su aptitud para producir los efectos jurídicos perseguidos por ellas, centrándose la controversia específicamente en torno al incumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo.

Ahora bien, de la revisión del mencionado documento se observa que las partes se ocuparon de regular el alcance del mismo y las obligaciones a su cargo, encontrándose que, de acuerdo con la cláusula primera, el objeto del contrato convenido entre los contratantes consistió en:

*“Prestación de los servicios integrales de salud bajo la modalidad de pago por unidad de capitación, con sujeción al plan obligatorio de salud y al Plan de Atención Convencional definidos en el Pliego de Condiciones de la Selección Abreviada No. 001 de 2013, junto con sus Anexos y Formatos, así como lo ofrecido en la propuesta presentada por **EL CONTRATISTA**, con destino a los pensionados y demás beneficiarios del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de la División o Región Pacífico, de acuerdo con la base de datos que contiene la población usuaria actualizada a 30 de noviembre de 2012”.*

Al respecto, el Consejo de Estado¹², ha dispuesto que:

“Por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, según lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que tal es la forma que deben adoptar dichos actos para existir jurídicamente y quedar

¹² Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., Treinta (30) De Enero De Dos Mil Trece (2013). Radicación Número: 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130), Actor: Luz Marina Pérez Barrera, Demandado: Departamento De Casanare.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus” (...),

Requisito que cumple el presente contrato, pues existe prueba suficiente en el expediente que demuestra la existencia del mismo.

En cuanto a los antecedentes que dieron lugar a su celebración, cabe destacar que, según se encuentra demostrado en el proceso, el contrato referido se celebró como resultado del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 001 de 2013 adelantado por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, cuyo objeto, consistió en la prestación de los servicios integrales de salud bajo la modalidad de pago por capitación con sujeción al Plan Obligatorio de Salud y al Plan de Atención Convencional definido en el Pliego de Condiciones, incluyendo los programas de promoción y prevención con destino a los pensionados y demás beneficiarios de la Región o División Pacífico del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Resolución No. 0518 del quince (15) de febrero de 2013)¹³. Adicionalmente, sobre los antecedentes contractuales, se tiene que la modalidad de selección, se fundamentó jurídicamente en lo establecido para los Procesos de Selección Abreviada de Menor Cuantía, en atención a lo dispuesto en el literal c) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 4 del Decreto 2025 de 2009.

De los estudios previos a la contratación, se decanta la descripción del servicio a contratar con las especificaciones esenciales, donde se indica que:

“A continuación se describe el objeto a contratar, junto con las especificaciones esenciales y el tipo de contrato a celebrar, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el Fondo deberá satisfacer sus necesidades con sujeción a las reglas y procedimientos establecidos en el Estatuto General de Contratación Pública”

Respecto del régimen jurídico aplicable al contrato objeto de litis, es importante señalar que se trata de un contrato de naturaleza estatal y que, por ende, se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que le son propias de acuerdo con su naturaleza. Lo anterior, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, que consagra la aplicación del criterio orgánico o subjetivo para efectos de determinar la naturaleza del contrato, y tal como se analizó de manera detallada anteriormente, por la naturaleza, estatutos y régimen aplicables al Fondo de Pasivo Social de

¹³ Ver folio 69 del Anexo No. 1 de la Carpeta “1.3 Anexos Corrección Demanda” del Cuaderno Principal No. 1.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Ferrocarriles Nacionales de Colombia, los contratos que este celebre para el cumplimiento de sus funciones están sometidos a la Ley 80 de 1993, por expresa disposición de la ley que lo creó como establecimiento público -D.L. 1591 de 1989-, sus estatutos -Decreto 1435 de 1990-, la misma Ley 80 de 1993 y la Ley 489 de 1998.

Adicionalmente, en lo que respecta al régimen jurídico aplicable al contrato, debe darse también plena observancia a lo dispuesto en la cláusula vigésima segunda del texto contractual, donde las partes por su naturaleza y la prestación del servicio, determinaron que las normas aplicables al contrato, son las nacionales y en especial el Estatuto de Contratación Pública y aquellas que las adicionen, modifiquen o reformen, como también las que rijan o regulen la prestación de los servicios de salud¹⁴, como también en la identificación del tipo de contrato estimado en los Estudios Previos¹⁵ donde se estipuló que:

*“...el negocio jurídico resultante del proceso de selección de contratistas es un **CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE SALUD**, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y con sujeción a lo previsto en el literal c) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 3.2.3.1 del Decreto 734 de 2012...”*

Al respecto se tiene que:

*“**Artículo 2º. De las modalidades de selección.** La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...) 2. Selección abreviada. (...) Serán causales de selección abreviada las siguientes: (...) c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios; (...)”*

Por su parte, se expuso que el artículo 3.2.3.1 del Decreto 734 de 2012, señala que “las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, seleccionarán a su contratista haciendo uso del procedimiento previsto para la selección abreviada de menor cuantía (...)”

¹⁴ Ver folio 114 del Anexo No. 1 de la Carpeta “1.3 Anexos Corrección Demanda” del Cuaderno Principal No. 1.

¹⁵ Ver folio 16 del Anexo No. 1 de la Carpeta “1.3 Anexos Corrección Demanda” del Cuaderno Principal No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

En los estudios previos de contratación, se determinó además de lo anteriormente indicado, que el contrato en litis debía dar “2.2.2.1 Cumplimiento del Plan Obligatorio de Salud – POS” donde quedó especificado que “se requiere brindar asistencia médica a los pensionados y beneficiarios del Fondo, en los términos establecidos en la normatividad colombiana en materia de Plan Obligatorio de Salud – POS para el régimen contributivo. El Plan Obligatorio de Salud se sujetará, entre otras, a lo dispuesto en las siguientes normas (...)”¹⁶. En igual sentido, se establecía que dicho contrato debía dar “2.2.2.3 Cumplimiento de los Programas”, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁷.

Por lo demás, en el proceso las partes no han debatido acerca de la naturaleza de contrato estatal que ostenta el Contrato para la Prestación de Servicios de Salud Integral No. 023 de 2013, aspecto que fue reiterado en sus alegaciones finales por las partes y al que de igual modo se refirió el Ministerio Público en su concepto, manifestando que “la violación de normas de orden público, que es el fondo de la discusión, en un contrato estatal, es más responsabilidad de la entidad que del contratista, porque el contrato estatal, como regla, es de adhesión y es producto de la planeación de la administración”¹⁸.

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

Para el contrato estatal que nos ocupa en la presente litis, debe tenerse en cuenta que el plazo inicialmente acordado en el mismo, de conformidad con su cláusula tercera, fue de diez (10) meses, contados a partir del primero (01) de marzo hasta el treinta y

¹⁶ Acuerdo 008 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, Resolución No. 2816 de 1998 del Ministerio de Salud, Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud, Decreto 1011 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, Resolución 1043 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, Resolución No. 4445 de 1996 del Ministerio de Protección Social, Resolución 3763 de 2007 del Ministerio de la Protección Social, Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión Regular en Salud CRES. Y las que se encuentren vigentes.

¹⁷ Acuerdo 117 de 1998 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud, Resolución 3384 de 2000 del Ministerio de Salud, Resolución 3763 de 2007 del Ministerio de la Protección Social, Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión Regular en Salud CRES.

¹⁸ Ver Folio 14 documento 35.3.1 Concepto Final Ministerio Público. Expediente Digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

uno (31) de diciembre de 2013, sido objeto de modificación a través del Otro sí No. 03 del veintitrés (23) de diciembre de 2013, por medio del cual se prorrogó desde el primero (01) de enero al treinta y uno (31) de marzo de 2014 inclusive.

Adicionalmente estableció que “(...) Según se observa en el objeto de contrato, efectivamente se contrataron los servicios contemplados en el POS y el PAC, los cuales incluyen los servicios de 1, 2 y 3 nivel y alto costo, la clínica tenía conocimiento técnico de las cláusulas contractuales suscritas y sus obligaciones (...)”, y, además de ello, no obra prueba documental aportada al plenario por la convocada, que demuestre lo contrario a lo peticionado y afirmado incluso por ambas partes.

Por lo anterior, no está llamada a prosperar la oposición¹⁹ realizada a las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda por parte de la convocada y, teniendo en cuenta que el Tribunal Arbitral encuentra pruebas documentales suficientes²⁰, que no fueron desconocidas ni tachadas de falsas por la parte opositora, y acogiéndose a la posición del Agente del Ministerio Público²¹, declarará las peticiones realizadas en la demanda en la pretensión primera, segunda y tercera²², respecto de la existencia del Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, el cual fue suscrito en su momento por el Fondo de Pasivo Social e Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, con el objeto de la prestación de servicios de salud de nivel I, II y III y ALTO COSTO y como único criterio de retribución, el pago por capitación, pues todo se encuentra ampliamente probado en el expediente.

6.2 La remuneración pactada en el contrato

En el Contrato de Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, suscrito por la Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, las partes acordaron como remuneración del contrato, de

¹⁹ Folio 18 del archivo 9.1 Contestación Demanda Arbitral del Expediente Digital.

²⁰ Ver “1. Cuaderno No. 1 Principal” Subcarpeta 1.3 Anexos Corrección Demanda.

²¹ Folio 1 del archivo 8.1 Contestación del Ministerio Público del Expediente Digital: “‘1).- Los hechos descritos en el punto “1.- **Relativos a la celebración del contrato 023 de 2013 y su prórroga**”, se tienen como ciertos, en tanto todos aparecen probados, con los documentos aportados con la demanda. Estos documentos, salvo que, con la contestación que haga la entidad demandada se probare otra cosa, se tendrán como ciertos, en tanto no sean objeto de tacha (Art. 269, C.G.P.)”

²² Folio 3 del archivo 1.1 Demanda Arbitral Corregida. Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

conformidad con la cláusula segunda del texto, la suma de Veintisiete Mil Ciento Ochenta y Dos Millones Cuatrocientos Veintidós Mil Cuatro Pesos M/Cte. (\$27.182.422.404), total aproximado, cuyo valor se calcula de la siguiente manera:

- El Plan Obligatorio de Salud – POS23 corresponde a la suma de Catorce Mil Quinientos Veintitrés Millones Veintiocho Mil Ochocientos Diecinueve Pesos M/Cte. (\$14.523.028.819), suma que se obtiene de multiplicar el valor persona/mes, que es igual a la sumatoria del valor del 93% de la UPC24 por grupo etario fijada por el Ministerio de Salud y Protección Social, existentes en la Regional Pacífico, Programa Ferrocarriles y Puertos. Existe en el momento 13.334 usuarios, de acuerdo con la población a 30 de noviembre de 2012.
- El Plan de Atención Convencional – PAC25 corresponde a la suma de Doce Mil Setenta y Ocho Millones Quinientos Cuarenta y Un Mil Quinientos Sesenta Pesos M/Cte. (\$12.078.541.560), suma que se obtiene luego de calcular el número de afiliados y beneficiarios con derecho a este plan reconocidos por El Fondo, teniendo en cuenta el grupo etario de cada uno de ellos.
- Los usuarios adicionales no compensados corresponden a la suma de Quinientos Ochenta Millones Ochocientos Cincuenta y Dos Mil Veinticinco Pesos M/Cte. (\$580.852.025), suma que se pagará a través de nota crédito.

²³ Usuarios POS: A estos usuarios les prestarán, de manera exclusiva, los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y estarán identificados con un carné denominado POS, que para tal efecto expedirá el Fondo. En todo caso, la información de los beneficios de cada uno de los afiliados deberá ser consultada por los contratistas en el Anexo No. 4 del Pliego de Condiciones y en la base de datos que será suministrada por esta misma Entidad. (ver punto 2.2.2.1 Usuarios POS, folio 7 del Anexo No. 1 de la Carpeta 1.3 Anexos Demanda Corregida del Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital).

²⁴ Unidad por Pago de Capitación.

²⁵ Usuarios PAC: Este tipo de usuarios tiene derecho a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, así como los beneficios adicionales fijados en el Plan de Atención Complementaria, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en los documentos que forman parte del presente proceso de selección. Estos usuarios estarán identificados con un carné expedido por El Fondo denominado PAC. Para la atención de estos usuarios deberá el Contratista verificar su estado en la base de datos según lo establecido en el presente documento. (ver punto 2.2.2.1 Usuarios POS, folio 7 del Anexo No. 1 de la Carpeta 1.3 Anexos Demanda Corregida del Cuaderno Principal No. 1 del Expediente Digital).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

La anterior cláusula fue objeto de modificación a través del Otro sí No. 01 del primero (01) de agosto de 2013, por medio del cual se adicionó el valor del contrato en la suma de Dos mil Trescientos Treinta y Cuatro Millones Setecientos Sesenta y Cinco Mil Setenta y Siete Pesos M/Cte. (2.334.765.077).

Como forma de pago del valor acordado para el Contrato en cuestión, obrante en la Cláusula Cuarta del mismo²⁶, se tiene que, para el valor determinado del negocio jurídico, se determinó la siguiente forma de pago:

- **Por concepto de Plan Obligatorio de Salud – POS:** El valor total del periodo mensual es el resultado de calcular el 93% de la UPC per cápita según grupo etario establecido en la Resolución vigente del Ministerio de Salud y Protección Social, multiplicado por el número de usuarios aprobados en los procesos de compensación.
- **Por concepto de Plan de Atención Convencional – PAC:** El valor total del contrato corresponde a los servicios que se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios adicionales que no se encuentran cubiertos por el POS.

6.2.1 Sobre el pago por capitación

De conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son los acuerdos de voluntad -actos jurídicos- en los cuales se involucra una entidad pública en el extremo activo o contratante. Agrega la disposición que, pueden celebrarse los tipos de acuerdo previstos en el derecho privado, en normas especiales y los que surjan del acuerdo de voluntad de las partes. Por su parte, el artículo 1495 del Código Civil, define los contratos como *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”*.

Según el artículo 1502 del Código Civil colombiano, los contratos, como acuerdos de voluntad, deben partir de unos requisitos mínimos, requisitos para obligarse señala la norma, sin los cuales el acto jurídico carece de validez. Dichos son los siguientes: (i) capacidad, (ii) consentimiento, (iii) causa lícita y (iv) objeto lícito.

Dentro de la clasificación de los contratos, el artículo 1497 del Código Civil, incorpora la categoría de contratos gratuitos y onerosos y señala que: *“El contrato es gratuito o*

²⁶ Ver folio 90 del Anexo No. 1 de la Carpeta “1.3 Anexos Corrección Demanda” del Cuaderno Principal No. 1.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

Según el estatuto de contratación, los contratos del Estado son, como reglas, onerosos, en tanto existe una conmutatividad en las prestaciones, una utilidad mutua, siendo entonces el pago, en cualquiera de las posibilidades legalmente admitidas, un requisito de la esencial del contrato estatal.

Así, conforme al artículo 1501 del Código Civil colombiano, *“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales”*. Agrega la disposición que, *“Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”*.

En consecuencia, siendo en términos generales el contrato estatal un contrato conmutativo y oneroso, y siendo el contrato de prestación de servicios de salud un contrato conmutativo y oneroso, el pago es un requisito de la esencia, sin el cual el contrato desaparece o murta en otro. No a otra conclusión se puede llegar de la lectura del artículo 5-1 de la Ley 80 de 1993 cuando estipula que los contratistas *“Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”*.

Corresponde entonces a este tribunal arbitral, señalar la forma de pago prevista en el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, para la Prestación del Servicio Integral de Salud para los pensionados y beneficiarios adscritos a los programas de ferrocarriles y puertos de la Regional Pacífico y precisar si dicha forma de pago se ajustó a las previsiones legales al respecto.

De conformidad con el artículo 183 de la Ley 100 de 1993, en la organización del Plan Obligatorio de Salud, se reconocerá a cada entidad promotora, un valor *per cápita* por cada afiliado, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC, que se establecerá en función de (i) el perfil epidemiológico de la población, (ii) los riesgos cubiertos, (iii) los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería y (iv) que será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, hoy Comisión de Regulación en Salud (CRES) conforme al artículo 3 de la Ley 1122 de 2007, que derogó el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, siguiendo los lineamientos del Ministerio de Salud.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

De conformidad con el Literal a) del artículo 4 del Decreto 4747 de 2007²⁷, el sistema de pago por capitación o, más técnicamente Unidad de Pago por Capitación (UPC) es:

“Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas”.

En el mismo sentido, el Ministerio de Salud la define en los siguientes términos:

“es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS), en los regímenes contributivo y subsidiado. La UPC-Subsidiada, UPC-S, es el valor reconocido para cubrir el POS subsidiado y también es referida como UPC plena o subsidio pleno”²⁸.

De conformidad con el artículo 7 del Decreto 4747 de 2007, en la modalidad de pago por capitación se debe incluir, además de las condiciones mínimas previstas en el artículo 6 del mismo estatuto para todas las modalidades de contratación de prestación de servicios de salud, las siguientes consideraciones:

“1. Base de datos con la identificación de los usuarios cubiertos con el acuerdo de voluntades. 2. Perfil epidemiológico de la población objeto del acuerdo de voluntades. 3. Monto que debe ser pagado por el responsable del pago por cada persona con derecho a ser atendida, en un período determinado, en el marco de los servicios convenidos o pactados con el prestador de servicios. 4. Identificación de las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos incluidos en la capitación, de acuerdo con la codificación que establezca el Ministerio de la Protección Social. 5. Metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención, que tengan en cuenta la normatividad vigente. 6. Condiciones de ajuste en el precio asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago. 7. Condiciones para el reemplazo de personas cubiertas por el

²⁷ Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones.

²⁸ Disponible en [https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/UPC_S.aspx#:~:text=a.&text=La%20Unidad%20de%20pago%20por%20capitaci%C3%B3n%20\(UPC\)%20es%20el%20valor,los%20reg%C3%ADmenes%20contributivo%20y%20subsidiado.\(05/08/2022\)](https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/UPC_S.aspx#:~:text=a.&text=La%20Unidad%20de%20pago%20por%20capitaci%C3%B3n%20(UPC)%20es%20el%20valor,los%20reg%C3%ADmenes%20contributivo%20y%20subsidiado.(05/08/2022))

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

acuerdo de voluntades, asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago”.

La Ley 1438 de 2011²⁹, regula en el artículo 52 las reglas de la contratación de las entidades promotoras de salud con los prestadores de los servicios de salud mediante la modalidad de pago por capitación, reglas que, tienen carácter vinculante porque pretenden la calidad y sostenibilidad de la atención en salud. Las reglas previstas en este artículo son las siguientes:

En primer lugar (Art. 52-1), señala que, *“Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los **servicios de baja complejidad**, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación”* (Negrilla fuera de texto).

En segundo lugar (Art. 52-2), la contratación de servicios de salud mediante la modalidad de pago por capitación *“no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo”.*

En tercer lugar (Art. 52-3), en la contratación de servicios de salud mediante la modalidad de pago por capitación, *“las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, se deberá hacer con fundamento en indicadores y evaluación de resultados en salud”.*

Con fundamento en lo anterior, se profundizará en el sistema de pago por capitación, por ser esta la modalidad de pago involucrada en el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013 y por ser este el punto central de discusión.

6.2.2 Las Normas de Orden Público

El artículo 16 del Código Civil Colombiano, establece que son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

²⁹ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En palabras del Ministerio Público en concepto final³⁰ emitido a este Tribunal, se tiene que

“(…) Desde el punto de vista gramatical, será de orden público, la materia o la norma que, específicamente, reciba esa denominación por parte del Constituyente o del Legislador. Desde el punto de vista sistemático, será de orden público, aquello que, de manera transversal, se encuentre protegido, simultáneamente, por diversos mecanismos judiciales, lo que también se llama mayor resistencia constitucional. Finalmente, será de orden público, aquello que encarne valores y principios superiores del Estado colombiano.

En esta línea de pensamiento, comparte este agente lo dicho por el apoderado de la parte convocante en su demanda, cuando afirma que, lo relativo al derecho fundamental a salud, tiene la connotación de orden público. Veamos”.

Con base en lo anterior, procede el Tribunal Arbitral, a realizar el siguiente análisis:

6.2.3 Violación del pacto del pago por capitación a la Ley 1438 de 2011 a los niveles II, III y de Alto Costo.

Según el artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, *“Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los **servicios de baja complejidad**, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación”* (Negrilla fuera de texto).

Mediante el Acuerdo 08 de 2009³¹, artículo 59, se entendió, sin perjuicio del detalle previsto en el Anexo Técnico 02, la prestación de servicios de Nivel I o de baja complejidad en el régimen subsidiado de la siguiente manera:

“La Cobertura de Servicios de primer nivel, son las prestaciones asistenciales o servicios en salud, que las EPS-S deben garantizar de manera permanente en el municipio de residencia de los afiliados, en su defecto, con la mayor accesibilidad geográfica posible, mediante el diseño y organización de la red de prestación de servicios de salud. Estos servicios y su red de prestación deben hacer parte de la carta

³⁰ Folio 18 del archivo 35.3.1 Concepto Final del Ministerio Público del Expediente Digital.

³¹ “Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”. Este acuerdo fue derogado por el artículo 82 del Acuerdo CRES 028 de 2011 que, a su vez, fue derogado por el artículo 4 del Acuerdo CRES 029 de 2011. La noción, sin embargo, es la misma.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

de derechos de los afiliados y de todas maneras deberán ser informados a los mismos, dando cumplimiento a la normatividad vigente sobre la materia”.

El artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, fue objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, órgano judicial que, mediante sentencia C-197 de 2012, concluyó que:

Primero, según lo dicho Ministerio de la Protección Social, en punto de las razones que llevaron a la expedición de la ley -criterio teleológico-, la limitación del sistema de pago por capitación a los servicios de bajo complejidad o Nivel I, tuvo como razón el evitar que las Empresas Promotoras de Salud -EPS-, trasladaran a las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-, la responsabilidad frente al riesgo, evitando así que, (i) se redujera el monto de los recursos dirigidos a las prestación del servicio y (ii) se trasladara a las IPS los costos de administración del Sistema.

Segundo, según lo dicho Ministerio de la Protección Social, la contratación de los servicios de salud, distintos al Nivel I o de baja complejidad, llevó a que (i) se aumentara el riesgo financiero para las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-, provocando quiebras y cierres, (ii) se afectara negativamente la prestación del servicio, evidenciado en largas listas de espera y negativas de atención y (iii) se implementaran barreras de acceso para evitar el acceso a servicios de alta complejidad, incluyendo servicios de niveles II, III y ALTO COSTO.

Tercero, según lo dicho por la Superintendencia Nacional de Salud y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, la información de la población objeto, sólo está disponible respecto de los riesgos que se atienden en el Nivel I o de baja complejidad, de suerte que, incluir en este sistema de pago niveles II, III ALTO CVOSTO, es un traslado injustificado de un riesgo financiero.

Cuarto, según lo dicho por la Superintendencia Nacional de Salud y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, reservar la modalidad de pago por capitación a los servicios de Nivel I o de baja complejidad, se constituye en un incentivo para que las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- adelanten labores de prevención y promoción que redunden en la reducción de riesgos y demanda del servicio.

Quinto, según lo dicho por la Superintendencia Nacional de Salud y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, por lo general, los contratos para la prestación de servicios de salud, no tienen en cuenta la capacidad de las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-, lo que conduce a una subcontratación, con la consecuente desmejora en la prestación del servicio.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Con fundamento en lo anterior, y luego de un examen de proporcionalidad, la Corte Constitucional declara la exequibilidad del artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011 con fundamento en que:

“En este caso, la Sala observa que si bien es cierto por medio del artículo 52.1 el Legislador limitó la libertad económica de las EPS e IPS, especialmente su libertad contractual, en tanto dispone que en adelante solamente podrán celebrar contratos de pago por capitación en relación con servicios médicos de baja complejidad, dicha limitación es proporcionada, por las siguientes razones:

En primer término, de conformidad con las consideraciones previas, la medida contenida en el precepto acusado es idónea, pues, de un lado, se dirige a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, es decir, un fin no solamente importante sino imperioso a la luz de la Constitución, y, de otro, emplea un medio adecuado para el efecto.

Ciertamente, la medida (i) busca que evitar que mediante la celebración de este tipo de contratos, las EPS trasladen a las IPS la gestión del riesgo, en particular respecto de los servicios de los niveles medio y alto de complejidad, y de esta manera aumenten de costos de administración del sistema. (ii) Por esta misma vía, persigue la adecuada, eficiente y oportuna prestación de los servicios médicos tanto de baja complejidad, como de mediana y alta. En el caso de los servicios de mediana y alta complejidad, mediante la prohibición de su contratación por la modalidad de pago por capitación, con el fin de impedir la subcontratación no necesaria y evitar prácticas lesivas de los derechos de los pacientes, tales como la dilación en la asignación de citas con especialistas o la negación del servicio. Respecto de los servicios de baja complejidad, mediante la promoción de precisamente esta modalidad contractual, la cual ha demostrado ser muy útil para estos casos, ya que incentiva a las IPS a realizar actividades de promoción y prevención para disminuir la demanda de servicios. (iii) También se dirige a preservar la estabilidad financiera de las IPS y, de esta manera, a asegurar la pluralidad de oferentes de servicios médicos –requisito para la realización del principio de libre elección, debido a que evita que las IPS asuman costos de servicios médicos de media y alta complejidad que no fueron previstos en el contrato original.

Por otra parte, el medio elegido por el Legislador es apropiado, pues impide que en lo sucesivo el contrato de pago por capitación se celebre para los servicios médicos para los que no fue diseñado.

En segundo término, la medida es necesaria, puesto que, según la información suministrada por el antiguo Ministerio de la Protección Social, las medidas de control

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

que se habían adoptado previamente no mostraron resultados definitivos en la disminución de las malas prácticas asociadas a esta modalidad contractual.

En tercer término, la medida es proporcionada en estricto sentido, ya que, de un lado, contribuye a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, así como los principios de eficacia y eficiencia que rigen la seguridad social; y, de otro, si bien limita la libertad de empresa, no anula sus contenidos básicos. En efecto, la medida no establece un trato discriminatorio entre competidores que se hallen en la misma situación; tampoco limita el derechos de las EPS e IPS a concurrir al mercado de servicios de salud; no implica una intromisión en los asuntos internos de la organización; si bien limita sus métodos de gestión, no le impide la ejecución del objeto social; y tampoco impide a las EPS e IPS obtener un beneficio económico razonable por el ejercicio de sus actividades”.

En consecuencia, queda claro para este tribunal que, la modalidad de pago por capitación, únicamente está permitida para la contratación de los servicios de salud del Nivel I o de baja complejidad, y en ningún momento para la prestación de los servicios de salud de los niveles II, III y ALTO COSTO. Una regulación contractual en un sentido diferente, se tendrá por no escrita y será absolutamente ineficaz.

Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral se acoge a las conclusiones emitidas por el Agente Público en concepto final³² *“Aterrizando lo dicho al caso concreto, comparte este agente lo dicho por la parte convocante, en el sentido de que, el CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, suscrito entre El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA, desconoció el artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, norma de orden público, cuando previó el sistema de pago por capitación, en el caso de la prestación de los servicios de salud de nivel II, III y ALTO COSTO”.*

6.3 Aplicación de las glosas

El Decreto 4747 dispuso en su artículo 2º que:

“El presente decreto aplica a los prestadores de servicios de salud y a toda entidad responsable del pago de los servicios de salud. Cuando las entidades que administran regímenes especiales y de excepción suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud a quienes les sea aplicable el presente decreto, deberán cumplir con los términos aquí establecidos” (se subraya).

³² Folio 19 del archivo 35.3.1 Concepto Final del Ministerio Público del Expediente Digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Por consiguiente, el Decreto 4747 de 2007 es, en principio, aplicable al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de acuerdo con lo expuesto anteriormente respecto de la naturaleza del Fondo.

Sin embargo, ello no implica que todas sus normas lo sean, pues algunas de ellas pueden definir, en forma específica, su campo de aplicación. Así, el artículo 22 de dicho Decreto, que regula el Manual Único de Glosas, devoluciones y respuestas, dispone:

“El Ministerio de la Protección Social expedirá el Manual Único de Glosas, devoluciones y respuestas, en el que se establecerán la denominación, codificación de las causas de glosa y de devolución de facturas, el cual es de obligatoria adopción por todas las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud” (se subraya).

Como se puede apreciar, si bien el Decreto 4747 de 2007 es aplicable al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el artículo 22 del mismo Decreto, estableció que el Manual Único de Glosas es de obligatoria aplicación por las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En un Tribunal Arbitral³³ similar al presente caso, en el laudo arbitral se adoptó la siguiente posición respecto del acuerdo y aplicación respecto de las glosas en el contrato estatal y las entidades sobre las cuales recae dicha obligaciones, de la siguiente manera, argumentos a los cuales se acoge el Tribunal Arbitral para el caso en concreto:

“En efecto, el artículo 2º del Decreto 4747 de 2007 establece que su campo de aplicación son los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud y señala que cuando las entidades que administran regímenes especiales y de excepción suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud a quienes les sea aplicable el presente decreto, deberán cumplir con los términos aquí establecidos.

Ahora bien, en la gran mayoría de los casos las normas del Decreto se refieren expresamente a la relación de los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de servicios de salud, caso en el cual no hay duda en la

³³ TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA. – COSMITET LTDA.- Y LA FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. VS FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y TITULAR DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

aplicación del Decreto 4747 de 2007 al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Sin embargo, cuando el Decreto se refiere al Manual Único de Glosas, devoluciones y respuestas, establece que mismo “es de obligatoria adopción por todas las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

El hecho de que dicho artículo, a diferencia de otros, haya precisado a qué entidades es aplicable la obligatoriedad del Manual, y no se refiera a la relación entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago, indica que esta norma no tiene los mismos destinatarios del régimen general del decreto

Lo anterior se aprecia si se comparan los artículos 22 y 23 del Decreto, el primero, que establece la obligatoriedad del Manual Único de Glosas, devoluciones y respuestas, se refiere “a las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, en tanto que el segundo, el artículo 23, para regular el trámite de las glosas alude a “entidades responsables del pago de servicios de salud” concepto que claramente incluye al Fondo de Prestaciones del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de conformidad con el artículo 2o del mismo Decreto”.

Por su parte, es de observar que el Contrato tampoco estableció la aplicación del Manual Único de Glosas, pues lo único que prevé en su cláusula cuarta son unos términos para el referido pago, que no tienen concordancia con el decreto que lo regula, por lo tanto, no puede producir efectos en aquellos casos en que el Decreto 4747 es de obligatoria aplicación.

El artículo 57 de la ley 1438 de 2011 dispone:

“Artículo 57. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago.

Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas.

Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago.”

A este respecto se encuentra que la ley claramente estableció el deber de formular glosas en un determinado lapso, pero no precisó la consecuencia de que no se formulen glosas en dicho término. Solo estableció que si se formularan, no podrían formularse otras, salvo que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

Es claro que si una parte no cumple un deber que impone la ley, y ello tiene consecuencias desfavorables para la otra, quien incumplió dicho deber deberá indemnizar los perjuicios causados.

Por otra parte, también es claro que, si la ley fija un término para realizar una conducta, en principio, dicha conducta sólo está amparada por la ley si se ejecuta durante el plazo legal. Por consiguiente, si la ley fija un plazo para formular una glosa, esta no puede en principio formularse posteriormente³⁴.

³⁴ TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA. – COSMITET LTDA.- Y LA FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. VS FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA Y TITULAR DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Sin embargo, una cosa distinta es que se pierda el derecho a reclamar particularmente cuando de lo que se trata es de recursos de seguridad social que, según ha señalado la Corte Constitucional, tienen especial protección constitucional, pues el artículo 48 de la Constitución Política establece que "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella". Por ello no es admisible que por el sólo hecho de que transcurra el tiempo para formular una glosa se adquiera el derecho a recibir en forma irreversible unos recursos que tienen especial protección constitucional, cuando no se trata de remunerar los servicios a los que están destinados. Un razonamiento de esta índole implicaría una suerte de "purga" de cualquier posible irregularidad en el pago por el mero hecho de haber transcurrido el término legal para el trámite de glosas.

Es por ello que, independientemente del régimen aplicable a las glosas, otras normas legales establecen un deber por parte de las entidades de recuperar los recursos del régimen de seguridad social en salud que se han pagado injustificadamente.

En este sentido, el Decreto ley 1281 de 2002, en su artículo 7o, regula el trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud y prevé el trámite de las glosas, así como el pago de intereses moratorios en caso de glosas infundadas, pero igualmente establece lo siguiente:

***“Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa.** Cuando la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud detecte que se presentó apropiación sin justa causa de los mismos, solicitará la aclaración del hallazgo a la persona involucrada, para lo cual remitirá la información pertinente, analizará la respuesta dada por la misma y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, ordenará su reintegro, actualizado al Índice de Precios al Consumidor, IPC, dentro de los plazos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

Una vez quede en firme el acto administrativo que ordena el reintegro, de conformidad con el procedimiento definido, la ADRES o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, compensará su valor contra los reconocimientos que resulten a favor del deudor por los diferentes procesos que ejecuta ante la entidad. En todo caso, los valores a reintegrar serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que recibe los recursos, este deberá reintegrarlos actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), en el momento en que detecte el hecho.

En los casos en que la ADRES o quien haga sus veces o la autoridad o entidad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud identifique en el proceso de reintegro actos u omisiones presuntamente constitutivas de infracciones de las normas del Sistema, informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las investigaciones administrativas a que haya lugar.

Parágrafo 1°. Los procesos que hubiesen sido allegados a la Superintendencia Nacional de Salud hasta la entrada en vigencia de la presente ley culminarán su trámite y se les aplicarán las reglas previstas en el régimen jurídico anterior. En todo caso, los recursos del aseguramiento en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa involucrados en procedimientos en curso serán reintegrados actualizándolos con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Los procesos de reintegro que a la entrada en vigencia de la presente ley no hayan sido recibidos en la Superintendencia Nacional de Salud, se regirán y culminarán su trámite bajo las disposiciones previstas en el presente artículo.”

Como se puede apreciar, independientemente del régimen de las glosas y su tratamiento, las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social en Salud prevén que, cuando se presente una “apropiación sin justa causa de los mismos” esto es de sus recursos, la entidad competente debe solicitar la aclaración del hallazgo y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de tales recursos, ordenar su reintegro.

Lo anterior implica que del hecho de que se haya vencido el plazo para formular glosas no se puede concluir que se pierda el derecho a reclamar cuando se establezca que una persona se apropió sin justa causa de los recursos de la seguridad social. Lo contrario implicaría cohonestar conductas que tienen un carácter claramente reprochable e, incluso, tipificadas por la ley penal.

Es pertinente precisar que las reglas del artículo 7o del Decreto ley 1281 de 2002 se aplican a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o a quien haga sus veces o a cualquier entidad o autoridad pública

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

que en el ejercicio de sus competencias o actividades actúe como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Desde esta perspectiva, se aprecia que, en las normas que prevén flujos de recursos entre las entidades del régimen general de seguridad social en salud y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, lo que conduciría a sostener que el mencionado artículo le es aplicable, pero, aun si no lo fuera, en todo caso encuentra el Tribunal que dicha norma es un desarrollo del principio general que consagra el artículo 48 de la Constitución Política, por lo cual se puede concluir que cuando se trata de verificar el destino de los recursos de la salud, el hecho de que no se hayan formulado glosas oportunamente no significa que quien reciba dichos recursos puede quedarse con ellos si está acreditada una apropiación indebida de los mismos.

En este sentido es pertinente señalar que el artículo 29 del decreto 2353 de 2015 que regula la multiafiliación prevé precisamente la posibilidad de solicitar el reintegro de las unidades de pago por capitación reconocidas sin justa causa, para lo cual dispone:

“Artículo 29. Afiliaciones múltiples (...)

“Cuando el Ministerio de Salud y Protección Social o el administrador de la base de datos de afiliados vigente evidencie la afiliación múltiple derivada de inconsistencias o duplicidad en los datos o documentos de identificación del afiliado, adelantará los procesos de verificación y cancelación de la afiliación múltiple, lo comunicará a las EPS involucradas y solicitará el reintegro de las unidades de pago por capitación reconocidas sin justa causa. En caso de que las EPS no realicen el reintegro, en los términos y plazos definidos por la normativa vigente, corresponderá a la Superintendencia Nacional de Salud ordenar el reintegro inmediato de los recursos y adelantar las acciones que considere pertinentes.”

Es pertinente señalar que las reglas sobre glosas lo que buscan es asegurar que los recursos lleguen al sistema sin demora, pero, en todo caso, no tienen por objeto permitir que los recursos de la salud finalmente se destinen a fines distintos a sus propósitos constitucionales.

Por consiguiente, si no se formuló una glosa oportunamente se debe pagar, pero si se acredita que ello implica una indebida apropiación de recursos de la salud dicho valor debe ser recuperado.

No sobra señalar que, desde la perspectiva del derecho privado, el hecho de que se deba realizar un pago en un corto lapso, porque así lo exige un contrato, no quiere

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

decir que después no se pueda reclamar cuando se descubre que el pago se hallaba desprovisto de causa. En efecto, en tal caso se podría reclamar por un pago de lo no debido, lo que implica que se demuestre que por error se ha hecho un pago (artículo 2313 del Código Civil), o cuando el pago es un negocio jurídico, éste podría impugnarse por las mismas causas que los demás negocios jurídicos (artículo 878 del Código de Comercio).

7. De los Intereses Moratorios

De conformidad con la legislación civil colombiana, todo acuerdo de voluntades lleva implícito el deber de cumplir con las obligaciones pactadas, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, esto es, la cláusula general según la cual el contrato es una ley para las partes (Art. 1602 C.C.). En consecuencia, en los contratos bilaterales, el deudor incurre en mora (i) cuando no cumple con la obligación dentro del término estipulado, (ii) cuando el deudor entrega la cosa o ejecuta la obligación tardíamente y (iii) en los demás casos cuando el deudor es judicialmente reconvenido por el acreedor (Art. 1608 C.C.).

A su vez, en cuanto al requisito de la mora, como es bien sabido, para su configuración no basta el simple retardo, es necesaria la reconvención judicial, a menos que la obligación se encuentre sujeta a un plazo o se presente la preclusión de la oportunidad, es decir que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo³⁵ De otra parte, tratándose de obligaciones dinerarias, establecida la mora el acreedor tiene derecho al pago de intereses sin necesidad de acreditar perjuicios, al tenor del artículo 1617 del C.C.³⁶

³⁵ “Artículo 1608 Código Civil: El deudor está en mora:

1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutar/a.

3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”

³⁶ Artículo 1617 del Código Civil Indemnización por Mora en Obligaciones de Dinero: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Consecuencia de lo anterior, el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 señala que, las entidades estatales garantizarán el equilibrio contractual, para los cual pactarán los intereses moratorios que sean del caso. En el mismo sentido, el artículo 5-1 *ib.*, señala que, los contratistas “*Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato*”, esto es, tienen el derecho a recibir una compensación por la pérdida del poder adquisitivo, producto del incumplimiento de la obligación intrínseca de pago oportuna propia de todo contrato estatal.

En esta misma línea, señala el artículo 1614 del Código Civil colombiano que, se entenderá como daño emergente, el perjuicio o pérdida que proviene del incumplimiento, de cumplimiento imperfecto y del cumplimiento tardío de la obligación. A su vez, será lucro cesante la ganancia que se deja de percibir producto de las mismas hipótesis que se acaban de señalar.

Es de precisar que, los conceptos de daño emergente y de lucro cesante, no son excluyentes sino complementarios. Ellos responden a lógicas diferentes, y bien pueden reclamarse simultáneamente.

Esta perspectiva binaria de daño emergente y de lucro cesante, como consecuencia de la mora en el cumplimiento de obligaciones contractuales, ha sido plenamente acogida por el Consejo de Estado, órgano judicial que dicho que:

“Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el daño emergente (damnum emergens) es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho que se juzga, representada en la pérdida de elementos económicos bien por los gastos que ellos significaron en su adquisición, ora por los desembolsos futuros para recuperarlos o enmendarlos, incluso, por la constitución de un pasivo, es decir, un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá del patrimonio. Al paso que el lucro cesante (lucrum cessans), es la frustración de las utilidades, ventajas o lucro o pérdida de un interés futuro a un bien o a la realización de ciertos aumentos patrimoniales, por el mismo hecho, es decir, supone todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se reportarían. Tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez, sin que dejen de serlo, presentar las variantes de consolidado y futuro, de acuerdo con el momento en que se haga su valoración”³⁷.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA
Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

En el mismo sentido, señaló el Consejo de Estado³⁸ sobre los intereses moratorios en el contrato estatal que:

“(…) en conclusión, la entidad pública que se sustrae de pagar oportunamente el valor pactado del contrato, o sea, la obligación dineraria principal a su cargo, están en el deber de reparar los perjuicios materiales causados a través de una indemnización integral que comprenda el pago del capital actualizado de la deuda, así como los intereses moratorios, a la tasa convenida por las partes o, en defecto de estipulación expresa, la tasa que fija la ley, los cuales no necesitan prueba porque se presumen (…)”.

En conclusión, no solo es perfectamente válido, sino que, además, es obligatorio el reconocimiento de intereses de mora cuando quiera que las entidades estatales incumplan con la obligación de pagar en tiempo y en debida forma las prestaciones a su cargo. Se trata de una exigencia implícita de la ecuación contractual, fundada en las normas civiles generales y en las especiales de la contratación pública.

Sin embargo, surge una pregunta: ¿La mora en los contratos de prestación de servicios de salud, se rige por las normas generales de la Ley 80 de 1993, o tiene un cálculo especial? Dicha pregunta, resulta fundamental para el cálculo de los perjuicios que se reconozcan. Para resolver se considera lo siguiente:

En primer lugar, de conformidad con el inciso 1 del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales tienen la obligación de mantener durante el contrato *“las condiciones técnicas, económicas y financieras”*, para lo cual pueden, inclusive, pactar intereses moratorios. Continúa la norma señalando que, si no se pactaron expresamente los intereses moratorios, *“se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”*, es decir, conforme a la Ley 80 de 1993, las entidades estatales están obligadas al pago de intereses moratorios en aquellos casos en los cuales no paguen a tiempo lo que el contrato o la ley les obliga.

diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214) Actor: FEDERICO SAUL SANCHEZ MALAGON Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA-SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS Referencia: ACCION CONTRACTUAL.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo en fallo del diez (10) de mayo de 2018, en el proceso No. Rad. No: 68001-23-31-000-1999-01452-01(41186), Actor: Sociedad Conca S.A. Demandado, Departamento de Santander.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

En segundo lugar, señala el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 que:

“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

Es decir, existiendo norma especial, y siguiendo lo dicho en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, la norma especial prevalece sobre la norma general. En consecuencia, tendrá este tribunal arbitral por aplicables del artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 por ser éste un contrato en materia de salud.

En consecuencia, el no pago oportuno de los valores relativos a la prestación de los servicios Nivel II, III ALTO COSTO, genera, en los términos de las normas señaladas, la obligación de pagar los intereses moratorios, liquidados a la tasa de interés establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Por lo anterior, y en razón a los argumentos expuestos hasta este momento en este capítulo, prosperarán las pretensiones cuarta, quinta, sexta subsidiaria, séptima y octava subsidiaria, por cuanto se dan todos los presupuestos y requisitos jurídicos para realizar tales declaratorias, aún más, cuando la oposición a ellas realizadas por parte del extremo pasivo, no se acreditaron a lo largo del proceso.

Ahora bien, en lo que respecta a la tasa de interés moratorio aplicable, la misma debe ser la establecida por la DIAN para los impuestos, según lo consagrado en el inciso 2° del artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, a cuyo tenor:

*"ARTÍCULO 56. PAGOS A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD.
(...) El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorias a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)(. ..)³⁹".*

³⁹ “De las obligaciones de dinero”, Juan Carlos Varón Palomino. En Derecho de las Obligaciones; con propuestas de modernización, Tomo 1, "a Edición, Universidad de los Andes, Editorial Temis. Págs.123 a 125, citado en Laudo Arbitral del diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018) proferido en el proceso arbitral de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S. -SERVIMÉDICOS S.A.S., EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD -EMCOSALUD y COLOMBIANA DE SALUD S.A., contra FIDUCIARIA LA PREVISORAS.A-FI DUPREVISORAS.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FOMAG.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

En atención a lo anterior, al expediente se arrimó prueba pericial solicitada por la parte convocada, realizada por el perito financiero Argelio Javier Cardona, con la cual se pretendió determinar (i) Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel II en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, (ii) Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel II en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud, (iii) Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel III en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, (iv) Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel III en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud, (v) Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel Alto Costo en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, (vi) Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel Alto Costo en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud y (vii) La indexación de las sumas sobre las que corresponda.

Una vez allegado al proceso el respectivo dictamen pericial, fue puesto en conocimiento de la parte convocada y del Ministerio Público, corriéndose traslado del mismo por el término dispuesto por el Tribunal Arbitral, en el cual, guardaron silencio, por lo que el respectivo dictamen no tuvo objeción alguna por parte del extremo pasivo.

Por su parte, el Agente del Minsiterio Público, en concepto final emitido a esta corporación, estableció como conclusión del estudio del dictamen pericial que:

“De conformidad con la prueba pericial decretada por el tribunal arbitral a petición de la parte convocante, el desconocimiento por parte de la entidad FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de lo dicho en el artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, en el Decreto 4747 de 2007 y en la sentencia C-197 de 2012 de la Corte Constitucional, derecho objetivo, normas de orden público, en punto del sistema de pago de los servicios de salud de nivel II, III y ALTO COSTO, generó un daño antijurídico, un empobrecimiento injusto de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO

Reiterado en Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitramento de Unión Temporal Magisalud 2 contra Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A. Fiduprevisora, Expediente No. 15569 del veintiocho(28) de abril de 2020. Laudo que quedó en firme: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091) Convocante: COSMITET LTDA Y OTROS Convocado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

DE CALI S.A. hoy LIQUIDADADA, lo que tiene como consecuencia directa e inmediata, el reconocimiento de las pretensiones señaladas en la demanda, en el monto y por los conceptos señalados en la prueba pericial, en tanto dicha prueba no fue objeto de tacha o desconocimiento.

La cuantía del perjuicio, es la señalada en el peritaje, en atención a que se trata de una cuestión técnica, a que la prueba fue debidamente incorporada, a que no fue cuestionada y a que responde a los cañones legales sobre la materia. Por no tener objeción alguna al dictamen pericial, este agente se atenderá a lo dicho en este frente a la cuantificación de los perjuicios”.

El artículo 176 del Código General del Proceso establece que *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.*

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral realizará un estudio detallado al dictamen pericial, con el objeto de determinar si la cuantía de las pretensiones de la demanda, está llamada a prosperar bajo los conceptos solicitados como perjuicio/daño emergente y de intereses moratorios, indicando desde ya que para los efectos del cálculo de los intereses, el Tribunal se acogerá a la liquidación de intereses efectuada por el Perito Argelio Javier Cardona, por cuanto utiliza la metodología de cálculo del interés compuesto, correspondiente a la liquidación de intereses de la DIAN.

Al respecto, como alcance del análisis técnico y financiero, determinó el perito financiero que *“Es importante dejar en claro la metodología utilizada para evaluar los valores del ejercicio y los valores que se sustentan en este documento retenidos y pendientes por pagar por parte del FONDO, incluyendo los intereses moratorios generados desde la fecha en que se debieron reconocer las cuantías por concepto de sobrecostos determinados por la atención de nivel II, nivel III y nivel de alto costo en el Contrato No. 023 de 2013 y su prórroga, hasta la fecha del presente documento”*, lo que determina que el alcance del dictamen emitido, abarcaría la totalidad de los valores pendientes de pago por sobrecosto de retribución y de los intereses moratorios causados a favor del contratista, tal como lo había solicitado la parte convocante, realizando todo con apego a la normatividad vigente y al estudio minucioso de los Registros Individuales de Prestación de Servicios de Salud – RIPS que obran en el expediente⁴⁰, de donde obtuvo *“(…) los datos necesarios para el respectivo ejercicio en la prestación de los servicios del Contrato No. 023 de 2013 y su prórroga. Con este ejercicio se pudo constatar*

⁴⁰ Cuaderno Principal No. 1, Subcarpeta Anexo 1.1. RIPS CSC.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

*que la documentación se presentó de manera efectiva, completa y que no hubo objeto de glosa y/o devolución (...)*⁴¹.

La Resolución No. 3374 de 2000, por la cual se reglamentan los datos básicos que deben reportar los prestadores de servicios de salud y las entidades administradoras de planes de beneficios sobre los servicios de salud prestados, expedida por el Minsiterio de Salud, establece los datos que deben contener los RIPS⁴², de los cuales tuvo conocimiento el perito financiero para rendir su dictamen pericial y tuvo como facturas de servicios de salud⁴³.

Del estudio realizado a los documentos obrantes en el expediente de que tuvo conocimiento el perito financiero – RIPS -, el experto financiero determinó que el monto total por atención en el Contrato de Prestación de Servicios de Salud Integrales No. 023 de 2013 y su prórroga es de **Quince Mil Ochocientos Sesenta y Dos Millones Ochocientos Cuarenta y Seis Mil Ciento Veintiséis pesos M/L (\$15.862.846.126)**, determinado para cada nivel de atención prestado de la siguiente manera:

ATENCIÓN DEL NIVEL II EN EL CONTRATO No. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA

Contrato Inicial: \$4.489.435.573

Prórroga: \$486.931.459

ATENCIÓN DEL NIVEL III EN EL CONTRATO No. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA

Contrato Inicial: \$5.187.501.906

Prórroga: \$748.887.155

ATENCIÓN DEL NIVEL ALTO COSTO EN EL CONTRATO No. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA

⁴¹ Folio 15 del archivo 30.1 Dictamen Pericial Financiero del Expediente Digital.

⁴² Minsiterio de Salud, Resolución No. 3374 de 2000: “conjunto de datos mínimos y básicos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para los procesos de dirección, regulación y control, y como soporte de la venta de servicio, cuya denominación, estructura y características se ha unificado y estandarizado para todas las entidades a que hace referencia el artículo segundo de la presente Resolución. Los datos de este registro se refieren a la identificación del prestador del servicio de salud, del usuario que lo recibe, de la prestación del servicio propiamente dicho y del motivo que originó su prestación: diagnóstico y causa externa”.

⁴³ Artículo 7 de la Resolución No. 3374 de 2000, Decreto 4747 de 2007 y Resolución No. 3047 de 2008.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Contrato Inicial: \$3.405.246.368

Prórroga: \$1.544.843.665⁴⁴

A efectos de tazar los intereses moratorios solicitados para estudio, el perito financiero tuvo en cuenta las fechas tanto del contrato como de su prórroga, la aplicación de los términos de la Ley 1122 de 2007 que regula los tiempos o términos que tuvo que tener en cuenta el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia para el pago de facturas y la normatividad para el cálculo de los mismos, para lo cual, tuvo en cuenta las disposiciones de la Circular Externa No. 003 de 2013 de la DIAN, el decreto 4747 de 2007, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011, tal como lo indicó el Tribunal Arbitral de manera precedente, que era la forma en la cual debían calcularse para tal efecto, utilizando la siguiente fórmula:

$$IM = K * \left(\frac{TU}{366} \right) * n$$

Donde:

IM = Intereses de mora.

K = Asimilado a Capital – Valores Retenidos y Saldos Pendientes como Deuda de Capital en el Caso del Presente Peritaje)

TU = Tasa de Usura Certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

n = Número de días en mora.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal Arbitral trae a colación, los argumentos esgrimidos en Laudo Arbitral Médicos Asociados y Otros vs. Fiduprevisora del diez (10) de abril de 2018-1, citado en el Laudo Arbitral de Unión Temporal Magisalud 2 contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A., Fiduprevisora, donde se sostuvo lo siguiente:

“(…) tratándose de un proceso de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, específicamente el régimen de reembolso de los excedentes por servicios de Alto Costo, el Tribunal dará aplicación a la tasa señalada en el artículo 141 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2016 desde la mora en el pago de los recursos y hasta la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, de conformidad, además con el procedimiento para el cálculo de intereses moratorias señalado en la Circular Externa

⁴⁴ Este análisis de fundamento técnico y normativo se trae a colación con el propósito de esclarecer los argumentos y soportes que se tuvieron en cuenta de manera adicional para el ejercicio del cálculo en la determinación del perjuicio causado. Con el análisis de los RIPS de manera individual se revisaron los datos necesarios para el respectivo ejercicio en la prestación de los servicios del Contrato No. 023 de 2013 y su prórroga. Con este ejercicio se pudo constatar que la documentación se presentó de manera efectiva, completa y que no hubo objeto de glosa y/o devolución.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

No. 003 del 6 de marzo de 2013 dictada por la DIAN y utilizando al efecto las tasas de interés de usura certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia publicadas en su página web. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016 y hasta la fecha del Laudo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de esta última norma, se utilizará para la liquidación la tasa de interés de usura certificada por la Superintendencia Financiera menos dos (2) puntos⁴⁵ (...)”.

De la lectura del apartado anterior se observa que el procedimiento que utilizó el perito para el cálculo de los intereses moratorios fue el dispuesto en la Circular Externa No. 003 del 6 de marzo de 2013 dictada por la DIAN, la cual establece que la fórmula a aplicar para calcular los intereses moratorios es la siguiente:

$$IM = K * \left(\frac{TU}{366}\right) * n$$

Al respecto, debe observar el Tribunal Arbitral que en el dictamen pericial allegado al proceso, el Perito Financiero tuvo en cuenta los días de mora⁴⁶ dentro de los periodos iniciales y de prórroga respecto de la atención en el Nivel II, III y Alto Costo de la siguiente manera:

INTERÉSES MORATORIOS PARA EL SOBRECOSTO DERIVADO DE LA ATENCIÓN DE NIVEL II EN EL CONTRATO NO. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA.

Periodo Contrato Inicial: Para el periodo de 1-03- 2013 a 31-12-2013 – Existen tres mil cuatrocientos nueve (3409) días de mora desde 1 de marzo de 2013 hasta 30 de junio de 2022.

Periodo Prórroga: Para el periodo de 1-01- 2014 a 31-03-2014 – Existen tres mil ciento tres (3103) días de mora desde 1 de enero de 2014 hasta 30 de junio de 2022.

⁴⁵ Laudo Arbitral del diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018) proferido en el proceso arbitral de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S. - SERVIMÉDICOS S.A.S., EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD -EMCOSALUD y COLOMBIANA DE SALUD S.A., contra FIDUCIARIA LA PREVISORAS.A-FI DUPREVISORAS.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FOMAG.

⁴⁶ Teniendo en cuenta que las facturas por “Capitación” se manejan de forma diferente a las correspondientes a “Otras modalidades” (Alto Costo, Promoción y Prevención, Salud Ocupacional y Recobro), en los términos la Ley 1122 de 2007. (Dictamen Pericial Financiero de Argelio Javier Cardona).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

INTERÉSES MORATORIOS PARA EL SOBRECOSTO DERIVADO DE LA ATENCIÓN DE NIVEL III EN EL CONTRATO NO. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA.

Periodo Contrato Inicial: Para el periodo de 1-03- 2013 a 31-12-2013 – Existen tres mil cuatrocientos nueve (3409) días de mora desde 1 de marzo de 2013 hasta 30 de junio de 2022.

Periodo Prórroga: Para el periodo de 1-01- 2014 a 31-03-2014 – Existen tres mil ciento tres (3103) días de mora desde 1 de enero de 2014 hasta 30 de junio de 2022.

INTERÉSES MORATORIOS PARA EL SOBRECOSTO DERIVADO DE LA ATENCIÓN DE ALTO COSTO EN EL CONTRATO NO. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA.

Periodo Contrato Inicial: Para el periodo de 1-03- 2013 a 31-12-2013 – Existen tres mil cuatrocientos nueve (3409) días de mora desde 1 de marzo de 2013 hasta 30 de junio de 2022.

Periodo Prórroga: Para el periodo de 1-01- 2014 a 31-03-2014 – Existen tres mil ciento tres (3103) días de mora desde 1 de enero de 2014 hasta 30 de junio de 2022.

De otro lado, la tasa de usura (TU) que utilizó el Perito Financiero para el cálculo de los intereses moratorios dependerá de la fecha en la cual se incurre en días de mora. Por un lado, para aquellas facturas que tengan días de mora antes de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016 (26 de diciembre de 2016), se utilizará la tasa de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, y por otro lado, para aquellas facturas que presenten días de mora posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, se utilizará la tasa de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia menos dos puntos⁴⁷.

⁴⁷ Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitramento de Unión Temporal Magisalud 2 contra Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fiduciaria La Previsora S.A. Fiduprevisora, Expediente No. 15569 del veintiocho(28) de abril de 2020. Laudo que quedó en firme: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091) Convocante: COSMITET LTDA Y OTROS Convocado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Llegado a este punto, es importante mencionar que la fórmula que establece la Circular Externa No. 003 del 6 de marzo de 2013 dictada por la DIAN si rige para todo el lapso de tiempo de ejecución del Contrato No. 023 de 2013, por cuanto el mismo se ejecutó con su prórroga hasta el año 2014, fecha en la cual, no se encontraba vigente la Ley 1819 de 2016.

Con base en todo lo anterior, del peritaje financiero allegado al expediente, se obtiene que del cálculo realizado existe un valor total por intereses de mora sobre los perjuicios causados al contratista, la suma de **Cuarenta y Dos Mil Setecientos Quince Millones Cuatrocientos Dieciocho Mil Seiscientos Sesenta y Tres pesos M/L (\$42.715.418.663)**, determinado para cada nivel de atención prestado de la siguiente manera:

- **Nivel II:** \$13.498.845.741
- **Nivel III:** \$16.060.048.940
- **Alto Costo:** \$13.156.523.980

Por lo anterior, y en razón a que el dictamen pericial no fue objetado, ni controvertido con otro que versara sobre los mismos temas, y con base en el análisis realizado a lo largo de este capítulo, el Tribunal Arbitral tiene que los argumentos expuestos en esta prueba aportada al proceso son válidos por cuanto los mismos son concordantes con todo lo expuesto respecto de la normatividad aplicable para el caso, y por ende, prosperarán las pretensiones décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima y décima octava de la demanda, por cuanto se dan todos los presupuestos y requisitos jurídicos para ordenar tales condenas, aún más, cuando la oposición a ellas realizadas por parte del extremo pasivo, no se acreditaron a lo largo del proceso y, por el contrario, se encuentran ampliamente probadas con el dictamen pericial aportado, razón por la cual, tales argumentos no están llamados a prosperar.

En este sentido, basta reiterar que al resolver este Tribunal las pretensiones relacionadas con el daño emergente ocasionado por el sobrecosto en la prestación de los Niveles II, III y Alto Costo, derivados del pacto de pago por capitación y trámite no oportuno a las glosas, se concluye que, con base en las fórmulas y procedimientos empleados por el perito financiero al rendir sus dictámenes, con apoyo en la prueba documental recaudada, en especial los documentos que se incorporaron al proceso como consecuencia de la presentación y contestación de la demanda, existe en el plenario demostración suficiente de que, además de la cartera pendiente de pago, existió mora en la cancelación de los cobros presentados por la parte convocante y, como conclusión de ello, considera que debe condenarse al pago del interés correspondiente.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Por otro lado, no puede dejarse de lado, como se ha puesto de presente en el laudo, que quedó plenamente demostrado en el proceso que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, no dio inicio de manera oportuna al trámite de glosas, por razones atribuibles a su falta de diligencia, evidenciada incluso por el hecho de haber realizado en forma tardía la auditoría de las facturas presentadas, a pesar de lo cual la Clínica Santiago de Cali, en su momento, accedió a continuar con la prestación del servicio a pesar de los detrimentos que se estuvieran ocasionando, lo que genera sin mayor discusión, el pago de intereses con base en los plazos establecidos en la ley para la respuesta de glosas oportunamente formuladas, circunstancia que, se reitera, no fue la que ocurrió.

8. Configuración del Daño Antijurídico

El artículo 1602 del Código Civil, estableció que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Por su parte, el artículo 1603 ibídem, estableció que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*.

La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil⁴⁸.

La doctrina y la jurisprudencia⁴⁹, han establecido requisitos sinequanon, para la prosperidad de la responsabilidad contractual, entre los cuales, ha establecido:

⁴⁸ Sentencia C-1008 de 2010 Corte Constitucional, Magistrado Ponente Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas, Expediente. No. 11001-3103-038-2001-01054-0110, sentencia de 24 de agosto de 2009, casación civil en proceso ordinario de: José Absalón y Gerardo Esteban Zuluaga Gómez contra Bavaria S.A.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

- Existencia de un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquel que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato), situación que quedó ampliamente demostrada en el capítulo anterior y que dio lugar a la declaratoria de la existencia contractual alegada.
- Que la conducta consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), situación que también quedó demostrada de manera parcial respecto a su declaratoria en el capítulo anterior y que será objeto de análisis probatorio para determinar si el monto alegado al cual habría lugar como reparación por incumplimiento contractual, está ajustado a derecho.
- El nexo causal entre la conducta y el daño *“requisito de imputación o asignación, por virtud del cual el daño resarcible, esto es el que es posible de constituirse en fuente la obligación de indemnizar el perjuicio, debe ser atribuido o reconducido a su autor, en este caso a la parte que se obligó y faltó a su deber de cumplimiento, de manera que el mismo contrato guía la asignación de responsabilidad”*. Aspecto que se demostró de igual manera en el estudio y análisis del Tribunal Arbitral, realizado a lo largo del presente Laudo, concluyendo que si existe un nexo de causa y efecto, pues del *“desconocimiento del derecho objetivo, artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, Decreto 4747 de 2007 y Corte Constitucional, sentencia C-197 de 2012, se genera un daño⁵⁰”*
- Que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. Aspecto relevante en el sentido de indicar que el Tribunal Arbitral, encontró suficientes argumentos conformes a derecho, que determinaron que con el desconocimiento de las normas de orden público, que debían ser acogidas en el texto contractual, y que no fueron utilizadas para ello, existió un incumplimiento del contratante (El Fondo), de carácter antijurídico, por ser contrario a la ley, del cual, debe comprobarse el monto de reparación.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en sentencia de 24 de agosto de 2009, expuso sobre la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, que:

⁵⁰ Folio 20 archivo 35.3.1 Concepto Final Minsiterio Público del Expediente Digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

“(…) Para la doctrina tradicional de la responsabilidad civil, existe un elemento, que se identifica como la antijuricidad de la conducta y como modalidades de ese concepto se mencionan el dolo o la culpa de la parte incumplida. En las teorías modernas de la responsabilidad civil - incluso la contractual – la conducta puede ser ajustada a la ley y sin embargo, surgir la obligación de reparar el daño antijurídico, por razón de la distribución de las cargas y riesgos entre las partes (en este caso del contrato). Se puntualiza que en la contratación estatal, a partir de la Ley 1150 de 2007, existe el imperativo de identificar y asignar los riesgos del contrato desde la etapa precontractual, de lo cual se desprende el acuerdo de distribución de las cargas de mitigación entre las partes y se abre paso la asunción de responsabilidad por el daño imputable a la falta al deber de mitigación o de implementación de las medidas preventivas para evitar la materialización del riesgo contractual.

Por lo anterior, en materia contractual se dice actualmente que la antijuricidad es un elemento que se demanda del daño y no (necesariamente) de la conducta. Esa claridad se obtiene desde el artículo 90 de la Constitución Política, referido en dicha disposición, a la responsabilidad del Estado.

Es útil observar que no desaparece la nota característica de la antijuricidad de la conducta en el caso del incumplimiento contractual, aunque en el Código Civil colombiano derivado del derecho francés, no se incorporó el término "antijuricidad" -que se encuentra como base de la estructuración de la responsabilidad en otras legislaciones-. Sucede que la antijuricidad de la conducta se encuentra definida en términos objetivos, frente al parámetro del deber de cumplimiento, con base en el concepto que establece del artículo 63 del Código Civil, el cual, visto desde el ángulo de la responsabilidad contractual, constituye la herramienta básica para medir el deber de diligencia que se demanda de cada parte en el contrato (...)”⁵¹

Al respecto, se concluye por parte del panel, que si existe un daño antijurídico causado a la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. hoy Liquidada – y en consecuencia a sus Socios como se explicó en su momento – por cuanto las cláusulas que determinaban las glosas en el contrato y el pago por capitación como única forma de retribución, se encontraban contrarias a la Ley, siendo estas violatorias de normas de orden público, las cuales generaron una disminución en el patrimonio del contratista, lo que concluyó

⁵¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas, Expediente. No. 11001-3103-038-2001-01054-0110, sentencia de 24 de agosto de 2009, casación civil en proceso ordinario de: José Absalón y Gerardo Esteban Zuluaga Gómez contra Bavaria S.A.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

en los dineros dejados de percibir por beneficio o ganancia con base en las normas que prevalecían en el Contrato Estatal.

En aras de analizar el Tribunal Arbitral sobre la comprobación del daño antijurídico⁵² causado con la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, se tiene que, tal como se expuso de manera precedente, algunas disposiciones estimadas en el contrato objeto de la litis se encontraba en contra o vulneraba lo expuesto en leyes de orden público, lo que hace que el Tribunal encuentre que existe responsabilidad patrimonial por parte del estado⁵³, en consonancia con lo expuesto por el señor Agente del Minsiterio Público, quien afirmó en el Concepto Final emitido a esta corporación, que, “(...) *En consecuencia, si del desconocimiento del derecho objetivo, artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, Decreto 4747 de 2007 y Corte*

⁵² “El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”. Sentencia C-333 de 1996 Corte Constitucional. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ “(...) El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual (...)” Sentencia C-333 de 1996 Corte Constitucional. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Constitucional, sentencia C-197 de 2012, se genera un daño, se puede afirmar que el mismo es antijurídico. Y si, como consecuencia de ese daño, se genera una merma en el patrimonio económico, surge la obligación de reparar”⁵⁴.

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se acoge a lo expuesto por este mismo sujeto procesal, quien indicó además, que:

“(…) En el caso concreto, si la entidad FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, se enriqueció a expensas de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. hoy LIQUIDADADA, con ocasión de la violación del artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, del Decreto 4747 de 2007 y de la sentencia C-197 de 2012 de la Corte Constitucional, específicamente por prever el sistema de pago por capitación para la prestación de los servicios de salud de los niveles II, III y ALTO COSTO, dicho enriquecimiento es injusto, en tanto proviene de una violación del derecho objetivo, es decir, tiene la connotación de antijurídico, y existe el deber de reparar ese daño.

Por supuesto, no deja de lado este agente que, en todo caso, lo que se repara no es el daño sino el perjuicio, de suerte que, esta conclusión anticipada acerca de la procedencia de una condena económica en contra de la entidad FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, está sujeta a la demostración probatoria de la existencia del perjuicio (...)”.

A efecto de determinar la posibilidad de reparación por parte de una Entidad Pública, debe el Tribunal Arbitral tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, en concordancia con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.”

Sobre este tema, la Corte Constitucional en estudio de exequibilidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, sostuvo que:

“(…) La Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa

⁵⁴ Folio 20 archivo 35.3.1 Concepto Final Minsiterio Público del Expediente Digital.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo (...)”.

Respecto de la reparación del daño en materia contractual, la Corte Constitucional ha indicado que:

“(...) En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que “Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas” (...)”

Por lo anterior, tanto la Constitución Política de Colombia, como el estatuto de contratación estatal, prevén que el Estado puede ser condenado a responder patrimonialmente por los daños ocasionados con ocasión a la acción, inejecución o inejecución imperfecta, y daño antijurídico causado, y, teniendo en cuenta que se demostró que las cláusulas del contrato que tratan sobre la retribución del mismo y la forma de pago son violatorias a normas de orden público que generaron disminución patrimonial del contratista, prosperarán las pretensiones novena, décima subsidiaria, décima primera y décima segunda de la demanda, por cuanto se dan todos los presupuestos y requisitos jurídicos para realizar tales declaratorias, aún más, cuando la oposición a ellas realizadas por parte del extremo pasivo, no se acreditaron a lo largo del proceso, razón por la cual, tales argumentos no están llamados a prosperar.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

9. Sobre la Improcedencia de Indexar las Sumas anteriormente Ordenadas

El Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, tanto la Sala de Consulta y Servicio Civil⁵⁵, como la Sección Segunda⁵⁶, ha recordado que el derecho a la indexación o ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que esta es una decisión ajustada a la ley y constituye un acto de equidad. En ese orden, cuando se ordena el restablecimiento de dicho derecho se busca la obtención del valor real al momento de la condena, que es el equivalente al perjuicio recibido. Sin embargo, en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa (devaluación) se puede concluir que estas son incompatibles.

En ese orden, cuando se ordena el restablecimiento de dicho derecho se busca la obtención del valor real al momento de la condena, que es el equivalente al perjuicio recibido. Sin embargo, en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa (devaluación) se puede concluir que estas son incompatibles.

Es así que cuando se ordena el restablecimiento del derecho con la indexación, se busca que dicho restablecimiento *“represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.”*⁵⁷

Las razones anteriormente expuestas, son suficientes para que el Tribunal Arbitral, acogiendo también a lo expuesto por el agente del Ministerio Público, declare que no prospera la excepción décimo novena de la demanda.

Se precisa además que la jurisprudencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha manifestado que *“en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles”*⁵⁸, por lo tanto, si se ordena el

⁵⁵ Concepto Sala de Consulta C.E. 2106 de 2012 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 20001233300020140031302 (26332017), Ago. 16/18.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 1º de abril de 2004. Expediente. 1998-0159

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre del 2009. Expediente 2001-03173.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.⁵⁹

El artículo 4 de la Ley 1281 de 2002, establece que *“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*.

En ese sentido el Agente del Minsiterio Público, en concepto final emitido a esta corporación, sostuvo que *“Como en materia de salud existe norma especial, artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, los intereses moratorios serán liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y, como este tipo de interés lleva implícita la indexación, no será necesario una condena por separado para este concepto”*, argumento que en relación con lo anteriormente expuesto, será acogido por el Tribunal Arbitral y como consecuencia, negará la pretensión décimo novena de la demanda, por encontrarse ya ordenado el pago de los intereses de mora correspondientes.

10. Estudio sobre las Excepciones Previas propuestas en la contestación de la demanda arbitral.

Procede el Tribunal a analizar y resolver sobre las excepciones previas y de mérito formuladas por la parte convocada en el escrito de la contestación de la demanda.

Las excepciones se han definido como la oposición del demandado frente a las súplicas demandadas. A su turno las excepciones previas si bien constituyen una oposición, no niegan el fundamento de la demanda, por el contrario, tratan de impedir la continuación del juicio bien paralizándolo o terminándolo en forma definitiva dependiendo de la clase de excepción de que se trate. Su finalidad, en algunos casos, es también sanear el procedimiento o suspenderlo para que el litigio finalice con un fallo de fondo que decida la controversia y evitar que se presente una actuación nula al permitir la corrección de las deficiencias que no se observaron al admitir la demanda. También se dirigen en algunos eventos a desconocer las pretensiones del demandante por inexistentes o inoportunas⁶⁰

⁵⁹ Ver: Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia del 22 de octubre de 1999. Radicado No.949/99 y Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia del 1° de abril de 2004. Expediente. 1998-0159.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto 336 del 3 de noviembre de 1994, Exp. 578.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En el escrito de la contestación de la demanda, el apoderado judicial de la parte convocada propuso, además de las excepciones de mérito, excepciones previas, sin atender lo dispuesto por el estatuto arbitral en el artículo 21, el cual establece que “*Es procedente la demanda de reconvención, pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso*”, situación que el Tribunal Arbitral dejó claro y expreso mediante Auto No. 6 del veintiocho (28) de julio de 2022.

No obstante, en esta misma providencia el Tribunal Arbitral indicó “*que, sin perjuicio de lo que se decida en este momento procesal respecto de las excepciones previas propuestas por el apoderado judicial de la parte convocada, y bajo los preceptos del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, las mismas serán analizadas y resueltas en el Laudo que se profiera, de ser necesario*”.

Por lo anterior, y en consonancia con el artículo 282 del Código General del Proceso⁶¹, procederá el Tribunal Arbitral a referirse a cada una de las excepciones previas propuestas por el extremo pasivo en la contestación de la demanda arbitral, con el fin de decir de plano, toda cuestión que se suscite en el proceso.

11.1. Excepción Previa de Falta de Jurisdicción

El extremo pasivo, a través de su apoderado judicial, en el escrito de la contestación de la demanda arbitral, propuso como previa, la excepción de Falta de Jurisdicción, bajo el argumento de que “*El tribunal arbitral carece de jurisdicción frente a conocer y tramitar un proceso contractual en el cual una de las partes está constituida por una entidad societaria inexistente, la sociedad Clínica Santiago de Cali, no puede de ninguna manera seguir actuando ejerciendo derechos y adquiriendo obligaciones. Carece de calidades el demandante para ser parte dentro de la presente acción*”⁶² (Subrayas y negrilla originales del texto).

Por su parte, el apoderado judicial de la parte actora, al descorrer el traslado de las excepciones, se opuso a la prosperidad de la excepción de falta de jurisdicción alegada, haciendo énfasis en la facultad transitoria de administrar justicia dada a los árbitros por parte de la norma superior, definida y protegida por las altas cortes, concluyendo

⁶¹ Artículo 282. Resolución de Excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda (...).

⁶² Folio 23 del Documento 9.1 del Expediente Digital del Proceso.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

además que “(...) En este orden de ideas, con la celebración del compromiso arbitral entre los Convocantes y el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, el pasado 20 de enero de 2022, las partes decidieron que el conflicto causado con ocasión de la suscripción, ejecución y liquidación del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, fuese de competencia de la jurisdicción arbitral. Por ello, son abiertamente improcedentes las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia, esgrimidas por el apoderado de la Entidad Convocada, máxime cuando están sustentadas en la inexistencia de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA (...)”⁶³

Finalmente, el Agente del Ministerio Público en memorial que recorrió el traslado de las excepciones propuestas por la convocada en la contestación de la demanda, solicitó al Tribunal Arbitral desestimar la excepción previa propuesta bajo los siguientes argumentos:

“(...) De conformidad con lo anterior, se evidencia la falta de fundamento y de técnica en la formulación de la excepción previa de falta de jurisdicción, al menos, por dos razones:

La primera, porque los árbitros, conforme al artículo 116 de la Constitución Política de 1991, a la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, a la Ley 1563 de 2012, estatuto arbitral, y a la jurisprudencia antes citada, gozan de jurisdicción. No es, en consecuencia, la falta de jurisdicción lo que se alega cuando se ataca la legitimación de una de las partes, porque la jurisdicción se predica de quien administra justicia y no quienes acuden a ella para la solución del conflicto.

La segunda, porque en el contenido, se afirma que la parte demandante no existe, que se trata de una entidad societaria liquidada. Esto, a primera vista, no es un cuestionamiento a la jurisdicción del tribunal arbitral, sino a la legitimación por activa, aspecto que, no está demás señalarlo tendrá que estudiar el tribunal en su momento (...)”⁶⁴.

Para las altas cortes, se ha mantenido la premisa de que la jurisdicción es la potestad que tiene el Estado para aplicar el Derecho y decidir de manera definitiva los conflictos; es una potestad general por estar el Estado investido de soberanía en cuanto a la aplicación de la ley. Por su parte, el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia establece quienes tienen la facultad de administrar justicia y, además de ello autorizó que los particulares fueran “*investidos transitoriamente de*

⁶³ Folio 16 del documento 16.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁶⁴ Folio 3 del documento 15.1 del Expediente Digital del Proceso.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Para el Tribunal Arbitral, es clara la posición que ha adoptado la jurisprudencia respecto de la facultad transitoria de los árbitros de administrar justicia como característica esencial del arbitraje. Al respecto, se trae a colación lo expuesto la Corte Constitucional en Sentencia C-538 del 2016, providencia en la cual afirmó lo siguiente:

“(…) Las características esenciales del arbitraje, (...) son la voluntariedad, la temporalidad, la excepcionalidad y su naturaleza procesal. (i) La voluntariedad se basa en reconocer que la activación de la justicia arbitral en cada caso concreto es una variable dependiente del acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de someter a los árbitros la solución del caso. (...)” (ii) La temporalidad significa en que la actividad jurisdiccional encomendada a los árbitros es de carácter transitorio y está circunscrita a la decisión del caso sometido por la partes a estos. Por ende, en modo alguno desplaza de forma permanente la función estatal de adjudicación. (iii) La excepcionalidad radica en el carácter limitado de los asuntos que pueden ser sometidos a la justicia arbitral. (...). (iv) Finalmente, el carácter procesal del arbitraje tiene que ver con la sujeción del mecanismo a las reglas previas en la Constitución y la ley, en particular las garantías que integran la cláusula del debido proceso. (...)” (Negrillas fuera del texto).

Por lo anterior, la Jurisdicción es una facultad que constitucionalmente está otorgada al Estado para que, a través de las diferentes entidades autorizadas, administren justicia, la cual también ha sido otorgada de manera transitoria a los particulares - *que para este caso somos los Árbitros* - con el fin de que, de manera excepcional, transitoria, voluntaria y procesal, se diriman los conflictos que se susciten bajo la órbita arbitral.

Adicionalmente, dicha facultad transitoria de la jurisdicción otorgada a los Árbitros, se encuentra establecida también en el artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, 270 de 1996, el cual fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, donde se expuso de manera clara y expresa que ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política **“los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. (...)”** (énfasis en negrilla fuera del texto).

Argumentos que tienen relación con lo planteado por el agente del Ministerio Público que actúa en el presente trámite, quien indicó que *“(…) los árbitros,*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

conforme al artículo 116 de la Constitución Política de 1991, a la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, a la Ley 1563 de 2012, estatuto arbitral, y a la jurisprudencia antes citada, gozan de jurisdicción. No es, en consecuencia, la falta de jurisdicción lo que se alega cuando se ataca la legitimación de una de las partes, porque la jurisdicción se predica de quien administra justicia y no quienes acuden a ella para la solución del conflicto (...)”.

En conclusión, el Tribunal, encuentra suficientes las razones anteriormente expuestas, para despachar de manera desfavorable la excepción previa propuesta por el apoderado judicial de la convocada, pues no puede admitirse la falta de jurisdicción predicada sobre la legitimidad de las partes, si no sobre los jueces, en este caso, los Árbitros, quienes son los que administran justicia de manera transitoria mientras conocen del presente proceso.

11.2. Excepción Previa de Falta de Competencia

Como segunda excepción previa, el aportado judicial de la parte convocada propuso Falta de Competencia, bajo el argumento de que *“El tribunal arbitral carece de jurisdicción frente a conocer y tramitar un proceso contractual en el cual una de las partes está constituida por una entidad societaria inexistente, la sociedad Clínica Santiago de Cali, no puede de ninguna manera seguir actuando ejerciendo derechos y adquiriendo obligaciones. Carece de calidades el demandante para ser parte dentro de la presente acción”*.

Indicó también que *“se plantea la existencia de una relación contractual sin embargo el Fondo de Pasivo Social no ha tenido relación contractual de manera individual o personal con los accionistas de la sociedad clínica Santiago de Cali, no existe relación jurídica que determine un conflicto de los asociados con el fondo de pasivo social”*⁶⁵

Sobre estos argumentos, el apoderado judicial de la parte convocante, en memorial que recorrió el traslado de las excepciones propuestas, se opuso a la prosperidad de la excepción de falta de competencia alegada, haciendo énfasis en la competencia desde el punto de vista constitucional, relacionando criterios y factores que la componen, concluyendo además que *“(…) En este orden de ideas, con la celebración del compromiso arbitral entre los Convocantes y el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, el pasado 20 de enero de 2022, las partes decidieron que el conflicto causado con ocasión de la suscripción, ejecución y liquidación del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, fuese de competencia de la jurisdicción arbitral. Por ello, son abiertamente*

⁶⁵ Folio 23 del documento 9.1 del Expediente Digital del Proceso.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

improcedentes las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia, esgrimidas por el apoderado de la Entidad Convocada, máxime cuando están sustentadas en la inexistencia de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADADA (...)”⁶⁶

Al respecto, el señor Agente del Ministerio Público indicó lo siguiente:

“(…) De conformidad con lo anterior, se evidencia la falta de fundamento y de técnica en la formulación de la excepción previa de falta de competencia, al menos, por tres razones:

La primera, porque son las partes, en virtud de la ley, las que otorgan competencia a los árbitros para resolver un asunto de naturaleza transigible. En este caso, las partes suscribieron un compromiso arbitral, este fue aportado con la demanda, no fue tachado de falso, razón por la cual, el ejercicio de esta excepción, no solo es infundado sino temerario.

La segunda, porque la materia, controversia contractual, derivada de la responsabilidad civil por ejercicio de un contrato, es un asunto que se puede someter a la competencia de los árbitros, en los términos del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012.

La tercera, porque en el contenido, se afirma que la parte demandante no existe, que se trata de una entidad societaria liquidada. Esto, a primera vista, no es un cuestionamiento a la competencia del tribunal arbitral, sino a la legitimación por activa, aspecto que, no está demás señalarlo tendrá que estudiar el tribunal en su momento (...)”⁶⁷

Sobre la competencia, se ha analizado que la finalidad perseguida con la garantía de que el asunto sea sometido ante un juez competente es la de evitar la arbitrariedad del Estado a través de la acción de jueces que no ofrezcan garantías y materializar el principio de igualdad, a través del deber de juzgar ante los mismos jueces, sin privilegios, ni animadversiones frente al justiciable. Así “dicho principio opera como un instrumento necesario de la rectitud en la administración de justicia”. Se trata, en este sentido, de un mecanismo del Estado de Derecho que, no obstante, su importancia, no garantiza por sí solo el respeto del debido proceso⁶⁸.

⁶⁶ Folio 6 del documento 16.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁶⁷ Folio 3 del documento 15.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁶⁸ Corte Constitucional Sentencia C-537 del 2016, Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En este sentido, en Sentencia C-328 del 2015, la Corte Constitucional determinó las características de la competencia de los jueces, a saber “ **(i) legalidad**, en cuanto debe ser definida por la ley; **(ii) imperatividad**, lo que significa que es de obligatoria observancia y no se puede derogar por la voluntad de las partes; **(iii) inmodificabilidad**, en tanto no se puede variar o cambiar en el curso del proceso (*perpetuatio jurisdictionis*); **(iv) indelegabilidad**, ya que no puede ser cedida o delegada por la autoridad que la detenta legalmente; y **(v) es de orden público**, en razón a que se sustenta o fundamenta en principios y criterios que se relacionan con la prevalencia del interés general”(negritillas originales).

Teniendo en cuenta que los árbitros administran justicia de manera transitoria y entendiendo que la competencia es la ejecución de esa jurisdicción conforme a las reglas establecidas para el trámite específico, que para el caso deben tenerse en cuenta los criterios de Arbitrabilidad objetiva y subjetiva, los cuales se demostraron en la etapa correspondiente.

Sobre ello, es necesario que el Tribunal Arbitral reiterare los argumentos expuestos en Auto No. 07 del veintiocho (28) de julio de 2022, por medio del cual asumió plena competencia, indicando nuevamente que:

La Constitución Política de Colombia en su artículo 116, inciso 4º, precisa que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de Árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. La facultad de los particulares de participar en la función pública de administrar justicia requiere de manifestación voluntaria y expresa de las partes trabadas en un conflicto.

Además de lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, el arbitraje en Colombia se encuentra regulado por la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y, para el caso concreto, la habilitación expresa de las partes se encuentra contenida en el Compromiso Arbitral el día veinte (20) de enero de 2022, allegado al expediente.

La jurisdicción y competencia del presente Tribunal de Arbitraje surge del artículo 116 de la Constitución Política, la Ley 1563 de 2012 y la clara e inequívoca manifestación de voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral de acuerdo con la ley vigente y en los términos del Compromiso Arbitral suscrito por las partes el veinte (20) de enero de 2022.

Es tema pacífico en la legislación colombiana que, cuando los particulares son investidos por las partes, temporal y excepcionalmente de la función de administrar

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

justicia para un caso determinado, actúan como administradores de justicia, con los mismos deberes, obligaciones y prerrogativas de los jueces y sus decisiones son vinculantes y hacen tránsito a cosa juzgada. La naturaleza de la jurisdicción arbitral comentada ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.⁶⁹

Al Tribunal Arbitral le bastó encontrar probada la existencia del pacto arbitral, su referencia a una controversia jurídica determinada, la capacidad de las partes, su legitimación dispositiva y la idoneidad del objeto litigioso. A propósito de este último tema, el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 precisa el espectro del arbitraje al señalar que *“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”*.

En el asunto materia del presente proceso existe la decisión conjunta de las partes de someter sus diferencias al conocimiento de un Tribunal Arbitral, decisión manifestada expresamente mediante la suscripción del Compromiso Arbitral el día veinte (20) de enero de 2022, el cual contiene la habilitación expresa e inequívoca de competencia para que la justicia arbitral conozca y resuelva todas las controversias o diferencias derivadas del Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013.

A este respecto es menester señalar, además, que el compromiso arbitral suscrito por las partes, aplica para el presente proceso, ya que se pactó para TODAS las diferencias o controversias que pudieran derivarse de la relación contractual, por lo que este compromiso arbitral, aplica para todos los conflictos que sean de libre disposición de las partes y que se pudieran presentar en relación con el contrato desde su celebración, ejecución y hasta su liquidación.

⁶⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss. y Sentencia de 28 de julio de 1977, G.J. CLVI, n. 2396, pp. 210 ss.; Corte Constitucional, Sentencias T-592/1992, C-059/1993, C-226/1993, T-538/1994, C-247/1994, T-057/1995, C-294/1995, SU-342/1995, C-431/1995, T-544/1995, C-451/1995, T-268/1996, C-037/1996, C-242/1997, C-160/1999, C-163/1999, C-642/1999, SU-091/2000, C-330/2000, C-1436/2000, C-060/2001, C-098/2001, T-046/2002, T-121/2002, SU-837/2002, C-294/2002, C-417/2002, C-1038/2002, T-136/2003, SU-058/2003, T-168/2004, T-192/2004, T-525/2004, T-656/2004, T-715/2004, T-800/2004, T-920/2004, C-662/2004, T-017/2005, T-481/2005, T-1201/2005, C-449/2005, C-543/2005, C-961/2006, T-1017/2006, T-271/2007, T-570/2007, T-972/2007, SU-174/2007, C-155/2007, T-100/2008, T-443/2008, T-1224/2008, C-035/2008, C-378/2008, C-466/2008, C-691/2008, C-713/2008, C-750/2008, C-931/2008, T-058/2009, T-117/2009, T-311/2009, C-150/2009, C-349/2009, T-782/2010, T-790/2010, C-014/2010, C-377/2010, T-466/2011, T-511/2011, C-186/2011, C-330/2012, T-288/2013, C-305/2013, C-765/2013 y C-170/2014.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

El Consejo de Estado en Sentencia 18013 del año 2012, manifiesta: *“El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento. (...)”* (Subrayas fuera del texto).

Así, la voluntad de las partes se materializó en el caso concreto con la convocatoria del Tribunal Arbitral, específicamente con la presentación de la demanda, y las respectivas contestaciones, con el objeto de que las pretensiones del convocante, Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada y las excepciones formuladas por el convocado, Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sean resueltas de manera definitiva en el laudo arbitral que habrá de proferirse. (Arbitrabilidad subjetiva).

En efecto, las distintas controversias sometidas a decisión del Tribunal de Arbitraje se encuentran comprendidas dentro del ámbito del compromiso arbitral antes citado, porque conciernen directamente a presuntos incumplimientos de la convocada respecto del Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013, que generó perjuicios materiales e inmateriales a la convocante, aspectos que son todos de naturaleza patrimonial o económica y de contenido particular y concreto respecto de una relación jurídica contractual específica y son susceptibles de libre disposición, tal como lo dispone la ley. (Art. 1 de la Ley 1563 de 2012). (Arbitrabilidad objetiva).

Finalmente, es de advertir, por parte del Tribunal Arbitral que, además de indicar que la competencia se encuentra plenamente habilitada, demostrada y acreditada para conocer del presente trámite arbitral, debe dejarse de presente que, en el momento en que se asumió plena competencia para conocer de las controversias surgidas entre las partes con ocasión al Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013, con fundamento en el Compromiso Arbitral del veinte (20) de enero de 2022 suscrito entre ellos, el apoderado judicial de la parte convocada presentó recurso de reposición exclusivamente a la posición adoptada por el Tribunal respecto de la petición de nulidad procesal que aparece a folios 3, 4 y 5 de la contestación de la demanda arbitral, es decir, que fue un recurso de reposición que parcialmente discutió la decisión que el Tribunal adoptó sobre la nulidad procesal en Auto No. 7 del veintiocho (28) de junio de 2022, mas no se dirigió a cuestionar la competencia del mismo, ni la existencia del pacto arbitral, ni en forma alguna el principio de habilitación que las partes le confirieron al Tribunal a través de sus pretensiones y excepciones, quedando en firme la decisión de asunción de competencia emitida por el Tribunal Arbitral en Auto anteriormente indicado.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En conclusión, el Tribunal, encuentra suficientes las razones anteriormente expuestas, para despachar de manera desfavorable la excepción previa propuesta por el apoderado judicial de la convocada, pues no puede admitirse la falta de competencia bajo las premisas expuestas, cuando se debe conocer que fueron las mismas partes quienes habilitaron expresa e inequívocamente la competencia para que la justicia arbitral conozca y resuelva todas las controversias o diferencias derivadas del Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013, y, adicionalmente, se encuentra que la misma se encuentra habilitada también por la facultad constitucional transitoria de administrar justicia que le está vedada a los particulares como árbitros.

11.3. Excepción Previa de Inexistencia del Demandante

Como fundamento de la presente excepción previa, el apoderado judicial de la parte convocada, indicó lo siguiente:

“una vez inscrita en el registro mercantil la cuenta final de liquidación desaparece del mundo jurídico la sociedad, y por ende todos sus órganos de administración y de fiscalización si existieren, desapareciendo así del tráfico mercantil como persona jurídica., en consecuencia, no puede de ninguna manera seguir actuando ejerciendo derechos y adquiriendo obligaciones.

Carece de calidades el demandante para ser parte dentro de la presente acción, no existe prueba de la inexistencia de la entidad Clínica Santiago de Cali, todo lo contrario, existe prueba de su inexistencia y de la carencia de calidades y facultades de los que fungen como demandantes para ser partes dentro de la presente acción.

Este requisito se relaciona con la capacidad para ser parte y constituye requisito Indispensable para que el demandante o demandado puedan adoptar la calidad jurídica planteada. Tiene ocurrencia cuando actúa como demandante o demandado una persona jurídica y no se acompaña la prueba para establecer su existencia”.

El apoderado judicial de la parte actora, por su parte, se opuso a la prosperidad de esta excepción planteada, indicando que “vale la pena reiterar que los Convocantes actúan en nombre propio y en su condición de accionistas de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADADA y, además que, con la presentación de la demanda no pretenden actuar en representación de esa persona jurídica”. Adicionalmente expuso que “los Convocantes encuentran su legitimidad por activa para formular la demanda arbitral en el sustento que, en su condición de accionistas son terceros vinculados a una de las partes del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013 y sus patrimonios se vieron afectados con el daño antijurídico

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

causado en la suscripción, ejecución y liquidación de ese negocio jurídico” y finalizó indicando que “además, la extinción de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADADA, soporta el hecho de que deban ser los accionistas los facultados para presentar las acciones que busquen el resarcimiento de los daños patrimoniales a ellos causados por la ejecución de los negocios jurídicos suscritos por ese ente jurídico”.

El Ministerio Público respecto de esta excepción, se opone a la prosperidad de la misma bajo los argumentos primigenios de que “según el documento del cual se le corrió traslado a este agente, la demanda arbitral fue promovida por los SOCIOS DE LA SOCIEDAD CLINICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADADA, en contra de la entidad FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Del tal hecho, da cuenta el contenido de la demanda, los poderes otorgados y el compromiso arbitral suscrito entre las partes”⁷⁰, y continuó haciendo referencia a la existencia del compromiso arbitral que no fue tachado ni desconocido por la parte convocada y finalmente, indica artículos del Código de Comercio, Código Civil y del Código General del Proceso referentes al tema en específico.

Al respecto, se debe tener en cuenta que en el presente trámite arbitral, la demanda arbitral fue promovida por los **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada**, a *motu proprio* y no en nombre y representación legal de la sociedad ya liquidada como mal lo encamina el apoderado de la pasiva, situación de la cual da cuenta los poderes otorgados, el certificado de revisor fiscal aportado con la demanda, el escrito de la demanda arbitral y el compromiso arbitral que da lugar a la existencia de la voluntad de las partes, de iniciar el presente proceso arbitral.

Adicionalmente, no puede el Tribunal Arbitral alejarse de lo que se encuentra consignado en el compromiso arbitral suscrito por las partes de mutuo acuerdo, tal como lo hace la convocada, quien manifiesta la inoponibilidad del pacto arbitral a su representada, cuando del estudio documental se desprende fácilmente y sin mayor esfuerzo probatorio y argumentativo, que el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, suscribió con los **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada**, el compromiso de dirimir las controversias que susciten del Contrato para la Prestación del Servicio Integrales de Salud No. 023 de 2013 a través de arbitraje y el mismo, no fue desconocido ni tachado de falso por la convocada, tal como lo manifiesta el Ministerio Público⁷¹.

Además de ello, debe tenerse en cuenta que el compromiso abarcó las diferencias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, el cual, si

⁷⁰ Folio 5 del documento 15.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁷¹ Folio 5 del documento 15.1 del Expediente Digital del Proceso.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

bien es cierto fue suscrito inicialmente por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., el mismo representaba movimientos positivos y/o negativos en el patrimonio de los socios hoy convocantes, situación de fondo que se estudió con antelación en el presente laudo arbitral, para determinar que si estaban legitimados efectivamente para accionar el presente trámite con miras a reclamar los perjuicios irrogados anteriormente demostrados, quedando clara y expresamente demostrado que los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, con la suscripción del Compromiso Arbitral del veinte (20) de enero de 2022, quedaron amplia y efectivamente legitimados para iniciar el presente trámite y solicitar el pago de los perjuicios que consideraban se encontraban causados.

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral encuentra desestimados los argumentos expuestos por parte del apoderado judicial de la convocada en esta excepción, toda vez que los mismos carecen de razón cierta, válida y jurídica.

11.4. Excepción Previa de Indebida Representación del Demandante

El extremo pasivo a través de su apoderado judicial, propuso como previa la excepción de indebida representación del demandante, bajo el argumento – reiterado – de que:

“(…) Se plantea la existencia de una relación contractual sin embargo el Fondo de Pasivo Social no ha tenido relación contractual de manera individual o personal con los accionistas de la sociedad clínica Santiago de Cali, no existe relación jurídica que determine un conflicto de los asociados con el fondo de pasivo social. Una vez ocurrido el registro de la cuenta final de liquidación, no existe persona jurídica a nombre de quien actuar, por ende, la calidad de accionista, socio, representante o liquidador también perece o termina, en consecuencia, mal haría la persona que estuvo como representante legal o liquidador, pretender seguir actuando a nombre de una sociedad inexistente”⁷².

Al respecto, el apoderado de la parte convocante, expuso en el escrito que recorrió el traslado de las excepciones, entre otros argumentos, que *“(…) se manifiesta nuevamente, que los Convocantes actúan en nombre propio y en su condición de accionistas de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA, y en ningún momento, en el contenido de la demanda, se señaló que estos actuaban en representación de dicho ente societario (…)*”⁷³.

Sobre este aspecto, el Ministerio Público no se pronunció.

⁷² Folio 23 del documento 9.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁷³ Folio 17 del documento 16.1 del Expediente Digital del Proceso.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Esa norma consagra dos hipótesis en las que puede presentarse la nulidad, en primer lugar, cuando una persona, pese a no poder actuar por sí misma, concurre al proceso de manera directa, tal como devendría en el caso de los incapaces y, en segundo lugar, cuando es representada en el proceso por una persona que carece completa y absolutamente de poder para actuar en su nombre, presupuesto instituido como una garantía esencial del derecho de defensa que le asiste a todo los ciudadanos convocados a ser parte de un proceso judicial; sobre el particular ha precisado el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria:

“Tocante con este motivo de nulidad procesal, esta Corporación tiene sentado: “En relación con la indebida representación, que es el supuesto invocado por los recurrentes para fundar la referida causal, es irrefragable el menoscabo de la garantía en cuyo resguardo está establecida, pues quien no ha tenido una representación legítima no ha estado a derecho en el proceso al cual fue vinculado como parte. “Tal irregularidad, cuando de personas naturales se trata, tiene ocurrencia en aquellos eventos en que un sujeto legalmente incapaz actúa en el proceso por sí mismo, y no por conducto de su representante legal, o cuando obra en su nombre un representante ilegítimo. En tratándose de apoderados judiciales, deviene de la gestión a nombre de otra persona, careciendo por completo de atribución para el efecto”⁷⁴

Para el Tribunal es necesario reiterar entonces los planteamientos acogidos en la resolución de las excepciones anteriores, para indicar que la excepción propuesta de Indebida Representación del Demandante, no está llamada a prosperar, por cuanto los hechos que le sirven de soporte, no se adecuan a la hipótesis prevista en la norma en cita. En efecto, la excepción previa de indebida representación de la parte convocante, hace referencia al presupuesto procesal de capacidad para comparecer al proceso, así entonces, la causal en estudio se tipifica entre otros eventos, cuando una persona jurídica es representada por quien no tiene tal condición de acuerdo con la Ley o los estatutos, situación que no es dable aplicar en el presente caso, puesto que la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, no es parte en el proceso arbitral que nos ocupa, pues como se puede observar en el expediente, la demanda arbitral, los poderes otorgados, el certificado de revisor fiscal aportado con la demanda, el escrito de la demanda arbitral y el compromiso arbitral que da lugar a la existencia de la voluntad de las partes, fue promovida por los **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada**, a *motuo proprio* y no en nombre y representación legal de la sociedad ya liquidada como mal lo encamina el apoderado de la pasiva.

De igual forma, la excepción está llamada al fracaso, porque además de lo anteriormente expuesto, porque esta se extiende a la falta de poder que para

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil SC211 de 2017

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

demandar tenga el apoderado de la parte convocante, por cuanto el memorial poder obra en el expediente del proceso arbitral, luego entonces no es cierto que no se encuentre el respectivo poder, ya que a simple vista se adjunta junto con la demanda, el cual habilita al profesional del derecho que representa a los Socios Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, hoy cedentes de Zalka S.A.S.

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral encuentra desestimados los argumentos expuestos por parte del apoderado judicial de la convocada en esta excepción, toda vez que los mismos carecen de razón cierta, válida y jurídica.

11.5. Excepción Previa de Ineptitud de la Demanda por Falta de los Requisitos Formales

Como fundamento de la excepción previa propuesta por el apoderado judicial de la parte convocada respecto de la presunta ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, expuso que *“En este caso puntual la demandante sociedad Santiago de Cali, NO EXISTE, tampoco existe la calidad jurídica de los demandantes quienes alegan actuar en calidad de socios o accionistas de la sociedad liquidada, tampoco existe relación de causalidad legal de los socios de manera particular con la entidad convocada, la sociedad que suscribió un contrato como persona jurídica NO EXISTE; figuras que determinan de manera inequívoca la inexistencia de la persona jurídica e imposibilidad jurídica de actuar y reclamar en su nombre, de igual manera la imposibilidad de facultara un apoderado con unas facultades inexistentes, es decir no existe la parte demandante, tampoco existe representación alguna en cabeza de los demandantes y por ultimo tampoco puede materializarse el derecho de postulación ante la carencia de calidades que permitan transferir la calidad alegada”*⁷⁵.

En oposición a lo expuesto por el apoderado de la convocada, la parte convocante sostuvo que la excepción no está llamada a prosperar, por cuanto *“(…) En relación con esta excepción, en primer lugar, debe indicarse que no se advierte por el apoderado de la Convocada cuáles fueron los requisitos formales de la demanda que no se tuvieron en cuenta al momento de su presentación, pues se limita simplemente a repetir el argumento de la falta de legitimación”*⁷⁶.

Por su parte, el Agente del Ministerio Públicos sostuvo que:

“(…) La primera, que el cumplimiento de los requisitos de la demanda arbitral, es un asunto sobre el cual el tribunal arbitral ya se pronunció en la admisión de la demanda

⁷⁵ Folio 24 del documento 9.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁷⁶ Folio 17 del documento 16.1 del Expediente Digital del Proceso.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

y el apoderado no recurrió esta decisión en su momento. Resulta temerario, infundado y extemporáneo que un asunto que se discute como recurso de reposición contra el auto admisorio, sea hoy presentado como excepción previa.

La segunda, que el contenido no es propio de una discusión sobre el cumplimiento de requisitos formales. Es claro que, la discusión sobre la legitimación en la causa, es un asunto de fondo que se resuelve en la sentencia. Alegar esto como excepción previa, es desconocimiento de las normas que regulan la materia.

En todo caso, como se dijo frente a la excepción anterior, para las normas colombianas –artículo 68 del Código General del Proceso, artículos 1634 y 1637 del Código Civil-, y para la jurisprudencia del Consejo de Estado y, en especial, de la Corte Suprema de Justicia¹⁴ que constituye doctrina probable, los ex socios de una sociedad liquidada, pueden y deben concurrir al proceso a discutir las controversias contractuales de la sociedad mientras esta estuvo vigente, cuando exista la posibilidad de restituciones de tipo económico”.⁷⁷

Para decidir en lo que respecta a esta excepción previa propuesta, es necesario traer de presente lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien ha sostenido que el defecto que debe presentar una demanda para que se le pueda calificar de inepta o en indebida forma, tiene que ser verdaderamente grave, trascendente y no cualquier informalidad superable lógicamente, pues bien se sabe que una demanda cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe los capítulos petitorios del libelo.⁷⁸

Descendiendo al *sub-lite*, los artículos 82 y 83 del Código General del Proceso, consagran expresamente los requisitos que debe contener la demanda y en los numerales 1, 2 y 3 del mismo articulado que trae a discusión la parte convocada, estipulan la designación del juez a quien se dirija, el nombre y domicilio de las partes, identificación y la de sus representantes de ser el caso y finalmente, el nombre del apoderado judicial del demandante si fuera el caso.

Al respecto, observa el Tribunal que la demanda arbitral incoada, si cumple con los requisitos antes señalados, toda vez que la parte demandante a través de su apoderado judicial invocó ante quien se dirigía la misma, esto es, ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, en segundo

⁷⁷ Folio 9 del documento 15.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia del 18 de marzo de 2002 Exp. 6649 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

lugar, se observa que todas las personas que conformaban la parte convocante, fueron debidamente identificadas y no es la mencionada Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada la parte demandante, puesto que esta no es parte en el proceso arbitral que nos ocupa, toda vez que el mismo, fue promovido por los **Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada**, a *motuo proprio* y no en nombre y representación legal de la sociedad ya liquidada como mal lo encamina el apoderado de la pasiva.

Finalmente, se observa que la demanda arbitral fue promovida a través de apoderado judicial, debidamente constituido a través de poder especial, y quien se ha identificado plenamente en todas las actuaciones surtidas en el trámite procesal, razón por la cual, no es válido el argumento planteado en esta excepción previa.

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se acoge a la tesis planteada por el Agente del Ministerio Público, quien expuso que de conformidad con los artículos 68 del C.G.P., 1634 y 1637 del Código Civil y la Jurisprudencia de las altas Cortes, “*los ex socios de una sociedad liquidada, pueden y deben concurrir al proceso a discutir las controversias contractuales de la sociedad mientras esta estuvo vigente, cuando exista la posibilidad de restituciones de tipo económico*”, más aún, cuando quedaron debidamente facultados para ello con la suscripción del compromiso arbitral, tal como quedó dilucidado anteriormente.

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral encuentra desestimados los argumentos expuestos por parte del apoderado judicial de la convocada en esta excepción, toda vez que los mismos carecen de razón cierta, válida y jurídica.

11.6. Excepción Previa de Ineptitud de la Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones

El apoderado judicial de la parte convocada expuso como argumentos de esta excepción, lo siguiente:

“Se busca se realice un pago a los asociados de manera individual sin que halla(Sic) existido una relación jurídica directa de los convocantes con la entidad convocada situación que determina la existencia de una imposibilidad jurídica frente a los pretendido; en segundo lugar, la persona jurídica que sostuvo una relación contractual con el Fondo desapareció de la vida jurídica, situación que determina la improcedencia legal de lo reclamado por los convocantes de manera individual.”

Siendo que la liquidación de la sociedad ha finalizado, se ha inscrito la cuenta final de liquidación en el registro mercantil, y que como consecuencia termina

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

la vida jurídica de la sociedad y por ende se cancelan los registros de representación, así el máximo órgano social autorice a quien estuvo como liquidadora iniciar procesos y tales decisiones hayan sido tomadas previamente con todas las formalidades legales y estatutarias establecidas para el efecto, las acciones o demandas no podrán ser admitidas por cuanto la sociedad no existe y por ende no hay a quien representar, en consecuencias tales atribuciones o “reservas “ realizadas por la junta de socios en el sentido de extender facultades al liquidador más allá de la existencia de la sociedad no tienen ninguna oponibilidad en el mundo jurídico comercial”⁷⁹.

Al respecto, la parte convocante, infirió lo preceptuado por el artículo 165 del CPACA y por el Consejo de Estado sobre la acumulación de pretensiones, concluyendo además de ello que “*para presentar la excepción previa, la Convocada simplemente se limita a argumentar la supuesta falta de legitimación de los Convocantes, pero nada señala frente al no cumplimiento de los requisitos legales para la acumulación de pretensiones*”⁸⁰.

El Agente del Ministerio Público, argumentó en oposición a la excepción previa planteada, el argumento de que “*aquí no hay una indebida acumulación de pretensiones. La acumulación de pretensiones, es una herramienta mediante la cual, en un mismo proceso, se reclaman pretensiones de diversa naturaleza para que sean resueltas en la misma sentencia. La acumulación exige, desde el punto de vista subjetivo, que las pretensiones se configuren por los mismos fenómenos. Desde el punto de vista objetivo, se exige que el juez sea competente para conocer de todas ellas, que se diriman por el mismo proceso y que las pretensiones no sean incompatibles. En ausencia de alguno de estos requisitos, se dirá que existe una indebida acumulación de pretensiones*”.

Adicionalmente, indica que “*A esta altura, no sabe el agente del Ministerio Público, si el apoderado de la parte convocante desconoce el significado y alcance de conceptos básicos del proceso, o si deliberadamente y con temeridad formula excepciones improcedentes, con el fin de llevar a error al tribunal. Cualquiera de las dos es negativo para el proceso y constituye una falta en los términos del numeral 2 del artículo 78 del Código General del Proceso*”⁸¹.

Para el Tribunal Arbitral, en observancia de las normas básicas de procedimiento, tiene a bien hacer las siguientes consideraciones para efecto de resolver, de manera desfavorable la presente excepción previa, por carencia de fuerza jurídica y fáctica, a saber:

⁷⁹ Folio 24 del documento 9.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁸⁰ Folio 20 del documento 16.1 del Expediente Digital del Proceso.

⁸¹ Folio 10 del documento 15.1 del Expediente Digital del Proceso.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

El numeral 2º del artículo 162 en concordancia con el artículo 306 del CPACA, obliga al Juez administrativo – en este caso a los Árbitros – a hacer un estudio completo de las pretensiones incoadas por el actor de la demanda, teniendo en cuenta no solo las disposiciones que regula dicho código, sino, además, las disposiciones que regulen aspectos similares en el Código General del Proceso, cuando se esté ante un conflicto normativo.

Basado en lo anterior, la acumulación de pretensiones dentro de la demanda administrativa está regulada por el artículo 165 del CPACA y por remisión expresa del artículo 306 ibídem, por el artículo 88 del Código General del Proceso.

La diferencia entre las dos regulaciones ha sido determinada y analizada por la doctrina y la jurisprudencia, quienes han entendido que la regulación del artículo 165 del CPACA obedece una acumulación de pretensiones de carácter objetiva, la cual no resulta compatible a la acumulación de pretensiones de carácter subjetiva establecida más claramente en el artículo 88 del C.G.P.

La acumulación de pretensiones de carácter objetivo, ha sido entendida como la manera en la cual, el demandante formula varias pretensiones a un mismo demandado, lo que al mismo tiempo permite identificar de manera exacta qué medios de control tienen pretensiones que eventualmente se pueden acumular sin ser excluyentes unas de las otras, ello, cumpliendo los requisitos que, para tal fin, se han establecido en el artículo 165 del CPACA, a saber:

“(…)

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento (...).”

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Por su parte, la acumulación de pretensiones de carácter subjetivo, tiene su génesis en la posibilidad de que uno o varios sean los demandantes o demandados en el proceso, caso en el cual, se deberán acreditar los presupuestos establecidos en el artículo 88 del C.G.P., el cual, para el estudio del caso, establece lo siguiente:

“Artículo 88 . Acumulación de pretensiones

(...)

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

En la demanda sobre prestaciones periódicas podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquella y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando provengan de la misma causa.*
- b) Cuando versen sobre el mismo objeto.*
- c) Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia.*
- d) Cuando deban servirse de unas mismas pruebas.*

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, los mismos bienes del demandado”.

De esta manera está claro que, el objeto del presente debate se contrae a establecer si dentro de la presente demanda se encuentran plenamente acreditados los requisitos legales de acumulación subjetiva de pretensiones, pues de satisfacerse estos requisitos, deberá así declararlo el Tribunal Arbitral.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Para darle solvencia a lo anterior, se hace necesario acoger la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado sobre la interpretación que debe dársele a la acumulación de pretensiones con la normatividad vigente que cobija la Ley 1437 de 2011. En este orden de ideas, el Consejo de Estado indicó que en vigencia del Decreto 01 de 1984, el control judicial de la administración se ejercía por medio de las acciones judiciales, esto es, por el sistema de que cada acción tiene su correspondiente pretensión. Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el sistema en mención, cambió, pues actualmente, no existe pluralidad de acciones, por considerar que el derecho a accionar es uno y único. En efecto, tal disposición unificó procesos y redefinió los medios de control judicial, en aras de garantizar además del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el principio de economía procesal⁸²

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, el Tribunal Arbitral advierte que no se cumplen los requisitos de acumulación de pretensiones objetiva ni subjetiva, esto por cuanto de la documental aportada con la demanda y que obra en el expediente digital del presente trámite arbitral, se desprende que no existe tal configuración de acumulación. Además de ello, se acoge el Tribunal Arbitral, a lo manifestado por la parte convocante, quien indicó que el fundamento para dicha excepción es la presunta falta de legitimación de la demandante, sin tener en cuenta los presupuestos procesales básicos, como lo reitera el Agente del Ministerio Público.

11.7. Excepción Previa de No Haberse Presentado Prueba de la Calidad en que Actúa el Demandante

El extremo pasivo, a través de su apoderado judicial, propuso como excepción previa, la de no haberse presentado prueba de la calidad en que actúa el demandante, bajo las siguientes consideraciones:

“De lo expuesto es de concluir, que no existe prueba de la calidad alegada por los demandantes quienes carecen de representación, calidades y facultades jurídicas que legitimen su capacidad de actuar en la presente acción, el FPSFNC nunca ha sostenido una relación contractual individual con los convocantes, tuvo una relación contractual con la persona jurídica Clínica Santiago de Cali, de la cual hacían parte como asociados los convocantes, sin embargo dicha persona jurídica fue liquidada, desapareció de la vida jurídica y no puede ser sujeta de derechos u obligaciones, tampoco accionar el aparato jurisdiccional por carecer de representación legal y de vida jurídica.”

⁸² Consejo de Estado, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicado 1101-03-15-000-2014-01980-00. Sentencia del 23 de octubre de 2014.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Como se expresó, al inscribir en el registro mercantil la cuenta final de liquidación, desaparece de la vida jurídica la sociedad y con ella los órganos a través de los cuales actúa como persona jurídica; Por lo cual, Siendo la norma transcrita de contenido imperativo, es decir de obligatorio cumplimiento, es de concluir que la única vía para demostrar la existencia y representación de la sociedad es el certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio Social.

*Adicionalmente no es procedente que se intenten acciones a favor de una persona jurídica extinguida y de la cual no se ostenta la representación legal como se expresó en el párrafo anterior. En consecuencia, la única forma de iniciar acciones a nombre de una sociedad es que esta esté vigente, es decir que no esté liquidada*⁸³.

El recorrer el traslado de las excepciones, la parte convocante a través de su apoderado judicial, sostuvo que “En relación con los argumentos de esta excepción previa, no es cierto que los Convocantes no hayan presentado prueba de la calidad en la que actúan, pues estos han manifestado actuar en su condición de accionistas de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADADA y esto fue demostrado por medio de la certificación expedida por el revisor fiscal, que obra en el folio 578 del anexo 3.1., denominado “Solicitud de admisión al proceso de reorganización”, documento que no fue tachado de falso, ni controvertido por el apoderado de la Entidad Convocada”⁸⁴.

Al respecto, expuso el Ministerio Público que “Nuevamente, la excepción de no haberse presentado prueba de la calidad en la que actúa el demandante se formula con el mismo argumento utilizado para las demás excepciones” y adicionó que “frente a la legitimación en la causa por activa de los ex socios de la sociedad, se reitera que para las normas colombianas –artículo 68 del Código General del Proceso, artículos 1634 y 1637 del Código Civil-, para la jurisprudencia del Consejo de Estado y, en especial, de la Corte Suprema de Justicia que constituye doctrina probable, los ex socios de una sociedad liquidada, pueden y deben concurrir al proceso a discutir las controversias contractuales de la sociedad mientras esta estuvo vigente, cuando exista la posibilidad de restituciones de tipo económico”⁸⁵.

Los argumentos del apoderado de la parte convocada, son tendientes a demostrar que la demandante no tuvo facultades para iniciar el presente trámite por cuanto hacen parte o actúan en representación de una sociedad liquidada, la cual no tiene calidades

⁸³ Folio 25 del documento 9.1 del Expediente Digital.

⁸⁴ Folio 20 del documento 16.1 del Expediente Digital.

⁸⁵ Folio 10 del documento 15.1 del Expediente Digital.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

para accionar el aparato jurisdiccional por carecer de representación legal y vida jurídica

Respecto de estos argumentos y consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral advierte que la excepción previa propuesta, está llamada a ser despachada de manera desfavorable, por los argumentos determinados de manera precedente, en el entendido que la parte convocante si presentó con el escrito de la demanda, prueba idónea que demuestra la calidad en la cual actúan, adicionalmente, se itera que el compromiso arbitral no fue objeto de controversia por la parte pasiva en litigio, razón por la cual, el mismo tiene plena validez jurídica y probatoria, compromiso que fue suscrito por los socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, quienes de manera precedente se concluyó, si contaban con legitimación en la causa por activa para comparecer al presente trámite.

Se reitera, además, que la mencionada Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, no es parte en el proceso arbitral que nos ocupa, toda vez que el mismo, fue promovido por los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, a *motuo proprio* y no en nombre y representación legal de la sociedad ya liquidada como mal lo encamina el apoderado de la pasiva.

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral encuentra desestimados los argumentos expuestos por parte del apoderado judicial de la convocada en esta excepción, toda vez que los mismos carecen de razón cierta, válida y jurídica.

11. Estudio sobre las Excepciones de Mérito propuestas en la contestación de la demanda arbitral

Respecto de las excepciones de fondo formuladas por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, después de haber agotado el estudio correspondiente a las acciones ejercidas por la parte demandante, tanto principal de incumplimiento del contrato, como consecuenciales y derivativas de aquella, vinculadas al reconocimiento y pago de los valores dejados de pagar más los intereses moratorios y al reconocimiento y pago de perjuicios para resarcir el daño causado a título de daño emergente y de lucro cesante, razón por la cual, como se ha expresado con anterioridad en este laudo, en particular en los apartados que anteceden y que se refieren al principio de legalidad, se integra y conjugan con lo adicionalmente expuesto en el capítulo de la definición de las mencionadas excepciones de fondo, para darle alcance integral al contenido de esta providencia, así:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

11.1 Excepción de Prescripción

La presente excepción de prescripción, la fundamenta el apoderado judicial de la parte convocada, de la siguiente manera:

“Sin que ello implique reconocimiento de derecho alguno. Desde ahora solicito al Despacho declarar su prosperidad frente a los derechos reclamados por el demandante. El contrato 023 de 2013 se liquidó unilateralmente el día 30 de Septiembre de 2014 por medio de la Resolución número 2513 de 2014, frente a la cual se instaura recurso de reposición resuelto definitivamente por medio de la Resolución número 3051 de fecha 3 de Diciembre de 2014, desde esta fecha corre el termino de caducidad de la acción. - si bien es cierto el trámite arbitral no tiene taxativamente señalado un término de prescripción su prosperidad está ligada a la prescripción de los derechos y acciones legales que se otorgan a este fipo(sic) de derecho en discusión; en este caso se tiene que es una discusión jurídica derivada de un nexo contractual, frente al cual la norma establece un término máximo de las acciones legales pertinentes de 5 años, termino después del cual se encuentra materializado el fenómeno de la prescripción de la acción. En este caso puntual el termino señalado se encuentra materializado en exceso el fenómeno de la prescripción y caducidad de la acción contractual agotada”⁸⁶.

Por su parte, en oposición a lo planteado por el apoderado judicial de la convocada en esta excepción, la parte convocante determinó que *“(…) para el ejercer la controversia contractual, derivada de la responsabilidad contractual, existe regulación especial contenida en el artículo 55 de la ley 80 de 1993, en la que se dispone que para reclamar la reparación de los daños es de veinte (20) años, contados a partir de su ocurrencia (...)*⁸⁷.

Finalmente, el Ministerio Público, al descorrer el traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada, determinó que *“además de señalar que, una cosa es la prescripción y otra es la caducidad, que para el apoderado parece que fueran lo mismo, en el presente caso, el término de caducidad no se maneja con lo dicho en el CPACA para las controversias contractuales, es decir, dos (2) años, sino con el término de prescripción de la reclamación que prevé el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, el cual prevé que, el debate sobre la responsabilidad contractual, se puede adelantar dentro de los veinte (20) años siguientes a la terminación del contrato”⁸⁸.*

⁸⁶ Folio 25 del documento 9.1 del Expediente Digital.

⁸⁷ Folio 21 del documento 16.1 del Expediente Digital.

⁸⁸ Folio 11 del documento 15.1 del Expediente Digital.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

11.1.1 Consideraciones Jurídicas del Tribunal sobre la Caducidad y la Prescripción

Una de las cuestiones a debatir en el presente proceso arbitral, que constituye un presupuesto lógico del análisis de la procedencia de las pretensiones, es el relativo a la posible ocurrencia del fenómeno de la caducidad o de la prescripción. Dicha cuestión, se debe abordar por dos razones: La primera, porque fue alegada como excepción de mérito en la contestación de la demanda por parte de la entidad **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**. La segunda, porque la declaratoria de caducidad opera *ipso jure*, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 90 del Código General del Proceso y 169-1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dando lugar al rechazo de la demanda; dará lugar, en cualquier estado del proceso, a dictar sentencia anticipada, conforme al artículo 278-3 del C.G.P. y 182A-3 del CPACA; y es una causal de anulación del laudo arbitral, conforme al artículo 41-2 del Estatuto Arbitral.

Sobre la caducidad

La caducidad, según señala Azula Camacho, es un fenómeno de naturaleza procesal, que afecta el derecho de acción, en cuanto impide que se adelante el proceso, a la par que, indirectamente, afecta el derecho sustancial cuando no existe otro medio judicial de reclamación⁸⁹.

Según la Corte Constitucional, en una sistemática doctrina, sostiene que, la caducidad, es entendida como el vencimiento del plazo que se tiene para el ejercicio del derecho de acción, que impide su ejercicio u obliga a la emisión de una sentencia anticipada cuando no fue advertida inicialmente⁹⁰.

⁸⁹ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Teoría General del Proceso. Tomo I. Bogotá. Editorial Temis. 11ª ed. 2019. P. 60.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 9º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 (parcial) de la Ley 794 de 2003 “Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Por su parte, para el Consejo de Estado⁹¹, es una sanción por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, por el vencimiento de los plazos para acceder a la jurisdicción, y que impide el acceso al aparato estatal de justicia.

En punto de su naturaleza, señala la Corte Constitucional que la caducidad, es un fenómeno de orden público, esto es, de imperativo acatamiento que debe ser reconocido de oficio por el juez y frente a la cual es inválida cualquier renuncia⁹².

Para el Consejo de Estado⁹³, la caducidad parte del principio de preclusión, característico de todo proceso judicial, conforme al cual el acceso a la jurisdicción encuentra un límite temporal, dentro del cual se debe ejercer la acción, so pena de su rechazo. A su vez, es expresión del principio - valor de la seguridad jurídica, en tanto impide que las situaciones permanezcan eternamente indefinidas.

Sobre la prescripción

El fenómeno de la prescripción en esta materia guarda una estrecha relación con el instituto de la caducidad, sin que tengan la misma naturaleza, alcance o significación. De allí que, una breve distinción resulte útil a los efectos del presente laudo.

Sea lo primero señalar que, mientras que la caducidad, como fenómeno de naturaleza procesal, hace referencia a la pérdida del derecho acción por su no ejercicio oportuno, de carácter irrenunciable, que da lugar al rechazo de la demanda o a sentencia anticipada sino fue inicialmente advertida, la prescripción es un fenómeno de naturaleza sustantiva, de carácter extintivo, mediante la cual se suprimen los efectos

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00298-01(AG). Actor: YOLANDA COMETA Y OTROS. Demandado: CORPOAMAZONIA Y OTROS.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 3º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003. Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2018. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 282 (parcial) de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso y artículo 2513 (parcial) del Código Civil. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009, óp. cit. y Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001, óp. cit.

⁹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00298-01(AG). Actor: YOLANDA COMETA Y OTROS. Demandado: CORPOAMAZONIA Y OTROS.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

de los derechos y obligaciones, y que no en todos los casos inhibe el juez del poder de pronunciarse⁹⁴.

La prescripción, así vista, puede ser adquisitiva, si se constituye en un modo de adquisición de derechos subjetivos, y extintiva, cuando se convierte en un vehículo de extinción de obligaciones. En cualquier caso, la prescripción es extintiva para el acreedor y adquisitiva para el deudor⁹⁵.

Conforme a lo anterior, la prescripción tiene una dimensión liberatoria, porque extingue el derecho y exonera al deudor del cumplimiento de la obligación, como consecuencia de la presunción de abandono por parte de su titular. En otras palabras, la prescripción parte de la negligencia, real o presunta del titular, cuya consecuencia, al margen de la razón subjetiva del acreedor para no demandar el cumplimiento de su derecho, es la pérdida del mismo⁹⁶.

La prescripción es un modo para el surgimiento de derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo.

Diferencia entre caducidad y prescripción frente a su reconocimiento oficioso.

Un fenómeno que no puede pasar por alto este tribunal, es el relativo a la diferencia de trato de ofrecen las normas procesales, frente al reconocimiento oficioso de la prescripción. Dicho trato diferente, parte de lo previsto en los artículos 282 inciso 2

⁹⁴

Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 489 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2018, óp. cit.

⁹⁵

En este sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001, óp. cit..

⁹⁶ En este sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 91 (parcial) y 333 (parcial) del Código de Procedimiento Civil. Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 3º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros. Bogotá. Sentencia de ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación: Expediente 6185.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

del Código General del Proceso y 2513 del Código Civil, frente a lo dicho en el numeral 3 del artículo 182 A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

De conformidad con las normas civiles, “*Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada*” (Art. 282, C.G.P.) y “*El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio*” (Art. 2513, C.C.). Por su parte, el numeral 3 del artículo 182 A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 dice que “*En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva*”. Es decir, mientras en los procesos civiles debe ser alegada por las partes, en los procesos contencioso administrativos debe ser declarada de oficio.

Según la Corte Constitucional⁹⁷, esta distinción de trato está justificada por la naturaleza de las partes y de los intereses con conflicto. Mientras en los procesos civiles, se trata de intereses económicos particulares, es decir, renunciables, en los procesos contencioso administrativos están inmersos los intereses generales, lo cual obliga al juez a emitir un pronunciamiento de oficio.

En el presente caso, no solo una de las partes es una entidad estatal, lo que obligaría a este tribunal a pronunciarse de oficio, sino que además el apoderado de la parte convocante, aunque de forma anti técnica, alegó las excepciones de caducidad y prescripción, razón por la cual se hará un pronunciamiento sobre ambos fenómenos, en virtud del principio de adecuación previsto en el párrafo único del artículo 318 del Código General del Proceso.

11.1.1.1 La caducidad del medio de control de controversias contractuales.

De conformidad con el literal j), numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, el medio de control de controversias contractuales, “*En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”. Se agrega en el subnumeral iv) que, “*En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*”.

Conforme a lo anterior, tendría validez el argumento de la parte convocada, en el sentido de que, si el medio de control de controversias contractuales tiene un término

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2018, óp. cit.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

de dos (2) de años desde que se liquidó el contrato estatal y, siendo que la liquidación se hizo mediante Resolución No 2513 del 30 de septiembre de 2014, en este proceso arbitral ocurrió el fenómeno de la caducidad, por cuanto el mismo se inicia a los siete años de ocurrido este hecho.

Sin embargo, tanto la parte convocante como el agente del Ministerio Público, señalan que, esta controversia no se rige por el término común y ordinario de dos (2) años previstos en la Ley 1437 de 2011, sino por un término especial de veinte (20) años, previsto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo previsto en el artículo 50 del mismo estatuto. Por esta razón, el análisis sobre el alcance y vigencia de dicho artículo, resulta ser un presupuesto lógico del pronunciamiento sobre la caducidad y la prescripción en este caso.

11.1.1.2 El artículo 55 de la Ley 80 de 1993. Alcance y vigencia.

Según el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, *“La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos”*.

Por su parte, el artículo 50 ibídem señala que, *“Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”*.

En consideración a lo anterior, corresponde a este tribunal dejar sentadas, como fundamento de su decisión, las siguientes consideraciones, sobre el alcance y la vigencia de estos artículos, ya que de ello depende la decisión sobre el reconocimiento de las pretensiones. Así, por un lado, si se declara que los artículos no están vigentes, habrá lugar a la declaratoria de caducidad. Por otro lado, si se declara que ellos están vigentes, pero que no son aplicables, se asumirá la revisión de fondo y se negarán las pretensiones. Finalmente, si se declara que están vigentes y que son aplicables a la materia discutida, se revisará el cumplimiento de los presupuestos previstos en ellas y, de concurrir, se accederá a las pretensiones.

11.1.1.3 El fenómeno de las antinomias y las derogatorias tácitas.

A primera vista, evidencia este tribunal, un fenómeno de antinomia entre lo enunciado en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, relativo a una caducidad de dos (2) años, y lo expresado en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, respecto de una prescripción de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

veinte (20) años. Esto, que comúnmente se conoce como antinomia, merece una explicación.

Para la filosofía del derecho, una *antinomia* es una contradicción entre dos reglas y, siendo las reglas normas jurídicas que se expresan bajo el supuesto *Sí o no*, o *todo o nada*, una antinomia es una hipótesis extrema en la cual una regla desplaza a otra en términos absolutos, no siendo posible la aplicación parcial de ambas.

Los conflictos entre reglas se solucionan, de conformidad con la Ley 153 de 1887, bajo los siguientes criterios: (i) la norma posterior, en el tiempo o en el articulado, prevalece sobre la norma anterior (Arts. 1, 2); (ii) la norma especial prevalece sobre la norma general (Art. 2); (iii) la norma superior prevalece sobre la norma inferior (Art. 9).

Sin embargo, el fenómeno de las antinomias, se debe entender como cláusulas de excepción y no como cláusulas de derogación. La razón de esta afirmación es la siguiente: Es común que se diga que, en un fenómeno de antinomia, una norma deroga a la otra. Ello, sin embargo, es incorrecto ya que, si hubo una derogatoria, ella ocurrió ab initio desde la entrada en vigencia de la norma derogatoria. En consecuencia, si la antinomia parte de la premisa de contradicción entre dos normas vigentes, no puede haber antinomia si una de ellas fue derogada previa y tácitamente por otra⁹⁸.

Se va a sostener, en consecuencia, que las antinomias, fenómeno de contradicción entre dos normas vigentes dentro del sistema, se van a resolver por las vías antes señaladas, pero no como derogatorias sino como cláusulas de excepción, es decir, como hipótesis en la cual, una norma desplaza a la otra en un supuesto específico, siendo ambas normas vigentes dentro del sistema jurídico.

Agrega la filosofía del derecho que, las antinomias, llamadas también contradicciones internas a sistema, se van a resolver dando prevalencia a una norma frente a otra, desde las perspectivas de (i) inconsistencia total-total, (ii) inconsistencia total-parcial y (iii) inconsistencia parcial-parcial⁹⁹. En el primer escenario, el que nos interesa, una norma puede ser aplicada sin entrar en conflicto con la otra porque se trata de supuestos diferentes.

⁹⁸ En este sentido, MARTÍNEZ ZORILLA, David. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid. Marcial Pons. 2007. P. 148.

⁹⁹ ROS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires. Eudeba. 1963. P. 124.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Veamos una comparación entre las normas para fundar la tesis de que se trata de supuestos normativos diferentes.

Artículo 141 CPACA	Artículo 50 L. 80.
Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad , que se ordene su revisión , que se declare su incumplimiento , que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.	Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

De lo anterior se concluye que, entre las normas, que regulan la responsabilidad de la Administración en el desarrollo de contratos, existe una profunda diferencia. La norma del artículo 141 del CPACA, abarca la posibilidad de responsabilidad extracontractual y de incumplimiento. La norma del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, hace referencia a la responsabilidad contractual, es decir, precedida del cumplimiento de las obligaciones propias del contrato.

Como quiera que se trata de cuestiones diferentes, va a concluir este tribunal que, se está ante una antinomia real, de incompetencia total-total, que se soluciona por la vía de la especialidad, y que concluye con una aplicación preferente del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, como quiera que se discute la responsabilidad civil derivada del cumplimiento del contrato, y no la responsabilidad extra contractual ni la derivada del incumplimiento del mismo.

11.1.1.4 Vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993.

Previo a la revisión de las pretensiones, a la luz de los anteriores preceptos normativos, se va a revisar si, en todo caso, el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 está vigente, toda vez que, no tendría razón revisar una pretensión a la luz de un precepto jurídico, si éste no es parte ya del sistema jurídico.

Para tal efecto, procede una revisión /comparación de las normas que rigen la caducidad en la Ley 1437 de 2011, con las normas que rigen la prescripción en la Ley 80 de 1993, a efectos de determinar si, a pesar de la diferencia de contenidos, una derogatoria de esta última disposición. Para tal efecto, una comparación de las normas iniciales y las actuales puede ser de utilidad. Veamos.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

El término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, venía establecido en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984. Posteriormente, y sin que dicho artículo fuera derogado, el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, previó, paralelamente, un término diferente de prescripción especial para la responsabilidad civil derivada del cumplimiento del contrato:

Artículo 136, C.C.A	Artículo 55. L. 80 de 1993.
<p>ARTICULO 136. Caducidad de las acciones. (...) Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.</p>	<p>ARTÍCULO 55. De la prescripción de las acciones de responsabilidad contractual. La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos. La acción disciplinaria prescribirá en diez (10) años. La acción penal prescribirá en veinte (20) años.</p>

Tanto del contenido como de las fechas de vigencia de ambas normas, se concluye que, el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales del artículo 136 del C.C.A, no fue derogado o modificado sino complementado por el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. Es decir, a partir de la Ley 80, hubo dos términos: uno de caducidad y uno de prescripción.

Posteriormente, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, modificó el artículo 136 del C.C.A y reguló nuevos términos para la caducidad del medio de control de controversias contractuales, pero no hizo ninguna referencia al término de prescripción de la acción civil del artículo 55 de la Ley 80 de 1993, es decir este último coexistió con la Ley 446 de 1998. Esta comparativo dará cuenta de ello.

Artículo 44. L. 446 de 1998	Artículo 55. L. 80 de 1993.
<p>Caducidad de las acciones. 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.</p>	<p>ARTÍCULO 55. De la prescripción de las acciones de responsabilidad contractual. La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos. La acción disciplinaria prescribirá en diez (10) años. La acción penal prescribirá en veinte (20) años.</p>

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

De lo anterior se evidencia que, entre el Artículo 44 de la Ley 446 de 1998 y el Artículo 55 de la Ley 80 de 1993 existió una diferencia de objeto: uno hacía referencia a la caducidad y el otro a la prescripción. Siendo fenómenos diferentes, no existe razón para afirmar que la Ley 446 de 1998 derogó el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, y que desapareciera del sistema jurídico colombiano este término especial.

Adicionalmente, cuando se acude a la disposición derogatoria del artículo 167 de la Ley 446 de 1998, ella (i) no hace referencia al artículo 55 de la Ley 80 de 1993 y (ii) cuando alude a las normas que le sean contrarias, obviamente no incluye este último artículo porque, como se dijo, versaba sobre un supuesto diferentes a los por ella regulados.

Luego viene la Ley 1437 de 2011 y, nuevamente, regula la caducidad del medio de control de controversias contractuales, sin hacer mención alguna a la prescripción de la acción civil derivada de la responsabilidad contractual. Como quiera que, (i) caducidad y prescripción son asuntos diferentes, (ii) la disposición derogatoria del artículo 309 del CPACA no hace referencia al artículo 55 de la Ley 80 de 1993, no queda otra vía que concluir que, el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 está vigente y consagra un término autónomo de veinte (20) años para el ejercicio de la acción especial por responsabilidad civil contractual.

11.1.1.5 **La pretensión de la demanda. Escogencia del fundamento del control arbitral.**

En el presente caso, la parte convocante, no pide la declaratoria de nulidad, de incumplimiento o revisión del contrato, sino la declaratoria de responsabilidad civil derivada del desarrollo del contrato. Son cuestiones diferentes. Veamos

Artículo 141 CPACA	Artículo 50 L. 80.	Pretensión principal.
Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad , que se ordene su revisión , que se declare su incumplimiento , que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable	Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la	Novena: Que se DECLARE que, la ejecución del CONTRATO DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, suscrito entre (...), generó un daño patrimonial a la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A., al prever, en contra de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.	prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.	2011, el sistema de pago por capitación, para la atención de los niveles II, III y ALTO COSTO, a cargo de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A.
---	--	---

En el presente caso, como lo señalaron tanto el apoderado de la parte convocante, en la demanda y en los alegatos de conclusión, así como el agente del Ministerio Público en las alegaciones finales, con la demanda arbitral no se pretende la declaratoria de incumplimiento o de anormalidad contractual, derivada de los artículos 141 y 167 del CPACA, sino la declaratoria de responsabilidad civil derivada del artículo 50 de la Ley 80 de 1993. Como se trata de supuestos diferentes, procede la aplicación del criterio inconsistencia total-total y, con ello, la revisión de las pretensiones a partir del artículo 50 de la Ley 80 de 1993.

En auxilio de esta tesis, habría que decir, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996 que, el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, es una cláusula especial de responsabilidad contractual, en el sentido de que, conforme a la norma, *“el título para poder imputar al Estado la responsabilidad por un daño en materia contractual es el carácter antijurídico, no del daño en sí mismo considerado, sino de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones de las entidades”*, es decir, que el comportamiento contractual del Estado, incluyendo la inclusión de cláusula sobre la forma de pago en el contrato, haya sido antijurídico, de suerte que, si con ocasión de dicho contrato, se genera un daño al particular contratista, este deviene automáticamente en antijurídico y hay lugar a su reparación patrimonial.

Agrega la Corte Constitucional en esta sentencia que, *“puede haber casos en materia contractual que implican un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración”*, es decir, puede ser que el comportamiento de la entidad, se haya desarrollado dentro de los cánones contractuales, y aun así generarse un daño, esta vez de tipo contractual, y de naturaleza resarcible. En tal caso, no se cuestiona la legalidad del comportamiento de la Administración, sino el desequilibrio causado al contratista.

Este es, precisamente, el cuestionamiento de la demanda arbitral. La parte convocante no pretende la nulidad, revisión o declaratoria de incumplimiento del contrato, en los términos del artículo 141 del CPACA. Lo que la parte convocante demanda, es la declaratoria de responsabilidad civil derivada del ejercicio del contrato, por la inclusión de cláusula que desconoce la noción de orden público, en los términos del artículo 50 de la Ley 80 de 1993.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

11.1.1.6 **La postura de la Corte Constitucional sobre la vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993.**

Para la Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1998, y así lo dejó de presente el agente del Ministerio Público en su intervención, el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, está vigente y coexiste con las normas, ante del C.C.A, hoy CPACA, por tener un objeto diferente. Al preguntarse el alto tribunal si el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, está vigente, señaló lo siguiente:

*“3.11. En síntesis, el artículo 55 de la ley 80 de 1993 reguló la prescripción de la acción civil por responsabilidad contractual contra las entidades estatales, los servidores públicos, los contratistas, consultores, interventores y asesores externos por las conductas y omisiones que les sean imputables en el proceso de contratación y que ocasionen perjuicios. **Dicha acción**, por su naturaleza estrictamente civil, esto es, sustentada en normas de derecho privado, es **diferente a las acciones contractuales**, fundadas en normas de derecho público a que se refiere el art. 87 del C.C.A, que tenían un término de caducidad especial en la norma acusada.*

Los dos sistemas reguladores de las controversias contractuales coexisten, porque resultan conciliables, en virtud, de que regulan una misma materia, pero desde aspectos diferentes. Por lo tanto, la posibilidad de accionar por una u otra vía dependerá de la naturaleza de la pretensión.”. (Negrilla extra texto).

De conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política de 1991, las decisiones que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. En consecuencia, son absolutamente vinculantes.

Amén de lo anterior, señaló la Corte Constitucional¹⁰⁰, frente al carácter vinculante de la jurisprudencia, que sus precedentes tienen el carácter de obligatorios y ninguna autoridad los puede desconocer. Como lo señaló el agente del Ministerio Público, el

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Demanda de inconstitucionalidad: del artículo 102 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2012. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Demanda de inconstitucionalidad: de los artículos 102 (parcial), 269 (parcial) y 270 (parcial) de la ley 1437 de 2010 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo del artículo 102 (parcial) de la Ley 1437 de 2010, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

desconocimiento de una sentencia de constitucionalidad genera un prevaricato por acción¹⁰¹.

11.1.1.7 **La postura del Consejo de Estado sobre la vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993.**

En el mismo sentido de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado¹⁰², como máximo tribunal de lo contencioso administrativo conforme al artículo 237 de la Constitución Política, viene haciendo uso del artículo 55 de la Ley 80 de 1993 en asuntos donde se discute la responsabilidad civil derivada del contrato, dentro de los veinte (20) años siguientes a la ocurrencia de los fenómenos. En consecuencia, si dicho tribunal hace uso del artículo, mal haría este tribunal no desconocer su vigencia.

En una sentencia reciente, el Consejo de Estado señala que el término de 20 años del artículo 55 de la Ley 80 de 1993 está vigente y hace uso de éste dentro del proceso. Dijo en esta oportunidad que:

“3.1.3. Oportunidad para ejercer la acción.

(...).

Ahora bien, frente al momento en que se debe iniciar el conteo del término de 20 años, la norma en comento establece expresamente que éste se realiza "a partir de la ocurrencia" del suceso dañoso o conducta antijurídica por parte del otro extremo negocial. En el caso sub lite, tal conducta antijurídica contractual, habría acaecido con la respuesta que le hizo la contratante a su contratista, a través del Oficio DPA-0706 de 24 de mayo de 1996, suscrito por el Jefe de Departamento de Interventoría de EPM, el Jefe de División Técnica de Acueducto y Alcantarillado de EPM y el Director de Interventoría de INCOL S.A. (f. 12581259, C. 3), en el sentido de desestimar la solicitud de cumplimiento al acuerdo que esta última predicaba existente en las Actas de Convenio suscritas entre la interventoría y la actora durante las reuniones de los días 5 y 7 de marzo de 1996. En ese orden de ideas, el término de 20 años se contabiliza a partir del día siguiente del citado Oficio.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000.

¹⁰²

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03439-01 (47101). Actor: PROCOPAL S.A. Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP. Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 18 de agosto de 2000, la Sala encuentra que el ejercicio de la acción que encaminó la descrita pretensión de responsabilidad patrimonial de la actora fue oportuno, y que, por ende, no operó el término de "prescripción de la acción" que establece el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. En virtud de ello, la Sala estudiará de fondo el asunto exclusivamente frente a la descrita pretensión". (Negrilla fuera de texto). "

11.1.1.8 Conclusión.

En conclusión, para la Corte Constitucional, para el Consejo de Estado y para este tribunal arbitral, conforme a las explicaciones precedentes, el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 está vigente y procede su aplicación cuando se presente los supuestos que dan lugar a su aplicación.

Como quiera que las pretensiones de la demanda, se centran en la reclamación de la responsabilidad civil derivada del contrato, es desde esta perspectiva, con un plazo de prescripción de veinte (20) años, que se debe hacer el examen, negar la excepción de caducidad y resolver de fondo las pretensiones.

11.2 Excepción de Cobro de lo No Debido

Expuso el apoderado judicial de la parte convocada que *"No existe obligación alguna a cargo de la entidad pública que represento, quien cumplió con todas sus cargas financieras y contractuales de manera oportuna, hasta el momento de la liquidación del contrato 023, no quedaron excedentes pendientes de pago y el contrato se agotó conforme a la cuantía señalada y a su objeto contractual. Maxime cuando en el presente caso se materializa un impedimento jurídico, determinado por la improcedencia de lo reclamado, no le asiste derecho a los demandantes, ante la inexistencia de la entidad que presuntamente representan e inexistencia de la calidad alegada, en ese mismo sentido no existe la omisión por parte de la entidad que represento"*¹⁰³.

La parte convocante, por su parte, indicó que *"(...) En relación con el supuesto cumplimiento del contrato por parte del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA, se debe indicar, como se argumentó en la demanda, que la contratación en la modalidad de pago por capitación no está permitida en todos los casos, sino en aquellos en los que presté servicios de baja complejidad, no siendo posible*

¹⁰³ Folio 26 del documento 9.1 del Expediente Digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

*pactarse esta modalidad de pago, para los eventos de mediana complejidad o nivel 2 y alta complejidad o nivel 3 y de alto costo (...)*¹⁰⁴.

Finalmente, el Ministerio Público en memorial del veinticuatro (24) de mayo de 2022, expuso que *“Las demás excepciones de mérito propuestas, se resolverán cuando se haya agotado la etapa probatoria, razón por la cual, ante la ausencia de elementos de juicio, se abstiene el agente del Ministerio Público de hacer cualquier pronunciamiento”*¹⁰⁵, quien, finalmente en el concepto final emitido, sostuvo sobre esta excepción que:

“ (...) Respecto de lo primero, lo que se discute no es si se cumplió con las cargas financieras previstas en el contrato, sino si el contrato es contrario al orden público y se deben inaplicar las cláusula que desconocieron las normas que, en materia del derecho fundamental a la salud hacen parte del sistema jurídico colombiano. Como quiera que ello es, precisamente, el fondo del asunto, se pide negar la excepción propuesta para que sea la decisión de fondo la que resuelva si hay lugar o no al reconocimiento de las pretensiones.

Frente a lo segundo, por tratarse del mismo argumento de las excepciones previas, se pide negar en tanto es claro, conforme a la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia que constituye doctrina probable por su nivel de reiteración, y que este tribunal arbitral ya tuvo en cuenta a petición del suscrito para resolver lo relativo a la legitimación en la causa por activa, que los socios de una sociedad liquidada pueden asistir a un proceso judicial, por ser ellos quienes deben soportar las cargas derivadas de los contratos que la sociedad ejecutó durante su existencia (...)”

Planteadas las cosas de esa forma, este Tribunal de Arbitramento se debe soportar en el marco normativo vigente que describe el principio de congruencia de la sentencia (en este caso del laudo), en sus dos acepciones: como armonía entre las partes motiva y resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación (congruencia externa).

El principio así concebido persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa de las partes, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda, y en la contestación, si la posición procesal de la parte pasiva es enervar los pedimentos del demandante. Igualmente, trae consigo los conceptos de fallo ultra y extrapetita, como decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan

¹⁰⁴ Folio 22 del documento 16.1 del Expediente Digital.

¹⁰⁵ Folio 12 del documento 15.1 del Expediente Digital.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

cosas adicionales a las solicitadas en la demanda (sentencia Ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita).

Por ello, para pronunciarse el Tribunal sobre la presente excepción perentoria (o de fondo) hace las siguientes consideraciones:

Como pretensiones de la demanda, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago, a título de daño emergente, de los valores sufragados en su momento por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. hoy Liquidada, para la prestación de los servicios de nivel II, III y de Alto costo, más los intereses de mora correspondientes a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel II, III y Alto Costo, para lo cual, bajo juramento, estimó la cuantía en la suma de **Cincuenta y Un Mil Ciento Treinta Millones Seiscientos Noventa y Cuatro Mil Doscientos Cincuenta y Ocho Pesos M/Cte (\$51.130.694.258)**, correspondiente a Dieciséis Mil Ciento Setenta y Cuatro Millones Doscientos Cuarenta y Tres Mil Doscientos Ocho Pesos M/Cte (\$16.174.243.208) por concepto de capital y Treinta y Cuatro Mil Novecientos Cincuenta y Seis Millones Cuatrocientos Cincuenta y Un Mil Pesos M/Cte (\$34.956.451.000) por concepto de intereses moratorios, cuantía objetada por la parte convocada sin especificar razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Al respecto, es necesario manifestar por parte del Tribunal que, tal como se estableció de manera precedente en este Laudo Arbitral, se tiene que efectivamente el Contrato para la Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, vulneró lo establecido en la Ley 1438 de 2011, por cuanto se pactó pago por capitación para la prestación del servicio nivel II, III y Alto Costo, cuando este a nivel jurisprudencial constitucional está únicamente habilitado o permitido para la prestación de servicios de baja complejidad, tal como quedó ampliamente expuesto en las consideraciones de esta providencia, razón por la cual, se encontraron causados los perjuicios irrigados en el escrito de la demanda.

Adicionalmente, a efecto de determinar que los perjuicios estuvieran acorde con los pretendidos con el escrito de la demanda, la parte actora solicitó se le decretara un dictamen pericial de parte, el cual fue allegado al expediente el día trece (13) de julio de 2022, realizado por Perito Financiero, quien determinó y analizó cada uno de los puntos solicitados por el extremo activo en la petición de la prueba, esto es, **(i)** Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel II en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, **(ii)** Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel II en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud, **(iii)** Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel III en el contrato

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

023 de 2013 y su prórroga, (iv) Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel III en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud, (v) Monto del sobrecosto derivado de la atención de nivel ALTO COSTO en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, (vi) Monto del interés, derivado del sobrecosto derivado de la atención de nivel ALTO COSTO en el contrato 023 de 2013 y su prórroga, a la tasa permitida para los contratos de salud y (vii) La indexación de las sumas sobre las que corresponda.

Dictamen pericial, que, a pesar de que se le dio el correspondiente traslado a la parte convocada y al Ministerio Público, en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 y del artículo 228 del Código General del Proceso, para que solicitaran aclaraciones, correcciones, aportaran un dictamen con fines de contradicción o solicitaran el interrogatorio del perito en audiencia, no ocurrió, quedando como prueba magna en el proceso con la cual el Tribunal pudo dilucidar los perjuicios ocasionados a la parte convocante, puesto que con el mismo, se logró concluir:

“(…) se trae a colación las cuantías equivalentes a los sobrecostos generados por ejecución del contrato en mención, valores que se tienen en cuenta para el ejercicio de la deuda asimilada como capital, pendiente de pago y que no ha sido reconocida por EL FONDO, y posteriormente se estará analizando el ejercicio de cálculo de los intereses moratorios que han sido causados hasta la fecha como daño y perjuicio a los socios demandantes y que hacen parte de la reclamación:

Con relación a los servicios prestados en la ejecución del Contrato No. 023 de 2013, los sobrecostos generados a la fecha por conceptos de atención son:

ATENCIÓN DEL NIVEL II EN EL CONTRATO No. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA

Contrato Inicial: \$4.489.435.573

Prórroga: \$486.931.459

ATENCIÓN DEL NIVEL III EN EL CONTRATO No. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA

Contrato Inicial: \$5.187.501.906

Prórroga: \$748.887.155

ATENCIÓN DEL NIVEL ALTO COSTO EN EL CONTRATO No. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA

Contrato Inicial: \$3.405.246.368

Prórroga: \$1.544.843.665

MONTO TOTAL POR ATENCIÓN EN EL CONTRATO No. 023 DE 2013 Y SU PRÓRROGA

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Capital de Sobrecosto: \$15.862.846.126

(...)

Para el ejercicio del análisis y cálculo de los intereses moratorios fueron analizadas las cuantías pendientes de pago y la solicitud de convocatoria a tribunal de arbitramento por parte de los socios demandantes, por lo cual el componente para tener en cuenta representa los valores correspondientes a la atención del nivel II, nivel III y nivel de alto costo del Contrato No. 023 de 2013 y su prórroga.

(...)

En síntesis, el total a favor de LOS SOCIOS DEMANDANTES ANTE EL PROCESO ARBITRAL DE LA CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. (LIQUIDADA) vs. El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, asciende a la suma de CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE pesos M/L (\$58.578.264.789)(...)"

Teniendo en cuenta que finalizada la etapa probatoria se logró comprobar por parte del Tribunal Arbitral con elementos de juicio que le permitieron establecer que las sumas estimadas y cuantificadas bajo juramento están debidamente soportadas y acreditadas por las documentales aportadas y el dictamen pericial aportado al proceso, la excepción denominada cobro de lo no debido será despachada de manera desfavorable, por carecer de sustento fáctico y jurídico que permita su aprobación.

11.3 Excepción de Buena Fe

Sobre la excepción denominada Buena Fe, el extremo pasivo argumentó que *“Respecto de esta excepción, En cuanto las actuaciones surtidas por la entidad que represento se han desarrollado dentro de este principio en acatamiento a lo señalado por la ley y la jurisprudencia”*¹⁰⁶.

El extremo activo de la litis, por su parte, sostuvo que *“No obstante lo anterior, de acuerdo con los argumentos planteados en la demanda y en este documento, el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA en el momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de salud 023, no dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 52-1 de la Ley 1438 de 2011, en donde se establecen las reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con*

¹⁰⁶ Folio 26 del documento 9.1 del Expediente Digital.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

los prestadores de servicios de salud, sumado a que tampoco cumplió con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 2012¹⁰⁷.

El Ministerio Público, por su parte, en el concepto final emitido ante este Tribunal Arbitral, sostuvo que:

“(…) En el presente caso, el apoderado de la entidad convocada se limita a señalar que se vulnera el principio de la buena fe, sin precisar el sentido y alcance del mismo, y sin precisar la forma como se vulnera.

En segundo lugar, no evidencia este agente mala fe de parte del convocante en su reclamación, ya que la violación de normas de orden público, que es el fondo de la discusión, en un contrato estatal, es más responsabilidad de la entidad que del contratista, porque el contrato estatal, como regla, es de adhesión y es producto de la planeación de la administración. En consecuencia, la violación de normas de orden público es, en principio, atribuible a la administración y no al contratista, en otras palabras, la mala fe es de la entidad y no del particular (...)”.

Al respecto, el artículo 164 numeral 1º literal c) del CPACA se lee en consonancia con el artículo 83 de la Constitución Política que señala: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*.

En palabras de la Corte Constitucional, se ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una *“persona correcta (vir bonus)”*. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la *“confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*¹⁰⁸

Adicionalmente, estableció en esta misma providencia que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este **(i)** las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; **(ii)** ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero **dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente**, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.

¹⁰⁷ Folio 24 del documento 16.1 del Expediente Digital.

¹⁰⁸ Corte Constitucional Sentencia C-1194 de 2008 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Para el Consejo de Estado, ha indicado que el concepto de buena fe hace referencia al comportamiento leal y honesto que deben asumir los particulares y autoridades para mantener un orden justo y permitir el goce efectivo de los derechos y oportunidades de los asociados. Además, como se expresó previamente, por mandato Constitucional, se presume la buena fe de los particulares en sus relaciones con las autoridades del Estado, siendo deber de quien alegue la mala fe demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta¹⁰⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela del 8 de junio de 2017 consideró sobre la buena fe simple que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, y corresponde al Estado desvirtuarla¹¹⁰.

Sobre este presupuesto, y teniendo en cuenta que, si bien es cierto el contrato celebrado entre las partes se suscribió bajo los preceptos del principio de la buena fe, quedó demostrado que dicho principio se quebrantó respecto de la legalidad de las cláusulas que determinaron la remuneración del pago por capitación de la prestación del servicio Nivel II, III y Alto Costo, lo que genera la improbación de la presente causal, por cuanto con el actuar de la parte contratante, se generaron perjuicios irrigados y demostrados en el trámite del presente proceso arbitral.

Corolario de lo expuesto y como no se observa algún hecho que configure una defensa que deba ser declarada de oficio, por lo que se hace imperativo desestimar la defensa propuesta por la pasiva.

11.4 Excepción de Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos

Como última excepción de fondo propuesta, el apoderado judicial de la convocada propone la presunción de legalidad de los actos administrativos, bajo la premisa de que es *“Aplicable a las Resoluciones o actos administrativos proferidos por mi representada, mediante los cuales se resolvieron las peticiones del accionante, las cuales se encuentran amparados por el principio de la presunción de legalidad de los actos*

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 23 de marzo de 2017, proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015).

¹¹⁰ “Nuestro ordenamiento constitucional y, especialmente, el régimen civil han desarrollado además del concepto de buena fe como mandato constitucional general, la figura de buena fe simple como principio y forma de conducta. Esta equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

administrativos y fundamentados en los documentos que obran en los expedientes administrativos de los demandantes, actos que se encuentran en firme y ejecutoriados sin recurso alguno a la fecha¹¹¹.

Por su parte, el apoderado judicial de la convocante, sostuvo en oposición a la prosperidad de esta excepción, que *“Al respecto, debe señalarse que las pretensiones de los Convocantes se encuentran dirigidas a lograr la reparación patrimonial del daño antijurídico, causado a los convocantes con ocasión de la suscripción, ejecución y liquidación del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD No. 023 de 2013, suscrito entre El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADADA, pero no se solicita la anulación de acto administrativo alguno, por lo que no se explica la invocación de esta excepción de fondo”*

Por su parte, el Agente del Ministerio Público en el concepto final emitido, manifestó que *“(…) Frente a la excepción propuesta, se va a señalar que, precisamente, lo que se cuestiona es la legalidad de las regulaciones contractuales que previeron el pago por capitación, de los niveles II, III y ALTO COSTO. En consecuencia, si prospera el argumento de que ello es contrario al orden público, conforme al artículo 16 del Código Civil colombiano, queda desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo contentivo de la liquidación (…)”*.

Al respecto, debe el Tribunal Arbitral manifestar que, acoge los argumentos expuestos por la parte convocante y por el Ministerio Público, en el sentido de indicar que la excepción de mérito propuesta será despachada de manera desfavorable, por cuanto las pretensiones encaminadas a demostrar que las regulaciones contractuales previstas de pago por capitación de los niveles II, III y Alto Costo se demostró que son contrarias al orden público conforme al artículo 16 del Código Civil Colombiano y la Ley 1438 de 2011, como se expuso anteriormente, razones suficientes ya demostradas, para que el Tribunal encuentre infundada la presunción de legalidad del acto administrativo alegada.

11.5 Excepción Genérica

El apoderado judicial de la convocada finaliza la exposición de excepciones indicando que *“Las demás que resulten probadas dentro del proceso y que puedan declararse oficiosamente”*.

¹¹¹ Folio 26 del documento 9.1 del Expediente Digital.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En cuanto a esta excepción genérica formulada por la parte convocada, el Tribunal no advirtió en el plenario la existencia de hechos distintos a los que configuraron las excepciones formuladas por la convocada que pudieran resultar constitutivos de la llamada excepción genérica, y por tanto tampoco procede a su reconocimiento.

12. Juramento Estimatorio

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, consagra la figura del llamado juramento estimatorio, con miras a conjurar la promoción de causas judiciales injustificadas o con aspiraciones cuantiosas pero infundadas, cuando quiera que se pretenda el reconocimiento de indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras.

Esta institución contempla la posibilidad de condena para quien incurra en un exceso superior al cincuenta por ciento (50%) en la estimación de su pretensión, frente a aquello que se determine como lo efectivamente acreditado en el Proceso. Igualmente, esta figura prevé una sanción equivalente al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la Demanda, cuando se niegan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía¹¹².

Ahora bien, es del caso precisar, que del conjunto de la norma se desprende que la sanción que esta consagra se aplica por razón de una falta de demostración de la totalidad o parte de los perjuicios reclamados.

En efecto, la mencionada norma establece claramente que la sanción por la indebida estimación en el juramento estimatorio, obedece a la *“falta de demostración de los perjuicios”*, lo que igualmente se debe aplicar a la primera parte del artículo, pues no habría razón para que si se impone una condena menor a la solicitada pero por causa distinta a la falta de demostración del perjuicio, se impusiera una sanción, y por el contrario, si lo que ocurre es que no se impone condena alguna por un motivo diferente a dicha falta de demostración, no puede imponerse sanción.

¹¹² Sentencia C-157 de 2013 Corte Constitucional, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

A este respecto debe destacarse que en caso de que la pretensión prospere parcialmente la sanción se calcula sobre la diferencia entre la cantidad estimada y la probada, lo que permite reiterar que la causa de la sanción es la falta de prueba del perjuicio y no otra.

12.1 Juramento Estimatorio en la Demanda

En el escrito de la demanda corregida allegada por el extremo activo, se estimó la cuantía bajo juramento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso y 82 y ss. *Ibídem*, al siguiente tenor:

“De conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, bajo la gravedad del juramento se estima la cuantía en la suma de: cincuenta y un mil ciento treinta millones seiscientos noventa y cuatro mil doscientos cincuenta y ocho pesos M/Cte (\$51.130.694.258), correspondiente a dieciséis mil ciento setenta y cuatro millones doscientos cuarenta y tres mil doscientos ocho pesos M/Cte (\$16.174.243.208) por concepto de capital y treinta y cuatro mil novecientos cincuenta y seis millones cuatrocientos cincuenta y un mil pesos M/Cte (\$34.956.451.000) por concepto de intereses moratorios.

La anterior cuantía sale de los siguientes conceptos: (...)”

12.2 Objeción al Juramento Estimatorio por parte del convocado

El apoderado judicial de la parte convocante, en escrito de la contestación de la demanda, objetó el juramento estimatorio realizado por la parte convocante, bajo el siguiente tenor literal:

“(…) No existe soporte que pruebe el desequilibrio económico sufrido y el pago efectivo de sobrecostos de los servicios de mayor complejidad: No se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 206 del CGP. dicho estimado carece de una discriminación real de los presuntos conceptos perseguidos y pagados en exceso por los asociados de la Clínica, reitero dicha situación obedece a una imprecisión jurídica, sin embargo, en gracia de discusión se especifica la inexactitud el juramento estimatorio presentado.

El modelo de pago consagrado en el contrato No. 023 del 2013 se basó en el pago al contratista de un porcentaje de la UPC por cada uno de los usuarios afiliados al Fondo de Pasivo Social, encontrándose sustentando en un estudio previo de suficiencia que fue adelantado año a año por el Ministerio de Salud y Protección Social.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

Lo anterior, para efectos de garantizar que este valor de la UPC se ajustara a las necesidades de cada afiliado o beneficiario de los servicios de salud, teniendo en cuenta su género, edad, patologías y demás variables que fueron objeto de consideración dentro de este estudio de suficiencia.

No es clara la tasación realizada, se aduce que se trata de Sobrecosto derivados de la atención de nivel II y Nivel III, sin embargo se trata de una tasación caprichosa, no se detalla los servicios prestados, fechas de atención, prestadores, tarifas asumidas, constancias de pago, el detalle de los pacientes y patologías, dicha estimación no cumple con los requisitos del artículo 206 en especial la discriminación de los conceptos que presuntamente pagaron de manera personal los asociados de la Clínica Santiago de Cali por sobrecostos y los conceptos por los cuales pagaron, se refiere una cifra aleatoria carente de soporte financiero alguno.

Anexo a lo anterior se centra la objeción al juramento estimatorio en que el contrato 023 contemplaba el pago por unidad de capitación la cual consiste en un pago integral por paciente, la cápita esta reglada por el ADRES situación que determina un valor general colectivo, por esta razón se hacen estudios de suficiencia del servicio los cuales fueron de conocimiento del demandante desde la etapa precontractual hasta la suscripción del Contrato, no existían vicios ocultos u omisiones dentro del contrato en su etapa precontractual y de ejecución; NO se aporta un documento o soporte que clarifique que servicios y en que magnitud se concretó el presunto desequilibrio contractual que deriva en el estimado relacionado, sin embargo carece de una prueba real de la presunta afectación; debe tenerse en cuenta que el contrato al se hace alusión se termina por incumplimiento del contratista, sin embargo se termina, se liquidad y posterior al mismo se suscriben nuevos contratos en iguales condiciones.

Para efectos de un mayor entendimiento, me permito indicar que:

1. Definición del Pago por capitación. Constituye el Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecidos. La unidad de pago estaba constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas.

2. El valor per cápita que se reconocía por parte de Ministerio De Salud a través del proceso de compensación a las EPS y EAS en el caso del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, estuvo sustentado en un estudio de suficiencia de UPC en el cual se establecieron los mecanismos de ajuste de riesgo que determinaban el valor de la Unidad de Pago por Capitación para garantizar el Plan Obligatorio de Salud, POS.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

3. Este proceso fue una investigación interdisciplinaria que, año a año, determinaba la suficiencia de la prima, (denominada UPC) para financiar los planes de beneficios, y evaluó los mecanismos de ajuste de riesgo, para efectos de establecer el valor anual de la UPC.

4. Adicional a lo anterior, es necesario reconocer e identificar que el Fondo Pasivo Social dentro del contrato 023 de 2013, además del reconocimiento dentro del pago por capitación de una UPC POS, también reconoció una UPC PAC correspondiente al plan de atención convencional para sus afiliados (este valor es un adicional al valor de la cápita por usuario y constituyó parte integral del valor del contrato).

5. Que en la cláusula 4 del contrato 023 de 2013 se estableció el valor y forma de pago del contrato y se determinó que, el valor POS correspondería al 93% del valor UPC per cápita de cada grupo etareo reconocido por el Ministerio De Salud para esa vigencia(resolución 4480 de 2012 y 5522 de 2013) y multiplicarlo por el número de afiliados aprobados en el proceso de compensación y adicionalmente estableció que, si en algún momento el valor de la UPC era justado por parte del ente regulador, este sería ajustado dentro del contrato y serían reconocidos los nuevos valores establecidos.

6. De igual manera se estableció el valora pagar por concepto del plan de atención convencional (PAC), en donde se contemplaron los servicios adicionales que no estaban cubiertos en el POS, para lo cual se definió que se multiplicaría el número de afiliados PAC vigentes en cada periodo por la UPC PAC establecida para la vigencia y de acuerdo a el grupo etareo. Para este caso se determinó que el valor de LA UPC PAC en cada vigencia sería ajustado de acuerdo al IPC, reconociendo los valores adicionales al contratista por este ajuste, como efectivamente aconteció en el contrato 023 de 2013

7. El artículo 23 de la ley 1438 de 2011 estableció que para las entidades del régimen contributivo se destinaran para sus gastos de administración máximo un 10% del valor de la UPC. En ese orden de ideas es menester identificar que el Fondo de Pasivo Social, solo se apropió para sus gastos de administración del 7% y no del 10% establecido como valor máximo. En este sentido, como se puede identificar en el contrato, se reconoció en el pago del contrato 023 de 2013 un porcentaje del 93% de la UPC POS.

Por todo lo anteriormente expuesto se concluye que el Fondo por la modalidad de cápita, contrató el pago de la prestación integral de todos los servicios de salud de sus afiliados en la regional Pacífico y que el valor pagado, fue considerado por las partes

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

y definido puntualmente como suficiente para la atención de todos los niveles de atención que requerían sus afiliados.

Lo anterior sustentado en el estudio realizado en sus pliegos de condiciones y sobre todo en el estudio de suficiencia realizado por el Ministerio de Salud y Protección Social, al determinar el valor per cápita por persona que contempló todo el servicio incluido en el plan obligatorio de salud.

De igual forma, podemos observar que, en el contrato referido, el Fondo pagada de acuerdo al valor per cápita UPC POS aprobada para esa vigencia menos el 7% que correspondía a los gastos de administración, valor inferior al máximo permitido a que tenía derecho el Fondo de acuerdo a la norma vigente, lo cual significó más reconocimiento económico a favor del contratista.

Como corolario a lo anterior, es necesario reiterar que el Fondo de Pasivo Social además del reconocimiento de la cápita POS por usuario, entregaba el valor per cápita de UPC PAC como complemento a los servicios que no estaban dentro del POS. Esto significó el pago de un valor adicional que junto con el valor POS eran valores suficientes para garantizar la prestación de la totalidad de los servicios de salud que requerían los afiliados de la regional pacífico dentro del contrato 023 de 2013.

Por último, es pertinente aclarar que las actividades de promoción y prevención (P Y P) se realizaron mediante otro contrato y no estuvieron incluidas en el contrato 023 de 2013”.

12.3 Objeción al Juramento Estimadorio por parte del Ministerio Público

Por su parte, el Ministerio Público, también objetó el juramento estimadorio propuesto en la demanda arbitral, en el siguiente sentido:

“(…) Señala el inciso primero del artículo 206 del C.G.P. que, “Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”.

A partir de lo anterior, son dos las obligaciones en la objeción al juramento estimadorio. Por un lado, señalar unos motivos de inexactitud y, por el otro, precisar las razones de ello.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En primer lugar, frente a los motivos de inexactitud, considera el agente del Ministerio Público, que son dos razones de la inexactitud. Por un lado (a), la cuantía pretendida es infundada. Por el otro (b), el cálculo de los intereses de mora es infundado.

En segundo lugar, frente a las razones de la objeción (a), se dice que, es infundada la cuantía, porque parte de una estimación subjetiva de la parte. No existe documento técnico o contable, peritaje o equivalente del cual se derive la razón de la cuantía. No es posible tener como fundada, una cuantía que no parte de un examen técnico. (b) No es fundado el cálculo de los intereses de mora. En tanto no se logre probar, la acreencia del capital, no es posible derivar la causación de intereses de mora. A esto se agrega que, falta por definir si, por la forma como se desarrolló el contrato, procede intereses de mora por temas de salud, o indexación más el doble de interés legal civil como lo prevé la Ley 80 de 1993 para la generalidad de los contratos estatales.

Sin embargo, como quiera que la parte demandante pidió la práctica de una prueba pericial, se pide diferir el cumplimiento de la obligación prevista en el inciso 2 del artículo 206 del C.G.P. hasta el momento de la práctica de dicha prueba”.

12.4 Consideraciones del Tribunal

Conforme a los lineamientos trazados, de un lado, por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-157 de 2013 y, de otro lado, en la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 al parágrafo único del artículo 206 del C.G.P., el Tribunal considera que no hay lugar a imponer sanción alguna por juramento estimatorio, pues las diferencias que se presentan entre las estimaciones de las partes y las sumas reconocidas por el presente laudo no obedecen a errores de conducta de las partes, al estimar desproporcionadamente los perjuicios o al no cumplir con su carga probatoria en esta materia, que son los dos supuestos a los que hizo referencia la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013, sino al hecho de que el Tribunal considera que la Demandada incumplió el Contrato, por una equivocada interpretación del mismo y de las reglas aplicables y que las estimaciones de las pretensiones de la Demandante se fundaron en normas que no eran aplicables.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en las pretensiones de la demanda, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago, a título de daño emergente, de los valores sufragados en su momento por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. hoy Liquidada, para la prestación de los servicios de nivel II, III y de Alto costo, más los intereses de mora correspondientes a título de lucro cesante, consecuencia del no reconocimiento y pago oportuno, de los valores dejados de percibir como consecuencia de la prestación del servicio nivel II, III y Alto Costo, para lo cual, bajo juramento, estimó la cuantía en la suma de **Cincuenta y Un Mil Ciento Treinta**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Millones Seiscientos Noventa y Cuatro Mil Doscientos Cincuenta y Ocho Pesos M/Cte (\$51.130.694.258), correspondiente a Dieciséis Mil Ciento Setenta y Cuatro Millones Doscientos Cuarenta y Tres Mil Doscientos Ocho Pesos M/Cte (\$16.174.243.208) por concepto de capital y Treinta y Cuatro Mil Novecientos Cincuenta y Seis Millones Cuatrocientos Cincuenta y Un Mil Pesos M/Cte (\$34.956.451.000) por concepto de intereses moratorios, cuantía objetada por la parte convocada sin especificar razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación y con el Dictamen Pericial allegado al proceso, se lograron determinar que en favor de la convocante le asiste derecho a recibir la suma de **Cincuenta y Ocho Mil Quinientos Setenta y Ocho Millones Doscientos Setenta y Cuatro Mil Setecientos Ochenta y Nueve Pesos M/Cte. (\$58.578.264.789)**, por concepto de daño emergente causado junto con los intereses de mora correspondientes.

13. Las Costas y su liquidación

Para decidir este punto lo primero que deja sentado el Tribunal es que el concepto de costas comprende de acuerdo con lo que disponen los artículos 188 del CPACA y los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, tanto los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación y las expensas del proceso, como las llamadas agencias en derecho, que corresponden a los gastos de apoderamiento judicial y que el juez puede reconocer discrecionalmente en favor de la parte vencedora atendiendo los criterios de los numerales 3° y 4° del artículo 366 del referido Estatuto procesal.

El carácter objetivo de la liquidación de costas *-expensas y agencias en derecho-*, parte de dos requisitos ya señalados: (i) la derrota en el proceso judicial y (ii) la comprobación objetiva de su causación. Esta última, podría decirse, se acompaña de un elemento intrínseco y es (ii.a) la concurrencia de la utilidad, legalidad y proporcionalidad. En punto de la temeridad en la actuación por parte del extremo vencido, éste será criterio de graduación, previa verificación de los requisitos anteriores.

Además de la naturaleza objetiva de las costas *-expensas y agencias en derecho-*, ellas son normas de orden público y, en consecuencia, de imperativo cumplimiento, excluidas del poder de disposición de las partes, de conformidad con el artículo 13 del Código General del Proceso.

13.1 Procedencia de la condena en costas.

La procedencia de la condena en costas está condicionada, en los términos del numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, a que la parte condenada resulte vencida en el proceso, bien en la decisión de fondo, en la decisión de los

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

recursos, de los incidentes y de las excepciones y en los casos especiales señalado por el Código.

La condena en costas *-expensas y agencias en derecho-* se hará, conforme al numeral 2 del artículo 365 y al artículo 366 ib., en la sentencia o en el auto en el cual se resuelve la actuación que la origina, sin perjuicio de que, si se trata de actuación intermedia del proceso y ante el silencio del operador judicial en su momento, las mismas se liquiden en conjunto en la decisión final, no mediante condena separada sino mediante la agravación de la condena final, esto último conforme al numeral 2 del artículo 366 id.

La condena en costas *-expensas y agencias en derecho-* tiene naturaleza objetiva. Conforme a esto, que parte de los numerales 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 365 id., la condena en costas es automática y sólo se podrá prescindir de ella, en los casos expresamente previstos en la norma procesal. Cualquier manifestación de las partes alterando estas reglas, se tendrá por no escrita.

La condena en costas *-expensas y agencias en derecho-* se funda en los criterios de probanza, utilidad, legalidad y proporcionalidad. No en vano el numeral 8 del artículo 365 señala que la condena en costas procederá cuando los gastos aparezcan en el expediente y en la medida de su comprobación. El numeral 3 del artículo 366 señala los conceptos que se pueden incluir, a condición de que (i) hayan sido útiles, (ii) correspondan a actuaciones autorizadas por la ley y (iii) el juez los encuentre razonables.

Las agencias en derecho, están sometidas a dos criterios, uno objetivo y otro subjetivo. El criterio objetivo, que parte del numeral 4 del artículo 366, nos dice que la condena debe estar dentro de los márgenes que se prevea por las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. El criterio subjetivo, que parte de la misma norma, nos dice que *“el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente”*.

Este último elemento, criterio subjetivo para la condena en agencias, parte de aplicar dos elementos. Por un lado, la actividad desplegada por la parte vencedora y, por el otro, la temeridad con la que actuó la parte vencida, de suerte que, a mayor temeridad, más alta la condena en costas. No a otra conclusión se puede llegar con lo dicho en el numeral 2 del artículo 365, cuando señala que, la condena en costas tendrá en cuenta el hecho de ser vencido en juicio, *“sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”*.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Esta norma, hace un reenvío al artículo 79-1 del Código General del Proceso, el cual expresa que, “*Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad*”. En consecuencia, no sólo la norma procesal del artículo 365-2 señala que la condena en agencias en derecho se hará teniendo en cuenta la existencia de temeridad o mala fe, sino que la norma del artículo 79-1. dice que habrá lugar a temeridad cuando se proponga “*excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad*”.

Estando ante una proposición jurídica compleja, conformada por los artículos 79-1 y 365-2 del Código General del Proceso, se concluye que, cuando una parte resulte vencida en un proceso, por ese solo hecho habrá lugar a condena en agencias en derecho, dentro de los rangos previstos por las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Cuando además se evidencie temeridad o mala fe de la parte vencida, la tasación de las agencias se incrementará, conforme la cantidad de excepciones, recursos, oposiciones o incidentes denegados, y según la carencia de sustento jurídico, para lo cual, el juez acudirá a la sana crítica. En todo caso, la condena no puede superar las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

13.2 El caso concreto.

Como cuestión previa, tiene que pronunciarse este tribunal sobre el contenido del compromiso arbitral, en el cual las partes señalaron que:

“Costos del arbitraje: Las partes acuerdan que, los gastos que demande el tribunal de arbitramento, tanto los gastos administrativos o de funcionamiento, específicamente los honorarios de los árbitros y del secretario, los gastos de administración del centro de arbitraje y los otros gastos relativos al funcionamiento del tribunal serán asumidos por los socios de la SOCIEDAD CLÍNICA SANTIAGO DE CALI S.A. LIQUIDADA, que actúan en calidad de parte convocante”.

Para este tribunal, resulta inaplicable el acuerdo privado de las partes, convocante y convocada, en el sentido de excluir a la parte convocada del deber de sufragar la cuota que le correspondiera en los gastos de funcionamiento del tribunal arbitral, por las siguientes razones.

Primero, según lo manifestado por el agente del Ministerio Público, porque la parte convocante se compromete a sufragar “*los gastos que demande el tribunal de arbitramento*” pero no renuncia a su reclamación como una pretensión en la demanda.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Incluso, la pretensión vigésima de la demanda arbitral, está dirigida, precisamente, está dirigida a “*Que se ORDENE el pago de las costas y agencias en derecho, conforme lo establecen las normas procesales*”.

Segundo, porque de conformidad con los artículos 13, 365 y 369 del Código General del Proceso, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y a los razonamientos teóricos aquí invocados, cualquier manifestación de las partes sobre costas se tendrá por no escrita.

A partir de las consideraciones anteriores, procede este tribunal a pronunciarse sobre la condena en costas *-expensas y agencias en derecho-*, para lo cual tendrá en consideración (i) las reglas sobre la materia, (ii) lo probado en el proceso, (iii) la petición de la parte convocante y (iv) el pronunciamiento del agente del Ministerio Público.

13.3 Cumplimiento de los presupuestos para la condena en costas.

Lo primero sea señalar que, en el presente caso, están dados los presupuestos procesales para la condena en costas *-expensas y agencias en derecho-*, conforme lo regula el Código General del Proceso. Veamos.

En primer lugar, frente a la condena general en costas *-expensas y agencias en derecho-*, se cumple con el requisito previsto en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que la parte convocada en este proceso arbitral, FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, resultó condenada, tanto en el trámite de las excepciones, recursos y nulidades, como en el laudo arbitral.

Segundo, frente a la condena en expensas, está acreditada su causación, utilidad, legalidad y proporcionalidad. Esta es una afirmación que surge de las siguientes consideraciones de tipo objetivo:

A) La parte convocante fue quien asumió los gastos de funcionamiento del tribunal arbitral, tanto los gastos administrativos como los honorarios de los árbitros, la secretaria, el centro de conciliación y arbitraje y el peritaje. Todo ello se encuentra debidamente documentado en el expediente y los autos de sustanciación que aprobaron pagos, consignaciones y demás gastos.

B) Los gastos acreditados como expensas por la parte convocante, fueron útiles al proceso arbitral, es más sin ellos no se habría podido llevar a cabo el trámite arbitral. En este sentido, la consignación inicial de gastos administrativos; los honorarios de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

los árbitros, la secretaria, el centro de conciliación y del perito; y los honorarios del abogado, eran necesarios para el proceso.

C) Los gastos acreditados como expensas por la parte convocante, fueron ajustados al principio de legalidad, porque se dieron con ocasión de obligaciones legales para el trámite del proceso arbitral. En tal sentido, los gastos administrativos, los honorarios de los árbitros, la secretaria, el centro de conciliación y los honorarios del perito están previstos en las normas generales y especiales que rigen la materia.

D) Los gastos acreditados como expensas por la parte convocante, fueron razonables. En tal sentido, el monto de los gastos administrativos, los honorarios de los árbitros, la secretaria, el centro de conciliación y los honorarios del perito, está previsto en la ley. Inclusive, en el punto específico de los honorarios de los árbitros, la secretaria y del centro de conciliación, una rebaja hecha a petición conjunta de las partes. En el caso de los honorarios del apoderado de la parte convocante, están dentro de los márgenes previstos para este tipo de proceso.

Tercero, frente a la condena en agencias en derecho, ella se tasa desde dos criterios anteriormente explicados, uno objetivo y otro subjetivo. En el presente caso, están dadas esas condiciones. Veamos.

A) Criterio objetivo. La condena procede previa declaratoria de condena en contra, dentro de los márgenes establecidos en las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura. Al precisar el monto de la condena en agencias, este tribunal respetará esas tarifas y justificará el monto ordenado.

B) Criterio subjetivo. Para fijar el monto de la condena en agencias en derecho, se tendrá en cuenta (i) el que la condena a la parte convocada es total, (ii) *la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado*, (iii) el número de excepciones, recursos e incidentes propuestos por la parte convocada y (iv) el rigor jurídico de estos. Esto se señalará expresamente al momento de dejar la condena en costas.

Se concluye de lo dicho que, están dadas las condiciones, objetivas y subjetivas, para una condena en agencias en derecho a favor de la parte convocante y en perjuicio de la parte convocada o parte vencida, por lo que se declarará próspera la pretensión vigésima de la demanda. De su monto se dará cuenta en el punto siguiente.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

13.4 Tasación de las costas – expensas y agencias en derecho -

Para este tribunal, con los elementos de juicio incorporados al proceso y que dan cuenta de la utilidad, legalidad y razonabilidad de las expensas, y a partir de la conducta de la parte convocada-vencida **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, relativas sobre todo al número de excepciones, recursos e incidentes propuestos y a su ausencia de rigor jurídico, se procede a fijar la condena en costas a su cargo.

Las expensas incluirán los siguientes rubros, en el monto en que fueron acreditados en el proceso:

A) Por los gastos de instalación del tribunal de arbitramento, en el monto de \$2.380.000, según certificación allegada al expediente.

B) Por los gastos de honorarios de los árbitros, la secretaria y del centro de conciliación, en el monto de \$2.190.438.939, según lo dispuesto mediante Auto No. 05 del dos (02) de junio de 2022, por medio del cual se fijaron las sumas a cargo de la Parte Convocante y Convocada por concepto de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje. El pago de este rubro a cargo de la parte convocante está debidamente acreditado en el expediente.

C) Por los gastos de honorarios del perito, en el monto de Cuarenta Millones de pesos (\$40.000.000), según lo dispuesto mediante Auto No. 11 del veintiuno (21) de julio de 2022, por medio del cual se fijaron los honorarios definitivos. El pago de este rubro a cargo de la parte convocante está debidamente acreditado en el expediente.

D) Por el pago de los honorarios del apoderado de la parte convocante, en el monto del uno por ciento (1 %) del valor total de la condena, conforme al contrato de prestación de servicios aportado al expediente.

Respecto de las agencias en derecho, estas se tasarán teniendo en cuenta los siguientes aspectos objetivos y subjetivos, contemplados además en el concepto del Ministerio Público:

Aspectos objetivos:

Primero, la parte convocada **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, resultó vencida en el presente trámite arbitral. Conforme a las consideraciones de fondo realizadas por este tribunal, se trata de una condena por la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

totalidad de las pretensiones. Esto, según las normas que rigen la materia, es un elemento a tener en cuenta en la tasación.

Segundo, la parte convocada **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, resultó vencida en la interposición de siete (7) excepciones previas. Las excepciones previas interpuestas fueron las siguientes: (i) falta de jurisdicción, (ii) falta de competencia, (iii) inexistencia del demandante, (iv) indebida representación del demandante, (v) ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, (vi) ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, y (vii) no haberse presentado prueba de la calidad en la que actúa el demandante.

Tercero, la parte convocada **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, resultó vencida en la interposición de cuatro (4) excepciones de mérito. Las excepciones de mérito interpuestas fueron las siguientes: (i) prescripción - caducidad-, (ii) cobro de lo no debido, (iii) buena fe, y (iv) presunción de legalidad de los actos administrativos.

Cuarto, la parte convocada **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, resultó vencida en la interposición de un (1) incidente de nulidad. El incidente de nulidad propuesto fue el siguiente: indebida representación de alguna de las partes.

Quinto, la parte convocada **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, resultó vencida en la interposición de dos recursos de reposición contra decisiones del tribunal arbitral. Los recursos de reposición interpuestos fueron por lo siguiente: uno frente a la decisión de este tribunal que resolvió la solicitud de nulidad, y otro frente a la negativa a decretar una prueba, inconducente e impertinente.

Aspectos subjetivos:

Primero, el apoderado de la parte convocada-vencida **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, actuó con temeridad, al interponer excepciones, recursos e incidentes carentes de fundamento legal. Dos situaciones dan cuenta de esta afirmación.

Por un lado, el apoderado confundió, para justificar el amplio número de excepciones, el sentido y alcance del argumento utilizado en las excepciones previas. Así, se habló de la liquidación de la sociedad y la falta de legitimación de los ex socios para actuar, a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de las normas comerciales sobre la materia, ha dicho que los socios de una sociedad liquidada pueden concurrir a los procesos judiciales en los cuales esta se encuentre

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

involucrada, en atención a que son ellos quienes tendrán que soportar las cargas de la decisión judicial.

Por el otro, el mismo argumento, jurídicamente improcedente, fue el fundamento de todas las excepciones previas. Es decir, no solo el argumento era impertinente, sino que fue utilizado sin razón jurídica alguna, como soporte de otras excepciones de sentido y alcance diferente como, por ejemplo, en las excepciones de falta de jurisdicción, de competencia, indebida representación e ineptitud de la demanda.

Conforme a esto, se cumplen los requisitos para considerar la existencia de mala fe, en especial, el señalado en el numeral 1 del artículo 79 de Código General del Proceso, es decir, la manifiesta carencia de fundamento legal.

Segundo, el apoderado de la parte convocada-vencida **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, actuó con temeridad, al interponer excepciones, recursos e incidentes con abuso del derecho a litigar.

Según el Consejo de Estado¹¹³, se configura la temeridad cuando se abusa del derecho de litigar, es decir, explica la misma sentencia, cuando se traspasa, sin razón alguna, el enunciado de los cánones jurídicos, en busca de un resultado jurídicamente improcedente.

En este caso, la parte convocada presentó siete (7) excepciones previas, cuatro (4) excepciones de mérito, dos (2) recursos de reposición y una (1) solicitud de nulidad, sin fundamento legal, lo cual únicamente entorpeció el curso normal del proceso.

En la medida en que no prosperó, ni total ni parcialmente ninguna de sus intervenciones, queda en evidencia que se cumplió con lo establecido en el numeral 5 del artículo 79 del Código General del Proceso, toda vez que el tribunal arbitral, la parte convocante y el agente del Ministerio Público, tuvieron que pronunciarse sobre todas y cada de sus excepciones, incidentes y recursos, en desmedro de la celeridad y economía, que caracteriza el proceso arbitral.

Finalmente, para la tasación del monto de las Agencias en Derecho, señala el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la

¹¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación Número: 73001-23-33-000-2018-00204-02. Accionante: EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ. Accionado: CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA – PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ. ASUNTO: Nulidad electoral – apelación de decisiones adoptadas en el trámite de la audiencia inicial.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Judicatura, el cual se aplica por analogía a los procesos arbitrales, que en los procesos de única instancia las agencias en derecho se establecerán entre el 5% y el 15% de lo pedido.

En la medida en que la convocada **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, fue vencida en este proceso, se impone condenar en agencias en derecho en el porcentaje del siete coma cinco por ciento (7,5 %) del valor de las pretensiones reclamadas en la demanda.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidos entre la sociedad ZALCA S.A.S, parte Convocante y el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones previas denominadas “Falta de Jurisdicción”, “Falta de Competencia”, “Inexistencia del Demandante”, “Indebida Representación del Demandante”, “Ineptitud de la Demanda por Falta de los Requisitos Formales”, “Ineptitud de la Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones” y “No haberse presentado Prueba de la Calidad en que Actúa el Demandante”, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito denominadas “Prescripción”, “Cobro de lo No Debido”, “Buena Fe” y “Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos”, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

TERCERO: DECLARAR que entre la Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se celebró el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, por las razones expuestas en el presente Laudo.

CUARTO: DECLARAR que el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, celebrado entre la Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, previó la prestación de los servicios de salud de Nivel I, II, III y de Alto Costo a cargo de la Clínica Santiago de Cali, por las razones expuestas en el presente Laudo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

QUINTO: DECLARAR que el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, celebrado entre la Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, previó el pago por capitación como único criterio de retribución de los servicios prestados en desarrollo del contrato, por las razones expuestas en el presente Laudo.

SEXTO: DECLARAR que la Clínica Santiago de Cali S.A. cumplió con todas las obligaciones previstas en el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013 en los Niveles I, II, III y Alto Costo, por las razones expuestas en el presente Laudo.

SEPTIMO: DECLARAR que el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, celebrado entre la Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se encuentra regido por las normas generales de la Ley 80 de 1993 y por las disposiciones especiales del artículo 52 (Núm. 1) de la Ley 1438 de 2011, por las razones expuestas en el presente Laudo.

OCTAVO: DECLARAR que, el artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por regular aspectos relativos al (I) derecho fundamental a la salud, al (II) derecho a la seguridad social, a la (III) sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud y otros relacionados, tiene la naturaleza de norma de orden público.

NOVENO: DECLARAR que, en los términos de los artículos 16, 1518, 1523, 1524 y 1532 del Código Civil colombiano, y demás normas concordantes, los convenios particulares no pueden derogar normas de orden público.

DÉCIMO: DECLARAR que el Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, celebrado entre la Clínica Santiago de Cali S.A. y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quebrantó el numeral 1º del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, al prever, el sistema de pago por capitación, para la atención de los niveles II, III y Alto Costo a cargo de la Sociedad Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Santiago de Cali S.A. Liquidada, por las razones expuestas en el presente Laudo.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR que la ejecución del Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, celebrado entre la Clínica Santiago de Cali y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, generó un daño patrimonial a la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., al prever, en contra de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 1438 de 2011, el sistema de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

pago por capitación, para la atención de los niveles II, III y Alto Costo, a cargo de la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., por las razones expuestas en el presente Laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR que el daño patrimonial causado a la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada con ocasión del Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, específicamente el sistema de pago por capitación, para la atención de los niveles II, III y Alto Costo, a cargo de la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., tiene carácter antijurídico por ser violatorio de la Ley 1438 de 2011, por las razones expuestas en el presente Laudo.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR que el daño patrimonial causado a la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada con ocasión del Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013, específicamente el sistema de pago por capitación, para la atención de los niveles II, III y Alto Costo, a cargo de la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., consistió en disminución patrimonial, la prolongación de la misma y ganancia, beneficio y provecho dejados de percibir.

DÉCIMO CUARTO: DECLARAR que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, tiene la obligación jurídica de reparar el **DAÑO PATRIMONIAL** causado a la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, por disminución patrimonial, la prolongación de la misma y ganancia, beneficio y provecho dejados de percibir con ocasión de la ejecución del Contrato de Prestación de los Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013.

DÉCIMO QUINTO: En consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar en favor de la sociedad **ZALKA S.A.S.**¹¹⁴, por concepto de daño emergente, por los valores sufragados por la Sociedad

¹¹⁴ **En nombre propio como socia de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada y como Cesionaria de los Derechos Litigiosos de los Socios de la Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada** (Edgar Salazar Castelblanco, Juan Manuel Salazar Castelblanco, Yolanda Rivera de Salazar, Guillermo Alberto Villalobos Salazar, Irma Cilia Castelblanco Hurtado en representación de Lina Marcela Salazar Castelblanco, Edgar Salazar Rivera en representación de Andrés Felipe Salazar Castelblanco, Daniel Salazar Castelblanco, Jessica Ceballos Salazar y Edgar Salazar Rivera Representante Legal de la Sociedad Stilson Financial Limited), con base en el acuerdo de voluntades suscrito en el Compromiso Arbitral del veinte (20) de enero de 2022 y por las razones expuestas en el presente Laudo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, para la prestación de los servicios de Nivel II, en la suma de **Cuatro Mil Novecientos Setenta y Seis Millones Trescientos Sesenta y Siete Mil Treinta y Dos Pesos M/Cte. (\$4.976.367.032)**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO SEXTO: CONDENAR al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar en favor de la sociedad **ZALKA S.A.S.**¹¹⁵, por concepto de interés por mora del daño emergente, por los valores sufragados por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, para la prestación de los servicios de Nivel II, en la suma de **Trece Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho Millones Ochocientos Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Cuarenta y Un Pesos M/Cte. (\$13.498.845.741)**, de acuerdo con la tasa de interés moratorio establecida por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO SÉPTIMO: CONDENAR al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar en favor de la sociedad **ZALKA S.A.S.**¹¹⁶, por concepto de daño emergente, por los valores sufragados por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, para la prestación de los servicios de Nivel III, en la suma de **Cinco Mil Novecientos Treinta y Seis Millones Trescientos Ochenta y Nueve Mil Sesenta y Un Pesos M/Cte. (\$5.936.389.061)**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

DÉCIMO OCTAVO: CONDENAR al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar en favor de la sociedad **ZALKA S.A.S.**¹¹⁷, por concepto de interés por mora del daño emergente, por los valores sufragados por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, para la prestación de los servicios de Nivel III, en la suma de **Dieciséis Mil Sesenta Millones Cuarenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta Pesos M/Cte. (\$16.060.048.940)**, de acuerdo con la tasa de interés moratorio establecida por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

¹¹⁵ Idem

¹¹⁶ Idem

¹¹⁷ Idem

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

DÉCIMO NOVENO: CONDENAR al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar en favor de la sociedad **ZALKA S.A.S.**¹¹⁸, por concepto de daño emergente, por los valores sufragados por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, para la prestación de los servicios de Nivel Alto Costo, en la suma de **Cuatro Mil Novecientos Cincuenta Millones Noventa Mil Treinta y Tres Pesos M/Cte. (\$4.950.090.033)**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO: CONDENAR al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar en favor de la sociedad **ZALKA S.A.S.**¹¹⁹, por concepto de interés por mora del daño emergente, por los valores sufragados por la Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A., hoy Sociedad Clínica Santiago de Cali S.A. Liquidada, para la prestación de los servicios de Nivel Alto Costo, en la suma de **Trece Mil Ciento Cincuenta y Seis Millones Quinientos Veintitrés Novecientos Ochenta Pesos M/Cte. (\$13.156.523.980)**, de acuerdo con la tasa de interés moratorio establecida por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO PRIMERO: NEGAR la pretensión décima novena de la demanda arbitral sobre la indexación de las sumas reconocidas, por las razones expuestas en el presente Laudo

VIGÉSIMO SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte convocada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por la suma de **Seis Mil Seiscientos Cincuenta y Tres Millones Cuatrocientos Tres Mil Seiscientos Cincuenta y Cinco Pesos M/Cte. (\$6.653.403.655)**, de conformidad con las razones expuestas en el presente Laudo.

VIGÉSIMO TERCERO: ORDÉNAR a la parte convocada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dar cumplimiento al presente laudo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A.C.A.

VIGÉSIMO CUARTO: DECLARAR que no hay lugar a aplicar a ninguna de las partes la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

VIGÉSIMO QUINTO: DECLARAR causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria por

¹¹⁸ Idem

¹¹⁹ Idem

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a la Parte Convocante, quien entregará a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

VIGÉSIMO SEXTO: ORDENAR el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y la secretaria, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: ORDÉNESE el archivo de una copia del presente laudo en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, para los efectos de ley, después de resuelto el recurso de anulación, si fuere interpuesto.

VIGÉSIMO OCTAVO: ORDÉNESE la entrega de copias del laudo en los términos legales, con destino a cada uno de las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El presente laudo queda notificado en audiencia.

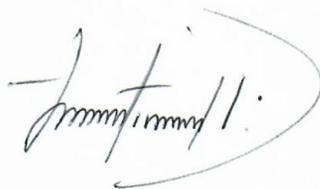
Los Árbitros,



ÓSCAR IBÁÑEZ PARRA
(Presidente)



LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS



EUGENIO DAVID MARTINELLI

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

CONTENIDO

	Pág.
I. <u>ANTECEDENTES</u>	2
1. Partes procesales.....	2
1.1 Parte convocante.....	2
1.2 Parte convocada.....	3
2. Apoderados.....	3
3. Ministerio Público.....	3
4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.....	3
5. El contrato estatal origen de las controversias.....	3
6. El pacto arbitral – compromiso arbitral.....	5
7. Trámite del Proceso Arbitral	6
7.1 La demanda arbitral.....	6
7.2 La designación de los Árbitros.....	7
7.3 Instalación.....	7
7.4 Admisión de la Demanda Arbitral.....	7
7.5 Notificación del Auto Admisorio de la Demanda.....	8
7.6 Contestación de la Demanda Arbitral por parte del convocado.....	8
7.7 Contestación de la Demanda Arbitral por parte del Ministerio Público.....	8
7.8 Traslado de las Excepciones y de la Objeción al Juramento Estimatorio...8	
7.9 Audiencia de Conciliación y Fijación de Gastos del Proceso.....	9
7.10 Consignación de los Honorarios y Gastos del Tribunal.....	9
7.11 Primera Audiencia de Trámite.....	9
7.12 Indicación de la Cuantía y del Juramento Estimatorio.....	10
7.13 Audiencias.....	10
7.14 Término del Proceso.....	10
8. Presupuestos Procesales.....	10
8.1 Demanda en Forma.....	10
8.2 Competencia.....	11
8.3 Capacidad.....	11
9. La Demanda Arbitral.....	12
9.1 Pretensiones de la demanda arbitral.....	12
9.2 Hechos de la demanda arbitral.....	17
10. Contestación de la Demanda Arbitral y Excepciones propuestas.....	23
11. Las pruebas decretadas y practicadas.....	24
11.1 Pruebas solicitadas por la Convocante.....	24
11.2 Pruebas solicitadas por la Convocada.....	26

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

12. Alegatos de Conclusión.....	28
12.1 Alegatos de la Parte Convocante.....	29
12.2 Alegatos de la Parte Convocada.....	31
12.3 Concepto Final del Ministerio Público.....	32
II. <u>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</u>.....	34
1. Presupuestos Procesales.....	34
1.1 Primer Presupuesto: La Competencia del Tribunal Arbitral.....	34
1.1.1 El compromiso arbitral y las pretensiones de la demanda.....	34
1.1.2 La fijación del alcance del compromiso arbitral.....	34
1.1.3 El término de duración del proceso arbitral.....	34
1.2 Segundo Presupuesto: El Contrato para la Prestación de Servicios Integrales de Salud No. 023 de 2013.....	35
1.3 Tercer Presupuesto: La Demanda en Forma y los demás Presupuestos Procesales.....	35
1.4 Cuarto Presupuesto: Observancia de las Garantías Procesales.....	36
1.4.1 El debido proceso.....	37
1.4.2 El derecho de contradicción o de audiencia bilateral.....	37
1.4.3 El principio preclusivo y de eventualidad.....	38
1.4.4 El principio del derecho de defensa.....	38
1.5 Exámen Acerca de las Nulidades Procesales.....	39
2. Conducta Procesal de las Partes Durante el Arbitraje.....	40
3. Problema Jurídico Sometido a Estudio, Análisis y Decisión del Tribunal Arbitral.....	41
4. Del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en la Ley de su creación	41
4.1 Creación del Fondo y funciones.....	41
4.2 Naturaleza y régimen jurídico del Fondo Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.....	43
4.3 Estatutos del Fondo Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.....	45
4.4 El régimen contractual aplicable al Fondo Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.....	46
4.5 Las entidades adaptadas al sistema de la Ley 100 de 1993.....	48
5. Los Hechos Probados en el Trámite del Proceso Arbitral.....	56

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

ZALKA S.A.S.

VS

FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

5.1	Sobre los hechos Relativos a la Celebración del Contrato 023 de 2013 y su prórroga.....	56
5.2	Sobre los hechos relativos a la ejecución del contrato (y constitutivos del daño antijurídico).....	57
5.3	Sobre los hechos relativos a la liquidación del contrato.....	57
5.3.1	Legitimación en la Causa de las Parte Activa en el Proceso Arbitral.....	57
5.4	Sobre los hechos relativos al proceso de liquidación forzosa (Anexo 03).65	
6.	Sobre el Contrato de Prestación de Servicios en Salud No. 023 del 2013.....	66
6.1	Existencia, Naturaleza y Régimen del contrato.....	66
6.2	La remuneración pactada en el contrato	70
6.2.1	Sobre el pago por capitación	72
6.2.2	Las Normas de Orden Público.....	75
6.2.3	Violación del pacto del pago por capitación a la Ley 1438 de 2011 a los niveles II, III y de Alto Costo.....	76
6.3	Aplicación de las Glosas.....	79
7.	De los Intereses Moratorios	85
8.	Configuración del Daño Antijurídico.....	96
9.	Sobre la Improcedencia de Indexar las Sumas Ordenadas	102
10.	Estudio sobre las Excepciones Previas propuestas en la contestación de la demanda arbitral.....	103
10.1	Excepción Previa de Falta de Jurisdicción.....	104
10.2	Excepción Previa de Falta de Competencia.....	107
10.3	Excepción Previa de Inexistencia del Demandante.....	112
10.4	Excepción Previa de Indebida Representación del Demandante.....	114
10.5	Excepción Previa de Ineptitud de la Demanda por Falta de los Requisitos Formales	116
10.6	Excepción Previa de Ineptitud de la Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones.....	118
10.7	Excepción Previa de No Haberse Presentado Prueba de la Calidad en que Actúa el Demandante	122
11.	Estudio sobre las Excepciones de Mérito propuestas en la contestación de la demanda arbitral.....	124
11.1	Excepción de Prescripción	124

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
ZALKA S.A.S.
VS
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**

11.1.1	Consideraciones Jurídicas sobre la Caducidad y la Prescripción..	125
11.1.1.1	La caducidad del medio de control de controversias contractuales	129
11.1.1.2	El artículo 55 de la Ley 80 de 1993. Alcance y vigencia.....	130
11.1.1.3	El fenómeno de las antinomias y las derogatorias tácitas.....	130
11.1.1.4	Vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993....	132
11.1.1.5	La pretensión de la demanda. Escogencia del fundamento del control arbitral	134
11.1.1.6	La postura de la Corte Constitucional sobre la vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993.....	135
11.1.1.7	La postura del Consejo de Estado sobre la vigencia del artículo 55 de la Ley 80 de 1993.....	136
11.1.1.8	Conclusión.....	137
11.2	Excepción de Cobro de lo No Debido.....	138
11.3	Excepción de Buena Fe.....	142
11.4	Excepción de Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos.....	144
11.5	Excepción Genérica.....	145
12.	Juramento Estimatorio.....	145
12.1	Juramento Estimatorio en la Demanda.....	146
12.2	Objeción al Juramento Estimatorio por parte del convocado.....	147
12.3	Objeción al Juramento Estimatorio por parte del Ministerio Público.....	150
12.4	Consideraciones del Tribunal.....	150
13.	Las Costas y su Liquidación.....	151
13.1	Procedencia de la condena en costas.....	152
13.2	El caso concreto.....	153
13.3	Cumplimiento de los presupuestos para la condena en costas.....	154
13.4	Tasación de la condena en costas -expensas y agencias en derecho.....	156
III.	<u>DECISIÓN</u>.....	159