

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., 16 de marzo de 2017

Habiendo cumplido el trámite correspondiente y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitraje a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por la **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.**, quien actúa como vocera del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESOS**, y también como vocera del **PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESO Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES**, sustituida por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** en contra de **HUMAN STAFF S.A.S.**, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares de este proceso.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES

1. PARTES PROCESALES:

A. PARTE CONVOCANTE: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL representada legalmente por el señor Ministro de Salud **ALEJANDRO GAVIRIA URIBE**, entidad que sustituyó a la **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.** quien actuaba como vocera del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESOS**, y también como vocera del **PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESO Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES** en virtud de la terminación por vencimiento del plazo de ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil No. 014 de 16 de mayo de 2013.

B. PARTE CONVOCADA: HUMAN STAFF S.A.S., sociedad legalmente constituida, representada legalmente por el señor **CARLOS ALBERTO URREA GALLO**, cuyo apoderado es el Dr. **MANUEL BARONA CASTAÑO**.

2. EL PACTO ARBITRAL

Las partes suscribieron el contrato civil de prestación de servicios No. 044 el día treinta y uno (31) de octubre de 2012 cuyo objeto era el “SUMINISTRO DE PERSONAL TEMPORAL para desarrollar las actividades propias, inherentes y relacionadas con el proceso de liquidación”. En dicho contrato se determinó en la cláusula décimo séptima la siguiente cláusula arbitral:

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA. - ARREGLO DIRECTO Y CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las partes acuerdan que en el evento de que surjan diferencias entre ellos, con ocasión del presente contrato, buscaran arreglar dichas diferencias por medio del arreglo directo dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud que en tal sentido, la una dirija a la otra plazo, que podrá prorrogarse de común acuerdo entre las partes. Si las soluciones planteadas por las partes no concluyen en un arreglo que las satisfaga, las diferencias que no hayan podido conciliarse se someterán a decisión de un Tribunal de Arbitramento que se sujetara a las normas legales vigentes. El Tribunal funcionará en Bogotá sesionará en un Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. y estará integrado por tres árbitros designados, así: Uno por EL CONTRATANTE, el segundo por EL CONTRATISTA, y el Tercero de común acuerdo. El tribunal decidirá en derecho y los costos serán pagados de conformidad con el laudo. y se encuentra contenido en el siguiente documento: Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en liquidación y Human Staff S.A.

3. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

3.1 Las pretensiones expuestas por la parte convocante mediante demanda de fecha 1º de septiembre de 2014 son las siguientes:

“3.1 Que se declare que la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. -FIDUAGRARIA S.A.-, como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y el PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, se encuentra debidamente facultada y legitimada para exigir y recibir los dineros, derechos y obligaciones que se pretenden en esta demanda.

3.2 Que se declare conforme con lo aquí probado, que el saldo de capital y los rendimientos generados en el encargo fiduciario constituido por HUMAN STAFF S.A., que se encuentran en la cartera colectiva No. 8431 abierta por dicha empresa en Fiduprevisora S.A., pertenecen al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y/o del PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, patrimonios cuya vocera es la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. -FIDUAGRARIA S.A.

3.3 Que se condene a HUMAN STAFF S.A. a reintegrar al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y/o del PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACION PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, patrimonios cuya vocera es la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.-FIDUAGRARIA S.A., la totalidad de las sumas que existan en la cartera colectiva No. 8431 abierta por HUMAN STAFF S.A., en Fiduprevisora S.A., hasta la fecha en que se verifique tal reintegro.

3.4 Que se condene a HUMAN STAFF S.A. a pagar al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y/o al PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACION PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, patrimonios cuya vocera es la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.-FIDUAGRARIA S.A., las sumas que resulten a su cargo desde la época de la acusación de la obligación de pago, hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso arbitral.

3.5 Que se condene a HUMAN STAFF S.A. a pagar al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y/o al PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACION PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, patrimonios cuya vocera es la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.-FIDUAGRARIA S.A., los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, desde el momento en que se causó la obligación de pago y hasta la fecha en que dicho pago se verifique.

3.6 Que se declare que la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.-FIDUAGRARIA S.A., como vocera del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y el PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACION PROCESO Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, se encuentra debidamente facultada y legitimada para ordenar efectuar la solicitud y firmar de manera conjunta con HUMAN CAPITAL S.A. el retiro de los rendimientos que se encuentran en la cartera colectiva No.8431 de FIDUPREVISORA S.A.

3.7 Que se declare terminado y liquidado el contrato de prestación de servicios No. 044 del treinta y uno (31) de octubre de 2012, celebrado entre HUMAN STAFF S.A. y la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL EICE EN LIQUIDACION, conforme con los hechos, pruebas y fundamentos expuestos en este documento y durante el presente proceso, quedando a paz y salvo por todo concepto la CAJA

NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.-FIDUAGRARIA S.A. como vocera de los patrimonios autónomos de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL EICE EN LIQUIDACION, así como dichos patrimonios autónomos.

3.8 Que se condene a HUMAN STAFF S.A. a pagar PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y/o al PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACION PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, patrimonios cuya vocera es la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.-FIDUAGRARIA S.A., las costas y agencias en derecho, y en general los gastos que se generen en virtud del presente trámite.”

3.2 Las excepciones de mérito expuestas por la parte convocada mediante contestación de la demanda de fecha 30° de diciembre de 2014 son las siguientes:

“32. Falta de integración del litisconsorcio necesario

33. Excepción de cobro de lo no debido

34. Compensación

35. Falta de causa en la demandante

36. Ineficacia de cesiones de derechos económicos y obligaciones de pago posteriores a la notificada y aceptada por Human Staff celebrada entre Cajanal en Liquidación y el patrimonio autónomo pre cierre cuya vocera fue la demandante

37. La genérica o innominada que resulte probada dentro del trámite arbitral.”

3.3 Las pretensiones expuestas por la convocada mediante demanda de reconvencción de fecha 1° de junio de 2015 son las siguientes:

“7.1. Que se declare que en virtud de la asignación de competencias, tras la extinción de Cajanal en Liquidación, todas las actividades que no correspondan al giro de funciones de la UGPP, y consistan en reclamaciones contractuales al momento del cierre, le fueron asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social por lo cual la Nación, representada en el Ministerio de Salud y Protección Social es

responsable de los perjuicios causados al contratista Human Staff SA en relación con el contrato de prestación de servicios No 044 de 2012, que habían sido presentadas durante el cierre de la liquidación de la entidad, por lo cual corresponde al Ministerio la obligación de repararlas.

7.2. Que se declare que como quiera que el contrato No. 044 de 31 de octubre de 2012 fue cedido el 30 de Abril de 2013 por Cajanal en Liquidación en los derechos económicos y obligación de pago -mas no en la posición contractual que conservaría Cajanal en Liquidación-, al Patrimonio Autónomo P.A. Cajanal Eice en Liquidación PRE CIERRE PC constituido en desarrollo del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos No.13 suscrito entre Cajanal en Liquidación y Fiduagraria, y que al haber cedido Cajanal en Liquidación al Ministerio de Salud y Protección Social el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos No. 13 el 11 de junio de 2013 -como fideicomitente-, los derechos y responsabilidades derivados del contrato No. 044 que debían retornarse al fideicomitente una vez concluido el objeto contractual de dicho contrato de fiducia mercantil de administración y pagos No.13 -hecho que ocurrió el 8 de abril de 2014-, el Ministerio de Salud y Protección Social es responsable plenamente de todas las obligaciones inherentes al contratante, pues es cesionario de dicha posición que ostentase Cajanal en Liquidación hasta la fecha de su extinción el 11 de junio de 2013, en relación con los perjuicios y pérdidas del contratista derivados del incumplimiento de las cláusulas contractuales y ruptura del equilibrio contractual de acuerdo con los precisos términos del cuadro adjunto No.3- O de las cifras que resulten demostradas mediante prueba pericial contable decretada para tal fin.

7.3. Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de circunstancias imprevistas, imprevisibles y no imputables al demandante, que determinaron que, con la aprobación de la contratante el contratista retirara constantemente recursos de la Cartera Colectiva Abierta Efectivo a la Vista No. 01001084318 de Fiduprevisora S.A, para transferir desde sus cuentas BBVA y Bancolombia los salarios y prestaciones de los trabajadores en misión empleados para desarrollar las actividades legales administrativas y operativas propias, inherentes y relacionadas con el proceso liquidatorio de la contratante, debiendo el contratista cumplir con el pago del impuesto a transferencias bancarias (4x1000) que Cajanal en Liquidación se negó a pagarle en detrimento en su patrimonio y desequilibrio contractual en la cantidad de \$ 6.889.363,00, debe repararle y pagarle ese perjuicio el Ministerio de Salud y Protección Social en virtud de la asignación de competencias, de la sucesión procesal, y de su calidad de fideicomitente del patrimonio autónomo precierre, pues constituye violación de la cláusula contractual contenida

en el numeral 24 en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato.

7.4. Que se declare que, como consecuencia de la ocurrencia de circunstancias imprevistas, imprevisibles y no imputables al demandante, por la obligación de mantener vigente y a nombre del contratista Human Staff y de la contratante la Cartera Colectiva Abierta Efectivo a la Vista No. 01001084318 de Fiduprevisora S.A, se generaron patrimonial y fiscalmente unas cargas impositivas al contratista sobre los rendimientos de los dineros depositados, debiendo cancelar por concepto de Impuesto a la Renta sobre esos rendimientos, y que le ocasionaron grave detrimento patrimonial, por valor de CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS M/Cte. (\$ 5.289.205,00), suma que debe pagarle La Nación Ministerio de Salud y Protección Social, en virtud de la asignación de competencias, de la sucesión procesal, y de su calidad de fideicomitente del patrimonio autónomo precierre pues constituye violación de la cláusula contractual contenida en el numeral 24 en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato.

7.4.1. Que se declare, como consecuencia de la ocurrencia de circunstancias imprevistas, imprevisibles y no imputables al demandante, por la obligación de mantener vigente y a nombre del contratista Human Staff y de la contratante la Cartera Colectiva Abierta Efectivo a la Vista No. 01001084318 de Fiduprevisora SA, se generaron patrimonial y fiscalmente unas cargas impositivas al contratista sobre los rendimientos de los dineros depositados, debiendo cancelar por concepto de Impuesto a la Renta sobre esos rendimientos, y que le ocasionaron grave detrimento patrimonial, respecto del impuesto de renta del año 2.014, tributo que debe ser liquidado para el año 2.015, teniendo en cuenta que dichos rendimientos no han podido ser entregados por la subsistencia de un trabajador vinculado, declaración que se debe ajustar a los impuestos que se sigan generando hasta que se liquide dichos encargo.

7. 5. Que se declare que la Nación Ministerio de Salud y Protección Social en virtud de la asignación de competencias, de la sucesión procesal, y de su calidad de fideicomitente del patrimonio autónomo precierre, como consecuencia de la omisión de pago de los valores detallados en las pretensiones 7.3 y 7.4, durante la ejecución del Contrato de prestación de servicio No. 044 de 2012, suscrito entre Human Staff y Cajanal en Liquidación, se enriqueció sin justa causa, generando con ello un correlativo empobrecimiento del contratista.

7.6. Que se declare que la Nación Ministerio de Salud y Protección Social en virtud de la asignación de competencias, de la sucesión procesal, y de

su calidad de fideicomitente del patrimonio autónomo precierre, es responsable por el pago de los intereses de mora sobre las sumas indicadas en el certificado de deuda adjunto, que se deberán liquidar desde el día de causación señalado en el documento hasta el día del pago efectivo de acuerdo a las tasas definidas por la Superintendencia Financiera.

7.7. Que se declare que la Nación Ministerio de Salud y Protección Social en virtud de la asignación de competencias, de la sucesión procesal, y de su calidad e fideicomitente del patrimonio autónomo precierre, es responsable por el pago de las sumas de dinero que se han generado por prestaciones sociales a favor de la Sra. ROSA MARCELA HOYOS VELANDIA desde enero 2.014 a diciembre 31 de 2.014, o hasta que se le obtenga la desvinculación laboral de dicha trabajadora inclusive a través de una indemnización .

7.8. Que se declare de la demandada deberá cancelar las sumas a que resulte condenada con valores actualizados según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

8. Condenas

8.1. A título de restablecimiento del derecho, se condenará a la demandada quien actúa en las calidades indicadas en esta demanda, como sucesora procesal de Cajanal en Liquidación, como fideicomitente del patrimonio autónomo precierre, y cumpliendo la asignación de funciones dispuesta por el Gobierno Nacional, a pagarle a Human Staff los valores adeudados así:

8.2. Por el no pago al contratista del monto cobrado a él por el gravamen a movimientos financieros -4 x 1000-, la suma de (\$ 6.889.363,00) SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M.Cte.

8.3. Por el no pago al contratista del monto cobrado a él por la Dian por concepto de impuesto de renta sobre rendimientos de la cartera colectiva a la vista No. 01001084318 de Fiduprevisora SA, la suma de CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS M/Cte. (\$ 5.289.205,00).

8.3.1. Que se condene a la demandada a pagar a Human Staff las sumas de dinero que se generen por concepto de impuesto de renta sobre rendimientos, desde el año fiscal de presentación de esta demanda hasta su respectiva sentencia.

8.4. Que se condene a la demandada a pagar a Human Staff los intereses de mora sobre la suma de (\$ 6.889.363,00) SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M.Cte por el concepto del impuesto a transferencias bancarias -impuesto al 4 x 1000- desde la fecha de su causación y a la máxima tasa legal certificada por la Superintendencia Financiera, según los extractos adjuntos como prueba indicativos de cada retiro, hasta que se cancelen al demandante, todo ello en un valor que certifique la prueba pericial financiera que se decrete como prueba en este trámite arbitral.

8.5. Que se condene a la demandada a pagar a Human Staff los intereses de mora sobre la suma de CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS M/Cte. (\$ 5.289.205,00), que estaba obligada a pagar la contratante y se rehusó debiendo asumir el contratista el costo del impuesto de renta a rendimientos financieros provenientes de la cartera colectiva a la vista No. 01001084318 de Fiduprevisora SA, intereses calculados desde la fecha de su pago a la Dian y a la máxima tasa legal certificada por la Superintendencia Financiera, según las declaraciones de renta de la demandante y los certificados adjuntos, hasta que se cancelen dichos valores al demandante.

8.6. Que se condene a la demandada a pagar a Human Staff las suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M.cte (\$5.482.866.00) producto de las prestaciones sociales de enero 2.014 a diciembre 31 de 2.014 de la Sra. ROSA MARCELA HOYOS VELANDIA.

8.7. Que se condene a la demandada a pagar a Human Staff las sumas de dinero que se generen por concepto de prestaciones sociales a favor de la Sra. ROSA MARCELA HOYOS VELANDIA, desde la presentación de esta demanda hasta su respectiva sentencia.

8.7.1. O que subsidiariamente se condene a pagar la demandada a Human Staff la suma de dinero que se acuerde con la Sra. ROSA MARCELA HOYOS VELANDIA a título de indemnización por terminación injusta de la vinculación laboral, conforme lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo.

8.8. Que se condene a la demandada a pagar a Human Staff las sumas a que resulte condenada con valores actualizados según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

8.9. Que se declare la terminación del contrato y la respectiva indemnización.

8.10. Que se condene a la demandada a pagar costas y agencias en derecho y en general los gastos que se generen en virtud del presente trámite.”

3.4 Las excepciones de fondo expuestas por la convocante mediante contestación de la demanda de reconvenición de fecha 29 de julio de 2015 son las siguientes:

“1. INEPTITUD DE LA DEMANDA

2. INEXISTENCIA DE PERJUICIOS A FAVOR DE HUMAN STAFF S.A.

3. AUSENCIA DE HECHOS Y CAUSAS IMPREVISIBLES.”

4. TRÁMITE ARBITRAL:

A. CONVOCATORIA: El abogado Elías Andrés Amaya representante de la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.- COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, Y TAMBIEN COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES, mediante demanda arbitral presentada el 1º de septiembre de 2014, convocó a la sociedad HUMAN STAFF S.A. a trámite arbitral con fundamento en la cláusula arbitral transcrita arriba.

B. DESIGNACIÓN ÁRBITROS: El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá por sorteo público que se celebró el 15 de septiembre de 2014 a las 11:00 a.m., determina que los árbitros designados son: Jorge Enrique Santos Rodríguez, Juan Fernando Córdoba Marentes y José Luis Reyes Villamizar.

El doctor Jorge Enrique Santos Rodríguez aceptó su designación dentro del término legal.

Dado que los doctores Juan Fernando Córdoba y José Luis Reyes no se pronunciaron dentro del término legal sobre su nombramiento; el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a comunicarle su designación a los árbitros suplentes, doctores Jaime Andrés Velásquez y Luis Fernando Gaitán.

Los doctores Velásquez y Gaitán aceptaron su designación como árbitros en su debida oportunidad.

C. INSTALACIÓN: El 18 de noviembre de 2014, siendo las 10:00 am, se dio inicio a la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, en la que se designó como presidente al doctor Jorge Enrique Santos Rodríguez, se nombró como secretario al doctor Nicolás Lozada Pimiento y se fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

D. ADMISIÓN DE LA DEMANDA: A través del Auto No. 2, el Tribunal determinó que la demanda no contenía el juramento estimatorio y que los hechos presentados en la demanda no se presentaron de manera independiente tal y como lo exige la ley. Por último, encontró el tribunal que la demanda no contaba con las copias del traslado para el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Por tanto, el Tribunal resolvió inadmitir la demanda presentada por la sociedad FIDUAGRARIA S.A. contra HUMAN STAFF S.A.S., y dio un término de 5 días para subsanar la demanda, fijando audiencia para el día viernes 28 de noviembre de 2014.

El día 24 de noviembre de 2014, el apoderado de la parte convocante subsanó la demanda aportando el juramento estimatorio, reformulando los hechos y realizando los traslados a la Procuraduría General de la Nación y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado.

El día 28 de noviembre de 2014, llevó a cabo la audiencia del Tribunal Arbitral, en donde se admitió la demanda presentada por FIDUAGRARIA S.A. contra HUMAN STAFF S.A.S. En consecuencia, se notificó personalmente a la parte convocada y se le corrió traslado de la demanda con sus anexos, por el término de 20 días para su contestación, con lo que se entendió surtida la notificación personal.

E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: El día 23 de febrero del 2015, el apoderado de la parte demandada dio contestación a la demanda interpuesta por FIDUAGRARIA S.A. y presentó simultáneamente demanda de reconvención.

La demanda de reconvención fue admitida a través del Auto No. 6 del 18 de marzo de 2015 y se le corrió traslado al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado y a la parte convocante

Por secretaría se corrió traslado conjunto de las excepciones de mérito propuestas tanto a la contestación de la demanda como a la contestación de la demanda de reconvención.

F. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN: Luego de que la audiencia de conciliación se pospusiera en varias oportunidades a petición de las partes, el día 10 de diciembre de 2015, comparecieron a la audiencia, por la parte convocante la Dra. Margarita Gutiérrez Gómez, apoderada general de **P.A CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES** y el Dr. Elías Andrés Amaya Orejarena en su calidad de apoderado judicial. Por parte de la convocada, comparecieron a través de telepresencia por la parte convocada el señor Carlos Alberto Urrea Gallo representante legal de **Human Staff S.A.S.** y el Dr. Manuel Barona en su calidad de apoderado judicial.

El tribunal improbió el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes al no encontrar soporte probatorio que permitiera verificar la legalidad del mismo.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal mediante el Auto No. 21 declaró fracasada la audiencia de conciliación y decidió continuar con el trámite legal del proceso arbitral.

G. GASTOS DEL PROCESO: Habiéndose declarado fallida la audiencia de conciliación, el Tribunal determinó fijar por concepto de honorarios de los integrantes del mismo, Secretario, así como las partidas de gastos de administración del Centro de Arbitraje y otros la suma de \$17.165.712,11. más el Impuesto al Valor Agregado – IVA.

H. AUDIENCIA DE TRÁMITE: Habiéndose pagado los gastos del proceso, se procedió a realizar la primera audiencia de trámite, en donde mediante Auto No. 31 el Tribunal se declaró competente para resolver las controversias contractuales entre las partes.

El apoderado de HUMAN STAFF S.A.S. presentó recurso de reposición y dicho auto fue confirmado por el Tribunal.

I. PRUEBAS:

1. Decreto: Mediante auto No. 34 de 2 de junio de 2016, el Tribunal Arbitral se pronunció acerca de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes en los diferentes escritos presentados por las mismas. Dicha providencia decretó la práctica de las siguientes pruebas:

1.1. Pruebas testimoniales y declaraciones de parte:

1.1.1 CARLOS ALBERTO URREA GALLO, representante legal de HUMAN STAFF S.A.S.

1.1.2 ALFONSO SEPÚLVEDA GALEANO

1.1.3 LUIS GABRIEL FERNÁNDEZ FRANCO

- 1.2. Oficio a FIDUAGRARIA S.A. para que proporcionara el nombre y datos de contacto de su Directora de Asuntos Litigiosos a 21 de noviembre de 2013, con el fin de que rindiera testimonio dentro del presente trámite.
 - 1.3. Diligencia de exhibición de documentos, por parte de HUMAN STAFF S.A.S. y FIDUPREVISORA S.A.
 - 1.4. Dictamen pericial contable, para el cual se designó a MIGUEL ANTONIO MURCIA LEÓN.
 - 1.5. Documentales aportadas por las partes en la demanda, contestación, contrademanda y contestación a la reconvencción.
- 2. Práctica:** El día 23 de agosto de 2016 se celebró audiencia de práctica de pruebas, siendo practicadas las siguientes:
- 2.1 Testimoniales:
 - a. Testimonio del testigo Alfonso Sepúlveda Galeano.
 - b. Testimonio del testigo Luis Gabriel Fernández Franco.
 - 2.2. Declaración de parte:
 - a. Interrogatorio de parte del representante legal de la convocada HUMAN STAFF S.A.
 - 2.3 Exhibición de documentos:
 - a. Exhibición de documentos de la parte convocada.

En auto No. 37 de 23 de agosto de 2016 se reprogramó la fecha para práctica de testimonio de la señora María Cristina Zamora Castillo, quien no pudo realizar su testimonio en la audiencia de práctica de pruebas.

El 31 de agosto de 2016 fue practicado el testimonio de la señora María Cristina Zamora Castillo.

El 2 de septiembre de 2016, HUMAN STAFF S.A. presentó documentos adicionales a los exhibidos en la audiencia de 23 de agosto de 2016.

El 23 de septiembre de 2016, el perito Luis Enrique Cáceres presentó oportunamente el dictamen pericial a él encomendado.

Mediante auto No. 44 de 20 de octubre de 2016 se ordenó al perito Luis Enrique Cáceres que en un término de cinco días diera respuesta a la solicitud de complementación presentada por la parte convocada el 14 de octubre de 2016.

El día 27 de octubre de 2016, el perito Luis Enrique Cáceres hizo envío de la complementación del dictamen pericial presentado.

Mediante Auto 45 de 03 de noviembre de 2016, se corrió traslado a las partes de la respuesta a la solicitud de complementación del dictamen pericial, presentada por el señor Luis Enrique Cáceres por el término de cinco (5) días.

El término del traslado de la complementación del peritaje venció en silencio de las partes convocante y convocada.

J. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Habiéndose realizado cada una de las pruebas, mediante Auto No. 46, el Tribunal declaró el cierre del periodo probatorio y fijó el 5 de diciembre de 2016 para que se lleven a cabo los alegatos de conclusión.

En audiencia de alegaciones de 5 de diciembre de 2016, los apoderados de las partes convocante y convocada presentaron sus alegatos.

K. DURACIÓN DEL ARBITRAJE: Conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, la duración del presente trámite fue la siguiente:

- a. La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 2 de junio de 2016.
- b. El término de seis (6) meses de duración del trámite arbitral dispuesto en la ley vencería el 2 de diciembre de 2016.
- c. Sin embargo, por solicitud de las partes el procedimiento arbitral estuvo suspendido en los siguientes períodos:
 - i. entre el 24 de agosto de 2016 y el 30 de agosto de 2016, ambas fechas inclusive, es decir siete (7) días.
 - ii. entre el 1º de septiembre de 2016 y el 3 de octubre de 2016, ambas fechas inclusive, es decir treinta y dos (32) días.
 - iii. entre el 7 de diciembre de 2016 y el 20 de febrero de 2017, ambas fechas inclusive, es decir setena y seis (76) días.
- d. De acuerdo con lo anterior, han transcurrido cuatro (4) meses y veintitrés (23) días del término del arbitraje.

L. PRESUPUESTOS: Se verificó por parte del Tribunal que la demanda fue presentada en debida forma, se constató la competencia del Tribunal para decidir sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento, se verificó la existencia y capacidad de las partes, y, en general, se da cuenta que se encuentran cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral.

M. SANEAMIENTO DEL PROCESO: Previo al pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda que dieron lugar al presente trámite arbitral, el

Tribunal observa que no existen nulidades procesales que ameriten la posibilidad de abstenerse de producir un pronunciamiento de fondo. Adicionalmente, se evidencia que aquellas eventuales nulidades que pudieron haber existido no fueron manifestadas por las partes convocante y convocada en la oportunidad dada previo al inicio de la audiencia de alegatos de conclusión, por lo cual, se encuentran saneadas.

En este sentido, el Tribunal nota que no quedaron pendientes pruebas por practicar ni se pretermitieron oportunidades para que las partes ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Por el contrario, se respetaron los derechos de las partes y sus apoderados y se realizaron todas las notificaciones y traslados en debida forma.

El Tribunal, entonces, procede a pronunciarse sobre cada una de las pretensiones que fueran formuladas en la demanda por la parte convocante, las excepciones expuestas por la parte convocada en la contestación de la demanda, las pretensiones expuestas por la parte convocada mediante la demanda de reconvención y por ultimo las excepciones planteadas por la parte convocante mediante la contestación de la demanda de reconvención.

CAPÍTULO 2. CONSIDERACIONES

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Para efectos de la emisión del Laudo se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto es, si se cuenta con los requisitos indispensables de validez del proceso que permitan proferir una decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están cumplidos. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con los documentos que obran en el expediente, tanto La Nación – Ministerio de Salud como Human Staff S.A.S. son sujetos con plena capacidad procesal, quienes han actuado por conducto de su apoderado reconocido en el proceso.

Mediante Auto No. 32 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal confirmó esa capacidad de las partes y verificó su debida representación; advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que las partes habían consignado oportunamente la totalidad de los montos por concepto de gastos y honorarios; que la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso está ajustada a derecho y se encuentra dentro del contrato objeto de controversia; que se trata de una litis sobre asuntos claramente disponibles,

y que, en consecuencia, sin perjuicio de lo que se decidiera en el Laudo, el Tribunal tenía, y conserva, competencia para tramitar y decidir el litigio tanto desde la perspectiva de oponibilidad del pacto arbitral a las partes, como desde el punto de vista de las controversias derivadas de las pretensiones y las excepciones.

De otra parte, tanto la demanda principal como la de reconvencción reúnen las exigencias necesarias para que se pueda definir el conflicto planteado, pues satisfacen plenamente los requisitos formales previstos en los artículos 82 y siguientes del CGP. En tales escritos se hizo una acumulación de pretensiones que no contraviene las normas aplicables, por lo que por este aspecto el Tribunal Arbitral está habilitado para pronunciarse sobre todas ellas, cumpliéndose, por tanto, en ambos casos, con el requisito de la demanda en forma.

Así mismo, el proceso se adelantó con observancia de las normas procesales pertinentes, sin que se observe causal de nulidad que lo afecte.

Del anterior recuento se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación al artículo 137 del CGP, por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes.

II. LA LEGITIMACIÓN DE FIDUAGRARIA (SUSTITUIDA POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL) PARA PODER ACTUAR EN EL PROCESO, RECLAMAR EL DINERO DE LA CARTERA COLECTIVA Y RESPONDER POR LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR HUMAN STAFF

A. Las posiciones de las partes

1. Posición de Fiduagraria (sustituida por el Ministerio de Salud y Protección Social)

2. Fiduagraria considera que tiene legitimación para demandar sobre la base sencilla de que los derechos económicos derivados del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012 fueron cedidos por parte de Cajanal en Liquidación al Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre, el cual había sido constituido como consecuencia del contrato de fiducia mercantil 013 celebrado entre Cajanal en Liquidación y Fiduagraria

A su vez, sostiene Fiduagraria, que los derechos económicos derivados del contrato 044 de 2012 fueron transferidos del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre primero al Patrimonio Autónomo de Remanentes y

luego al Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, de los cuales es vocera en ambos casos Fiduagraria.

2. Posición de Human Staff

3. A partir de la demanda principal presentada por Fiduagraria ante el Tribunal de Arbitramento, en la contestación de la demanda, Human Staff se opone porque la demandante no tiene legitimación para reclamar el derecho pretendido, quien debe realizar la reclamación es el Ministerio.

Frente a la consideración de no estar legitimado Fiduagraria, Human Staff plantea la excepción de *“Falta de causa en la demandante”* fundamentado en que no hay causa en razón a que la relación sostenida entre Human Staff y Fiduagraria no acarrea prestaciones invocadas en la demanda por lo cual son infundadas y pareciera que la demandante buscara un enriquecimiento sin causa a costa de Human Staff. Concretamente, la parte Convocada sostiene lo siguiente:

- De acuerdo con la asignación de competencias (artículo 22 del Decreto 2169 de 2009), al Ministerio le correspondía atender las reclamaciones contractuales pendientes al momento de cerrar la liquidación. Los bienes fideicomitidos volvieron al fideicomitente (Ministerio) debido a la cesión del 11 de junio de 2013. Entonces el Ministerio también será responsable del pago de los perjuicios ocasionados al contratista. La cesión del Contrato 044 no implicaba la cesión de la posición contractual de Cajanal en Liquidación, entonces, una vez esté extinta y como quiera que estuvo adscrita al Ministerio, debe conservar la posición contractual.
- Según el contrato de fiducia 023 se constituyó un nuevo patrimonio autónomo, donde Fiduagraria sería la administradora de los bienes y recursos financieros, consecuentemente, la cláusula 1 – párrafo 1 contempla que ni Fiduagraria ni el patrimonio autónomo son cesionarios ni subrogatorios de las obligaciones del fideicomitente y, en caso tal, de extinguirse Cajanal, el Ministerio será el beneficiario.
- Es así que se plantea que el Ministerio está sometido a pacto arbitral por ser cesionario del contrato de fiducia 013 y mantener la posición contractual de Cajanal.
- Fiduagraria cumplía con ser vocera de la extinta Cajanal, entonces fue cesionaria de los derechos económicos y obligaciones de pago del contrato de servicios no. 044 mientras existiese Cajanal. En caso tal de haber existido la cesión de la posición contractual en favor de Fiduagraria, esto debió ser

comunicado a Human Staff, situación que nunca ocurrió, así que la actuación de Fiduagraria es considerada por Human Staff como violatoria del artículo 892 del Código de Comercio y puede estar incurriendo en conductas tipificadas en el Código Penal.

- Dados los argumentos expuestos anteriormente, Human Staff presenta las excepciones de *'Falta de integración del litisconsorcio necesario'* (el Ministerio debe ser citado porque es la entidad legitimada para reclamar los derechos y liquidación del contrato no. 044) e *'Ineficacia de cesiones de derechos económicos y obligaciones de pago posteriores a la notificada y aceptada por HUMAN STAFF celebrada entre CAJANAL y el patrimonio autónomo que tenía como vocera FIDUAGRARIA'* (la única cesión que tendrá validez para Human Staff es aquella donde la posición contractual es asumida por el Ministerio porque fue la única debidamente notificada).

B. Consideraciones del Tribunal

1. Los antecedentes fácticos relevantes y los problemas que resultan de los mismos

4. Para determinar la existencia de legitimación en la causa de la parte Convocante para tramitar el presente proceso arbitral, así como la competencia del Tribunal de cara a la oponibilidad de la cláusula compromisoria fuente de la habilitación del ejercicio de sus funciones judiciales, el Tribunal encuentra prueba de los siguientes hechos relevantes:
 - 4.1. Mediante Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 se ordenó la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social EICE y se fijó un plazo de dos años para llevar a cabo la liquidación, plazo que fue prorrogado sucesivamente mediante Decretos 2040 de 2011, 2761 de 2011, 1229 de 2012 y 877 de 2013 hasta el 11 de junio de 2013.
 - 4.2. Con fecha 31 de octubre de 2012, Cajanal en Liquidación y Human Staff celebraron el Contrato de prestación de servicios 044 de 2012, cuyo objeto, según la cláusula primera, es *"seleccionar y suministrar al CONTRATANTE trabajadores en misión temporal, en los niveles directivo, asesor, profesional, técnico, operativo y auxiliar para desarrollar las actividades legales, administrativas y operativas propias, inherentes y relacionadas con su proceso liquidatorio"* (folios 121 y ss, cuaderno de pruebas 1).
 - 4.3. En el numeral 24 de la cláusula segunda del mencionado Contrato 044 de 2012 se pactó, como obligación a cargo de Human Staff, lo siguiente: *"El CONTRATISTA se obligará a abrir un encargo fiduciario, de manejo exclusivo para este contrato, a nombre de la CAJA NACIONAL DE*

PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y la Empresa Temporal, dentro de los tres (3) primeros días hábiles siguientes al primer pago y reportará de forma inmediata al CONTRATANTE el número del encargo fiduciario. A partir del segundo pago al CONTRATISTA, será CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN quien consigne directamente los recursos correspondientes a las prestaciones sociales de los trabajadores en misión. PARÁGRAFO PRIMERO: Así las cosas los pagos mensuales que se acumulen por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, para cancelar en el momento de su causación o de la terminación de la relación laboral existente entre el contratista y los trabajadores en misión, se consignarán en el mencionado encargo fiduciario. Los rendimientos que genere el encargo fiduciario, no podrán ser considerados como pago o comisión del presente contrato y deberán ser reintegrados a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, a la finalización de este (...) PARÁGRAFO TERCERO: Una vez liquidadas las prestaciones sociales de todos los trabajadores en misión, el saldo de capital y los rendimientos que genere el encargo fiduciario una vez finalice el contrato son de propiedad de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN” (folio 116, cuaderno de pruebas 1).

- 4.4. El Contrato 044 de 2012, de acuerdo con su cláusula cuarta tuvo un valor inicial de \$4.000.000.000 y una duración hasta el 31 de diciembre de 2012 (folio 118 y 119, cuaderno de pruebas 1). No obstante, dichos valor y duración fueron sucesivamente modificados por los otrosíes 1, 2 y 3 hasta llegar a un valor del Contrato de \$8.000.000.000 y un plazo de ejecución hasta el 11 de junio de 2013 (folios 124 a 132, cuaderno de pruebas 1).
- 4.5. De otra parte, el 24 de abril de 2013, Cajanal en Liquidación y Fiduagraria celebraron el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos 013 que tenía por objeto, según la cláusula tercera, “*la conformación de un Patrimonio Autónomo denominado P.A. CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PRE CIERRE, constituido con los activos monetarios y derechos que le transfiera el FIDEICOMITENTE la FIDUCIARIA, para la administración y realización de pagos con los recursos dinerarios entregados con el fin de atender*”, entre otros, “*1. Las obligaciones de pago cedidas de contratos suscritos por la Entidad en liquidación*” (folios 138 a 146, cuaderno de pruebas 1). Dicho Contrato de Fiducia 013 tenía una duración hasta el 11 de junio de 2013, de acuerdo con su cláusula vigésima cuarta, fecha posteriormente modificada mediante otrosí 1 hasta el 11 de julio de 2013 (folios 147 a 148, cuaderno de pruebas 1).
- 4.6. En el contexto de la finalidad del Contrato de Fiducia 013, con fecha 30 de abril de 2013, Cajanal en Liquidación y el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre suscribieron un “*Contrato de Cesión de*

Derechos Económicos y Obligación al Pago del Contrato de Prestación de Servicios N° 44 de 2012”, en virtud del cual Cajanal en Liquidación cedió al mencionado Patrimonio Autónomo los derechos económicos y las obligaciones de pago de los cuales era titular referentes al Contrato 044 de 2012 (folios 133 a 136, cuaderno de pruebas 1). La mencionada cesión de derechos económicos y obligación de pago fue notificada a Human Staff, quien la aceptó sin reparo alguno (folios 136 y 137, cuaderno de pruebas 1).

- 4.7. Sobre el Contrato de Fiducia 013, es preciso destacar que con fecha 11 de junio de 2013 se celebró cesión en virtud de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social asumió la posición de fideicomitente (folios 638 a 642, cuaderno de pruebas 3), cesión que fue notificada y aceptada expresamente por Fiduagraria (folio 643, cuaderno de pruebas 3).
- 4.8. A su vez, con fecha 16 de mayo de 2013, Cajanal en Liquidación y Fiduagraria celebraron el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos 014, el cual tuvo por objeto, de acuerdo con lo pactado en la cláusula segunda, *“la constitución de un Patrimonio Autónomo integrado con los activos monetarios y contingentes relacionados en un documento que se anexa al presente contrato”*, el cual fue finalmente denominado Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales (folios 174 a 197, cuaderno de pruebas 1).
- 4.9. Igualmente, en la cláusula vigésima sexta se pactó que el plazo de ejecución del Contrato de Fiducia 014 sería de *“tres (3) años, prorrogable según solicitud del FIDEICOMITENTE”*, de tal manera que la finalización del mismo se previó para el 16 de mayo de 2016 (folios 174 a 197, cuaderno de pruebas 1).
- 4.10. El mencionado Contrato de Fiducia 014 fue modificado en su cláusula décima primera el sentido de incluir, como parte de las obligaciones a cargo de Fiduagraria, *“20...la atención judicial y extrajudicial de la controversia suscitada con la sociedad comercial HUMAN STAFF S.A.”* (folios 110 a 113, cuaderno principal 1).
- 4.11. De otro lado, con fecha 7 de junio de 2013, Cajanal en Liquidación y Fiduagraria celebraron el Contrato de Fiducia de Administración y Pagos 023 que tenía por objeto, según la cláusula segunda, *“la constitución de un Patrimonio Autónomo de Remanentes, que bajo la administración y vocería de la FIDUCIARIA, administre los bienes y recursos líquidos en efectivo que lo conformarán, adelante las actividades de post cierre de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y efectúe los pagos asociados a estas”* (folios 152 a 173, cuaderno de pruebas 1).

- 4.12.** En el mencionado Contrato de Fiducia 023 se pactó, en el párrafo segundo de la cláusula segunda que *“si al momento de la extinción de la personería jurídica de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, algunas de la tareas y obligaciones previstas en el contrato de fiducia mercantil No. 013 del 30 de abril de 2013, suscrito entre CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y la FIDUCIARIA, continúan pendientes de ejecutar, las mismas se cederán íntegramente al Patrimonio Autónomo que a través del presente contrato se constituye, para que este realice y lleve hasta su culminación en los mismos términos inicialmente previstos en el citado contrato No. 013”* (folios 152 a 173, cuaderno de pruebas 1).
- 4.13.** A su vez, en la cláusula vigésima sexta se pactó que la duración del Contrato de Fiducia 023 sería de *“seis (6) meses, prorrogable según solicitud del FIDEICOMITENTE”*, de tal manera que la finalización del mismo se previó para el 7 de diciembre de 2013 (folios 152 a 173, cuaderno de pruebas 1). Este Contrato fue objeto de múltiples prórrogas por un plazo total de nueve meses, de tal manera que su plazo final de ejecución venció el 7 de septiembre de 2015, como consta en el Acta de Liquidación del mismo (folios 460 a 468, cuaderno principal 2).
- 4.14.** Sobre el Contrato de Fiducia 023, es preciso destacar que, como consta en el Acta de Liquidación del mismo (folios 460 a 468, cuaderno principal 2): **(a)** con fecha 11 de junio de 2013 se celebró cesión en virtud de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social asumió la posición de fideicomitente, cesión que fue notificada y aceptada expresamente por Fiduagraria, y **(b)** las actividades y asuntos pendientes por culminar fueron trasladadas al Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales (constituido mediante Contrato de Fiducia 014) y al Patrimonio Autónomo CNPS Cuotas Partes Pensionales (constituido mediante Contrato de Fiducia 020).
- 4.15.** De acuerdo con su plazo, el Patrimonio Autónomo de Remanentes (constituido mediante Contrato de Fiducia 023) finalizó el 7 de septiembre de 2015, mientras que el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales (constituido mediante Contrato de Fiducia 014) finalizó el 16 de mayo de 2016, como consta en el Acta de Liquidación del primero (folios 460 a 468, cuaderno principal 2) y en la comunicación DJ-3666 de 3 de mayo de 2016 (folio 566, cuaderno principal 2).
- 4.16.** Finalmente, como consecuencia de la terminación de los correspondientes contratos de fiducia mercantil y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 22 del Decreto 2196 de 2009, los activos y controversias que formaban parte de los mencionados patrimonios autónomos pasaron a ser titularidad del Ministerio de Salud y Protección Social, como consta

expresamente en la comunicación DJ-3666 de 3 de mayo de 2016 (folio 566, cuaderno principal 2) y fue aceptado por el Tribunal de Arbitramento en el Auto 29, mediante el cual se aceptó la sustitución procesal de los Patrimonios Autónomos por La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social.

5. De acuerdo con el anterior recuento fáctico, encuentra probado el Tribunal lo siguiente:

5.1. Los derechos económicos y las obligaciones de pago derivados del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012, que es precisamente la relación jurídico-negocial sobre la cual recae la controversia que es objeto del presente proceso arbitral, fueron cedidos inicialmente el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre (constituido mediante Contrato de Fiducia 013);

5.2. Más adelante, dichos derechos y obligaciones pasaron a formar parte del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales (constituido mediante Contrato de Fiducia 014) y luego del Patrimonio Autónomo de Remanentes (constituido mediante Contrato de Fiducia 023), y

5.3. Finalmente, los derechos económicos y las obligaciones de pago derivados del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012 fueron asumidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, quien era el cesionario de los diversos contratos de fiducia mercantil en virtud de los cuales se constituyeron los diferentes patrimonios autónomos mencionados.

6. Ahora bien, precisado lo anterior, pasa el Tribunal a determinar si Fiduagraria (en representación del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales y del Patrimonio Autónomo de Remanentes), posteriormente sustituida por La Nación – Ministerio de Salud, forma parte de la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012 y, a la vez, tiene legitimación para reclamar los derechos derivados del mencionado Contrato, concretamente los derechos a reclamar los recursos que se encuentran en la Cartera Colectiva No. 8431 abierta por Human Staff, en Fiduprevisora S.A. en cumplimiento del citado Contrato de Prestación de Servicios.

Igualmente, en concordancia con lo anterior, debe el Tribunal determinar si Fiduagraria –posteriormente sustituida por La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social– tiene legitimación en la causa por pasiva para responder por los mayores costos reclamados por Human Staff en los que supuestamente incurrió en ejecución del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012.

2. La legitimación de Fiduagraria (como vocera del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales y del Patrimonio Autónomo de Remanentes) y posteriormente de La Nación – Ministerio de Salud para reclamar el reintegro de las sumas que se encuentran en la Cartera Colectiva 8431

7. Para resolver las anteriores inquietudes, observa el Tribunal, en primer lugar, contrario a la posición asumida por Human Staff dentro del presente proceso arbitral, que el negocio jurídico denominado “*Contrato de Cesión de Derechos Económicos y Obligación al Pago del Contrato de Prestación de Servicios N° 44 de 2012*” (folios 133 a 136, cuaderno de pruebas 1) generó como efecto que Cajanal en Liquidación cedió al Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre (constituido mediante Contrato de Fiducia 013) tanto los derechos económicos como las obligaciones de pago de los cuales era titular referentes al Contrato 044 de 2012, derechos y obligaciones que posteriormente pasaron a los Patrimonios Autónomos Cajanal EICE en Liquidación Procesos Contingencias No Misionales y de Remanentes, de los cuales finalmente pasaron al Ministerio de Salud y Protección Social.

Para el Tribunal, es claro que la mencionada cesión de derechos y los negocios jurídicos sucedáneos a ella involucraron tanto los derechos económicos derivados del Contrato 044 de 2012 de los cuales era titular Cajanal en Liquidación, como las obligaciones de pago que se encontraban igualmente en cabeza de Cajanal en Liquidación.

De esta manera, si existe una discusión sobre la materialización de los derechos económicos de los cuales era titular Cajanal en Liquidación, como ocurre en el presente proceso arbitral respecto de la controversia que existe sobre el supuesto deber que tiene Human Staff de reintegrar los recursos que se encuentran en la Cartera Colectiva No. 8431, como consecuencia de la celebración y el contenido del contrato de cesión, los Patrimonios Autónomos Cajanal EICE en Liquidación Procesos Contingencias No Misionales y de Remanentes –y posteriormente el Ministerio de Salud y Protección Social– gozan plenamente de la legitimación para comparecer ante un proceso judicial a efectos de hacer dicho derecho.

8. Como fundamento de la anterior conclusión es necesario plantear los lineamientos generales con respecto a la naturaleza de la cesión que tiene legitimados para reclamar el derecho pretendido, en un primer instante, a Fiduagraria (como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes Cajanal EICE en Liquidación Procesos Contingencias No Misionales y del Patrimonio Autónomo de Remanentes) y, posteriormente, al Ministerio de Salud y Protección Social, en calidad de cesionario de la posición contractual de Cajanal en Liquidación dentro de los contratos de fiducia mercantil correspondientes.

Para el efecto, es necesario hacer una distinción entre dos figuras que, en principio, son bastante similares, pero que guardan distancia en cuanto a sus efectos, como son **(a)** la cesión de la posición contractual, y **(b)** la cesión de los derechos económicos derivados de un contrato.

9. Al respecto, el autor FRANCESCO MESSINEO se refiere a la cesión de la posición contractual como *“obra de uno de los participantes en el contrato que constituye su material; el cual participante (cedente) de acuerdo con un tercero sujeto (cesionario) le transfiere a éste último, extraño al contrato, el contrato mismo, esto es, su propia calidad de contratante respecto de la contraparte (cedido)”*¹. En otras palabras, y en consonancia con el artículo 895 del Código de Comercio, la cesión del contrato implica la transferencia de acciones, privilegios y beneficios legales propios de la naturaleza y condiciones de la tipología contractual, mas no se predica de causas ajenas al contrato cedido o de la calidad de los intervinientes en la relación negocial, y así mismo, el contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato. Sobre la cesión de contrato, ha dicho la jurisprudencia administrativa:

Del artículo 887 del Código de Comercio se desprende que la cesión de la posición contractual es un contrato en virtud del cual una de las partes de un determinado contrato, ya sea de ejecución sucesiva o instantánea, transfiere a un tercero, total o parcialmente, los derechos y las obligaciones derivados de una relación contractual.

Se denomina cedente al sujeto que cede o transfiere en todo o en parte los derechos y las obligaciones derivadas de la relación contractual, cesionario a quién sustituye al cedente en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y contratante cedido al otro contratante que sigue siendo parte de la relación contractual cedida y que no lo es de la cesión.

Ahora, si bien el contrato de cesión produce efectos jurídicos entre el cedente y el cesionario desde el mismo momento de su celebración, frente al contratante cedido y a los terceros sólo los produce a partir de la notificación o aceptación de la cesión.

Por esto es que se afirma que un tercero puede ocupar la posición de uno de los contratantes iniciales mediante la denominada “cesión de la posición contractual”, o más escuetamente cesión de contrato,” que consiste fundamentalmente en que se trasladan al tercero el conjunto de derechos y obligaciones que estaban a favor y a cargo de la parte contractual que es sustituida.

¹ FRANCESCO MESSINEO. *Doctrina general del contrato*, Lima, ARA Editores, 2007, p. 635.

Por consiguiente la cesión de la posición contractual es un fenómeno propio de los contratos sinalagmáticos o de prestaciones correlativas ya que si se trata de un contrato unilateral bien puede encausarse el asunto por la vía de la cesión del crédito o de la asunción de la deuda, según sea el caso².

Igualmente, sobre esta figura del derecho de obligaciones, ha dicho el Consejo de Estado que *“afirmar que se transmite un conjunto de derechos y obligaciones implica poner en evidencia que existen deberes recíprocos pendientes. Este es un requisito imprescindible para que pueda cederse la posición contractual, pues, de lo contrario, estaríamos frente a una simple cesión de crédito o deuda”³*, es decir, es un negocio jurídico por el cual se transmite a un tercero el conjunto de derechos y obligaciones que están adheridos a la calidad de parte y que se encuentran unidos a la posición contractual.

10. Por otra parte, la cesión de derechos económicos derivados de un contrato tiene por objeto la transmisión del derecho de crédito derivado de una posición jurídica acreedora que se puede hacer valer en contra del patrimonio del deudor. Según la doctrina, *“cesión es un término que se emplea para indicar en general el traspaso de bienes incorpóreos, sean ellos créditos o no”* y, más concretamente, la cesión de créditos *“es un negocio jurídico, acto de autonomía privada, en virtud del cual el acreedor dispone de su derecho, para transferirlo a un tercero, quien será en adelante el único sujeto activo de la relación”⁴.*

Se trata de un negocio jurídico que goza de regulación especial en el Código Civil, cuyas reglas particulares han sido resumidas por la jurisprudencia administrativa, de la siguiente manera:

- i) La cesión de crédito entre cedente y cesionario sólo tendrá efecto con la entrega del título, salvo que el crédito no conste en un documento, caso en el cual deberá el cedente otorgarlo al cesionario, cuya notificación se concreta con la exhibición del mismo (art. 1959).*
- ii) No produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (Art. 1960).*
- iii) La notificación de la cesión se concreta con la exhibición del título, en el cual se anotará el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente (Art. 1961).*
- iv) La aceptación*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de septiembre de 2014, expediente 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2016, expediente 08001-23-31-000-2002-02050-01(34586).

⁴ FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 419 y 421.

del deudor consiste en un hecho que la suponga, que puede entenderse a través del pago de la obligación o la oposición en la contestación de la demanda (Art. 1962). v) En ausencia de notificación o aceptación, el deudor puede pagar al cedente y, en general se considerará que el crédito aún existe en manos del cedente (Art. 1963)⁵.

11. De esta manera, la diferencia radical de las dos figuras en comento se encuentra en que de la cesión de derechos económicos derivados de un contrato se excluye *“la transmisión de derechos que impliquen una complejidad correlativa de obligaciones, como las que nacen o surgen de los contratos bilaterales”⁶*, toda vez que en ésta sólo se sustituye un sujeto por otro únicamente en el lado activo de la relación obligacional mientras que el lado pasivo permanece inmutado.

Lo anterior significa que la figura en comento no valida al tercero para que adquiera derechos y obligaciones que correspondían al contratante cedente como efecto del contrato y sí lo hace en relación a la disposición de los derechos económicos que puedan o no derivarse de la convención celebrada. De ahí que el artículo 1964 del Código Civil señale que *“la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”*.

Así las cosas, en la cesión de contrato, el cesionario asume la posición contractual, con todas las situaciones jurídicas que de ellos se derive, mientras que el cedente queda por fuera de la relación jurídico-negocial. En cambio, en la cesión de un derecho económico derivado de un contrato, el cesionario simplemente adquiere la posición de acreedor de la obligación cedida, pudiendo hacerla valer a través de todos los medios posibles, incluyendo las acciones judiciales necesarias para el efecto.

12. Con las anteriores precisiones, observa el Tribunal que el negocio jurídico denominado *“Contrato de Cesión de Derechos Económicos y Obligación al Pago del Contrato de Prestación de Servicios N° 44 de 2012”* (folios 133 a 136, cuaderno de pruebas 1), dado que fue notificado y aceptado expresamente por Human Staff, generó como consecuencia que el titular de los derechos económicos del mismo fuera el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre (constituido mediante Contrato de Fiducia 013), quien podría hacer uso de todos los medios jurídicos, incluyendo el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, para reclamar dichos derechos económicos,

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2016, expediente 08001-23-31-000-2002-02050-01(34586).

⁶ JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 16ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2004, p. 371.

dentro de los cuales se encuentra, naturalmente, los recursos que se encuentran en la Cartera Colectiva No. 8431.

Ahora bien, como se explicó, dicho crédito pasó en un primer instante, a Fiduagraria (como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes Cajanal EICE en Liquidación Procesos Contingencias No Misionales y del Patrimonio Autónomo de Remanentes) y, posteriormente y una vez finalizados los contratos de fiducia mercantil que sustentaban la existencia de los citados patrimonios autónomos, al Ministerio de Salud y Protección Social, en calidad de cesionario de la posición contractual de Cajanal en Liquidación dentro de los contratos de fiducia mercantil correspondientes.

En consecuencia, concluye el Tribunal que la legitimación para demandar estaba en cabeza de Fiduagraria, como vocera de los patrimonios autónomos mencionados, y posteriormente, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, con lo cual se ratifica lo decidido en los Autos 29 y 32 proferidos por este Tribunal de Arbitramento.

13. Frente a la anterior conclusión aparece la inquietud de si la cláusula compromisoria contenida en la cláusula décima séptima del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012 es oponible a Fiduagraria (como vocera de los patrimonios autónomos convocantes), en la medida en que los patrimonios autónomos jamás adquirieron la calidad de parte en el contrato.

Al respecto, debe recordarse que como consecuencia de la cesión de derechos económicos del Contrato 044 de 2012, los patrimonios autónomos –y posteriormente el Ministerio de Salud– adquirieron igualmente las “*acciones, derechos y privilegios anexos, las condiciones resolutorias pactadas, la acción resolutoria por incumplimiento, las acciones ejecutivas*”⁷. En otras palabras, la cesión de derechos comporta igualmente la posibilidad de “*ejercitar las acciones correspondientes a las pretensiones al derecho de crédito en general y las particulares del cedido*”, por lo cual, el cesionario, “*como acreedor que es, tiene abiertas las vías para demandarle el cumplimiento específico de la obligación*”⁸, conclusión que ha sido aplicada por el Consejo de Estado⁹.

14. Así las cosas, siendo que la cesión de derechos involucra también la posibilidad de ejercitar las acciones pertinentes para el cumplimiento de la obligación recibida, y que además implica la cesión de los derechos y privilegios anexos, este Tribunal considera que dicha cesión implica también la cesión del pacto

⁷ MARCELA CASTRO DE CIFUENTES. “Transmisión singular de créditos”, en *Derecho de obligaciones*, t. II, vol. 2, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2010, p. 77.

⁸ FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 444.

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 17 de junio de 2016, expediente 44001-23-31-000-2007-00054-01(35785)

arbitral en lo que tiene que ver con las controversias relacionadas con el cumplimiento de esa obligación.

Si se entendiera de otra manera, esto es, que la cesión de los derechos económicos involucra el derecho de crédito y la acción judicial correspondiente, pero no incluye la cesión de la cláusula compromisoria se llegaría al absurdo de entender que todas las pretensiones en general relacionadas con el Contrato 044 de 2012 se tramitarían ante la justicia arbitral, pero excepcionalmente las pretensiones relacionadas con los derechos económicos cedidos por Cajanal en Liquidación se ventilarían ante la justicia institucional.

Por ello, este Tribunal se encuentra de acuerdo en lo expresado por la doctrina en el sentido de *“la deuda se cede con el régimen procedimental que han contemplado para ella las partes del contrato”*, de tal manera que *“al cederse la deuda derivada de un contrato se cede la cláusula compromisoria en tanto que esta ha configurado el derecho de acción accesorio a la deuda”*¹⁰.

15. En todo caso, si lo anterior no fue suficiente, debe tenerse en cuenta que el Decreto 2196 de 2009, por medio del cual se suprimió la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal EICE, se ordenó su liquidación, se designó un liquidador y se dictaron otras disposiciones, en su artículo 22, dispuso que la posición contractual se entendería cedida al Ministerio de Salud y Protección Social, *“al cierre de la liquidación”*, condición suspensiva cumplida mediante Resolución No. 4911, publicada en el Diario Oficial No. 48.828 de 11 de julio de 2013, la cual declaró terminada la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social EICE.

Así las cosas, se debe tener presente que el artículo 5º de la Ley 1563 de 2012 establece que *“la cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria”*, cesión que dentro de la relación jurídica *sub examine* ocurrió con la expedición de la Resolución No. 4911 que dejó como partes contractuales a Human Staff y al Ministerio de Salud y Protección Social, en calidad de cesionario. Adicionalmente, el Tribunal reflexionó sobre este asunto en primera audiencia de trámite resolviendo mediante Auto 29 tener en adelante como parte en el presente arbitraje a La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, y posteriormente, mediante Auto 32, resolvió asumir competencia para conocer y decidir en derecho sobre las pretensiones formuladas en la demanda presentada por Fiduagraria, dejando como consecuencia que la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012, celebrado entre Cajanal en Liquidación y Human Staff le sea oponible al Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁰ IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ. “La circulación de la cláusula compromisoria”, en *Estudio de derecho privado. Liber amicorum en homenaje a Cesar Gómez Estrada*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pp. 365 y 366.

En otras palabras, el hecho de que la parte procesal sea, a partir del Auto 29, La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social resuelve toda inquietud sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento, pues si se ha alegado que es dicho sujeto quien tenía la legitimación para actuar, al haber el Tribunal asumido competencia sobre él se disipa cualquier inquietud sobre la legitimación de las partes para actuar.

3. *La legitimación de Fiduagraria (como vocera del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales y del Patrimonio Autónomo de Remanentes) y posteriormente de La Nación – Ministerio de Salud para responder por los mayores costos reclamados en virtud de la ejecución del Contrato 044 de 2012*

16. Desde el otro punto de vista, en lo que tiene que ver con la demanda de reconvencción, también se ha discutido si Fiduagraria, como vocera del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales y del Patrimonio Autónomo de Remanentes, tiene legitimación para ser demandada y, a la vez, tiene el deber de responder por las obligaciones relacionadas con los mayores costos en que incurrió Human Staff en la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012, o si en cambio, dicha responsabilidad le corresponde exclusivamente al Ministerio de Salud y Protección Social en tanto parte del Contrato 044 de 2012 y del contrato de fiducia mercantil 013.
17. Para resolver dicha cuestión, observa el Tribunal que el negocio jurídico denominado “*Contrato de Cesión de Derechos Económicos y Obligación al Pago del Contrato de Prestación de Servicios N° 44 de 2012*” (folios 133 a 136, cuaderno de pruebas 1), no se limitó a la cesión de los derechos económicos derivados del Contrato 044 de 2012, sino que incluyó también “*las obligaciones de pago que se deriven*” del mencionado contrato, como lo señala expresamente las cláusulas primera y segunda del citado negocio jurídico.

En ese orden de ideas, este Tribunal entiende que cuando el documento de cesión incluye también la cesión de las obligaciones de efectuar todos los pagos a que haya lugar, ello implica que en su momento el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre (constituido por contrato de fiducia mercantil 013) adquirió las obligaciones relativas al pago de los valores contractuales. Al respecto, el Tribunal precisa que dichas obligaciones no se limitaban a la consignación periódica de los valores para el pago del personal en misión en el encargo fiduciario, sino que se extendían igualmente al reconocimiento y pago de los demás valores a que podría tener derecho Human Staff en virtud del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012.

18. De esta manera, no es cierto que Cajanal en Liquidación o que el Ministerio de Salud fueran los responsables de reconocer y, de ser el caso, pagar los valores reclamados por Human Staff, en tanto que dicha obligación le correspondía al Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Pre Cierre, de tal manera que la premisa de las pretensiones 7.1 y 7.2 de la demanda de reconvención resultan equivocadas al asumir que dicho responsable era el Ministerio de Salud como sustituto de Cajanal en Liquidación en su posición contractual.

No obstante, no puede perderse de vista que las obligaciones que se analizan pasaron a formar parte del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales (constituido mediante Contrato de Fiducia 014) y luego del Patrimonio Autónomo de Remanentes (constituido mediante Contrato de Fiducia 023), así como que, finalmente, una vez finalizados los mencionados contratos de fiducia mercantil, las obligaciones de pago analizadas fueron asumidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, quien era el cesionario de los diversos contratos de fiducia mercantil en virtud de los cuales se constituyeron los diferentes patrimonios autónomos mencionados.

4. Conclusiones del Tribunal

19. Con base en las anteriores consideraciones, concluye el Tribunal que **(a)** el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales y el Patrimonio Autónomo de Remanentes (sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud) tienen legitimación para solicitar la devolución de los recursos disponibles en el encargo fiduciario, y **(b)** el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales el Patrimonio Autónomo de Remanentes (sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud) son quienes podrían estar llamados a responder por los mayores costos reclamados por Human Staff.

En consecuencia, el Tribunal declarará probada la pretensión 3.1 de la demanda principal, y negará las excepciones denominadas “32. *Falta de integración del litisconsorcio necesario*”, “35. *Falta de causa en la demandante*” y “36. *Ineficacia de cesiones de derechos económicos y obligaciones de pago posteriores a la notificada y aceptada por Human Staff celebrada entre Cajanal en Liquidación y el patrimonio autónomo pre cierre cuya vocera fue la demandante*”, contenidas en la contestación a la demanda principal.

De la misma manera, con fundamento en lo expuesto, el Tribunal negará las pretensiones 7.1 y 7.2 de la demanda de reconvención y, a la vez, negará la excepción denominada “*Ineptitud de la demanda*”, por las razones ya expuestas y además porque en la actualidad el responsable de las obligaciones reclamadas es el Ministerio de Salud y Protección Social, que es contra quien se dirigen las pretensiones de la reconvención.

III. EN RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN DE FIDUAGRARIA DE QUE LE SEAN REINTEGRADOS LOS DINEROS (SALDO Y RENDIMIENTOS) QUE CORRESPONDEN A LA CARTERA COLECTIVA No. 8431 (CORRESPONDIENTE AL CONTRATO DE SERVICIOS NO. 044)

A. Posiciones de las partes

20. En la demanda principal, Fiduagraria sostiene lo siguiente:

- De acuerdo con el Contrato no. 044, la cláusula 3 contiene las obligaciones de entregar los rendimientos del encargo fiduciario a Fiduagraria porque hubo cesión del contrato 044 al Patrimonio Autónomo (cesión comunicada a Human Staff) y hubo pago total de las facturas presentadas ante Fiduagraria por Human Staff. Entonces se sustenta lo pretendido en lo anterior, sumado a que el dinero en discusión constituye un activo a favor de Cajanal en Liquidación y está facultada Fiduagraria para recibir el dinero.
- Human Staff creó el encargo fiduciario y el total de las sumas del encargo fiduciario serán correspondientes al contrato no. 044, por las siguientes razones: i) La cartera colectiva No. 8431 corresponde al contrato de prestación de servicios No. 044, de acuerdo con una comunicación emitida por Human Staff (marzo 31 de 2014); ii) Los recursos de Cajanal se consignaron en el encargo fiduciario (prestaciones sociales de los trabajadores en misión); iii) De acuerdo con los extractos entregados por Human Staff, que constatan el manejo y depósito de los dineros de las prestaciones sociales, se mantuvo el mismo número de la cartera colectiva comunicada inicialmente para el manejo del contrato No. 044.
- El dinero del encargo fiduciario, que es hoy la cartera colectiva No. 8431, proviene del contrato No. 044 como de otros contratos de prestación de servicios anteriores. En consecuencia, hubo un incumplimiento contractual de Human Staff por no constituir encargos fiduciarios separados y mala fe al no haber reintegrado el dinero alegando que los demás contratos cuentan con paz y salvo.
- Fiduagraria considera que cualquier activo contingente debe ser cobrado por los patrimonios autónomos de acuerdo con lo contenido en los contratos de fiducia mercantil. Entonces se puede estar configurando un enriquecimiento sin causa porque los patrimonios autónomos de Cajanal están sufriendo un detrimento y Human Staff un incremento patrimonial.
- Concluye que Human Staff puede estar incurriendo en conductas ilegales en caso tal de no reintegrar el dinero.

Adicionalmente, en la contestación a la demanda de reconvención, expresó Fiduagraria:

- Los patrimonios autónomos no son sucesores ni subrogatorios de la extinta CAJANAL, detentan lo que les fue cedido, correspondiente a los derechos económicos y obligaciones de pago del contrato de servicios No. 044. La no cesión de la posición contractual tampoco convirtió al Ministerio como subrogatoria ni lo pone en posición de cumplir las obligaciones de CAJANAL.
- El patrimonio autónomo no se extinguió el 11 de junio de 2013, lo que se hizo en dicha fecha fue suscribir un otrosí para prorrogar la vigencia del patrimonio autónomo. Cuando se extingue el Patrimonio Autónomo Pre Cierre, la fiduciaria dejó de ser la vocera, pero no quiere decir que los derechos y las obligaciones del contrato No. 044 se hayan extinguido. Tampoco puede pensarse que el traslado quedaría en cabeza del Ministerio. Como se explicó en la demanda principal, tales derechos y obligaciones fueron asumidos por el patrimonio creado por el contrato No. 014 y el patrimonio de remanentes creado mediante contrato No. 023.
- La Cláusula 2 – párrafo 3 numeral 24 del contrato No. 044, utilizada por Human Staff para excusar el hecho de no haber entregado los rendimientos generados de la cartera colectiva No. 8431, implica que es el contratista quien debe acarrear con los riesgos y obligaciones laborales.
- No existe condición suspensiva derivada de la situación de la trabajadora en misión incapacitada. Considera Fiduagraria que no es válido que Human Staff alegue este clausulado para justificar el incumplimiento debido a que el pago de incapacidades originadas por algo distinto de lo contemplado en el objeto contractual del contrato de suministro de personal corresponde a la empleadora directa cubrir los gastos.

A su vez, en los alegatos de conclusión, el MINISTERIO expuso lo siguiente:

- Human Staff ha justificado su incumplimiento de la siguiente manera: i) Incursión en gastos tributarios por la existencia del encargo fiduciario.; ii) El valor del 4 x 1000: De acuerdo con el dictamen pericial, la empresa incurrió en un gasto de \$9.210.355 durante la vigencia del contrato No. 044 que fue desde noviembre 1 del 2012 hasta junio 30 de 2013; iii) Los impuestos de renta: Erogaciones por el valor de \$20.002.089 asumidos por Human Staff; iv) Gastos laborales de la trabajadora en misión incapacitada.
- Los costos que genere o pueda llegar a generar el encargo fiduciario serán asumidos por el Contratante con cargo a los rendimientos del mismo. De acuerdo con esta cláusula contenida en el contrato No. 044 (Cláusula 2ª.

Parágrafo 2º), la parte subrayada hace referencia a los rendimientos del mismo negocio y no con cargo a los recursos principales de los cuales derivarían aquellos rendimientos y será posible hasta el monto de dichos rendimientos financieros que el contratante asuma los costos (se excluyen los de capital).

- El representante legal de Human Staff, durante el interrogatorio de parte: Admitió haber suscrito las liquidaciones bilaterales, de mutuo acuerdo, previo a los contratos No. 044. La solución de continuidad de los contratos 008, 014, 047, 009 y 044 no son motivo para incumplir con la entrega de los recursos del encargo al contratante. Además, confesó que los recursos del encargo fiduciario son propiedad de Cajanal.

21. Por su parte, en la contestación a la demanda principal Human Staff sostiene lo siguiente:

- Considera que la demandante omite la cesión del contrato de fiducia al Ministerio de Salud, dado esto, no hay razón que justifique la reclamación de Fiduagraria porque los derechos económicos y obligaciones de pago del contrato No. 044 se encuentran en cabeza del Ministerio. Como también es consagrado en la cláusula 2 del contrato de cesión, se pacta que el patrimonio autónomo ni la fiducia asumen la posición contractual de Cajanal, ellas solamente cumplen con la administración de los recursos del proceso de liquidación. La fiducia tampoco podrá concurrir a ningún proceso judicial, entonces en el momento en que se extinga Cajanal, quien quedará como fideicomitente y beneficiario del patrimonio autónomo será el Ministerio, si no se hace, se incumple con el contrato de fiducia No. 013
- Cuando presenta la oposición de las pretensiones planteadas por Fiduagraria, Human Staff sostiene que no se le comunicó la cesión del contrato de servicios No. 044 a favor de Fiduagraria entonces es como si nunca hubiese pasado y no justifica que esté reclamando en estos momentos, el único cesionario es el Ministerio. Tampoco se han entregado los rendimientos debido a la situación que se tiene con la trabajadora en misión incapacitada, demostrando que el dinero no ha sido apropiado por Human Staff, está a disposición del contrato de servicios no. 044.
- Plantea como excepción '*Cobro de lo no debido*' porque no le asiste a la demandante derecho a reclamar las sumas que pretende dado que no ha sido cesionaria de los derechos económicos y obligaciones de pago cedidos al Patrimonio Autónomo y una vez extinta Cajanal, los derechos y obligaciones quedarán en cabeza del Ministerio.

- Al igual que refiere a la causación de unos perjuicios, es por esto que no ha reintegrado el dinero de los rendimientos porque no se puede convertir la ejecución cumplida del contrato en fuente de enriquecimiento y abuso de derecho de la entidad contratante. Human Staff trae a colación los principios de conmutatividad de las prestaciones y la buena fe porque, siendo esto así, si alguna de las partes ha demostrado que incurrió en mayores erogaciones para dar cumplimiento al contrato, la otra parte deberá compensar. Human Staff alega esto a su beneficio sustentado en lo que ha representado para ellos el contrato de prestación de servicios No. 044.
- Teniendo en cuenta lo planteado anteriormente, respecto a la consideración de integrar el litisconsorcio necesario con el Ministerio, Human Staff plantea la excepción de '*Compensación*' porque, si se integra dicho litisconsorcio, al revisar los saldos y remanentes de la cartera colectiva como las cláusulas contractuales para verificar los perjuicios ocasionados, se concluirá que habrá operado la compensación de las partes.
- Teniendo en cuenta la validez de las pretensiones presentadas por Fidagraria, que se resumen en querer el reintegro del dinero de la cartera colectiva No. 8431, y, de acuerdo con la cláusula 3-24 del contrato No. 044, Human Staff no ha cumplido con la obligación de entregar los dineros existentes en el negocio fiduciario.

En la demanda de reconvención, Human Staff plantea que el contrato No. 044 se encuentra en suspenso por la situación con la trabajadora en misión incapacitada por una enfermedad de origen común y es por esto que no se han podido reintegrar los rendimientos, reintegro que se haría para el Ministerio.

A una de las conclusiones a las cuales arriba el apoderado es que el encargo sigue estando disponible para Fidagraria como también sus rendimientos, no ha habido una apropiación de dichos recursos, simplemente se plantea que los perjuicios no han sido reconocidos a la contratante entonces esto implica que los rendimientos compensarán dichos perjuicios ocasionados.

B. Consideraciones del Tribunal

22. En primer lugar, debe hacerse notar que en el punto anterior, el Tribunal concluyó que el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales y el Patrimonio Autónomo de Remanentes (sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud) tienen legitimación para solicitar la devolución de los recursos disponibles en el encargo fiduciario, de tal manera que los argumentos de oposición a la entrega de los recursos que existen en la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora relacionados con la falta

de legitimación serán rechazados por el Tribunal con fundamento en lo analizado en el acápite anterior de estas consideraciones.

23. Ahora bien, de acuerdo con el acervo probatorio obrante dentro del expediente, el Tribunal encuentra probados los siguientes hechos relevantes:

23.1. Entre Cajanal en Liquidación y Human Staff se celebraron consecutivamente diversos contratos de prestación de servicios para que efectos de que la segunda suministrara personal en misión temporal a la primera, comenzando por el Contrato 008 de 12 de junio de 2012 (folios 1 a 13, cuaderno de pruebas 1), y continuando con los Contratos 014 de 24 de julio de 2009 (folios 20 a 30, cuaderno de pruebas 1), 047 de 30 de octubre de 2009 (folios 42 a 54, cuaderno de pruebas 1) y 009 de 28 de enero de 2010 (folios 75 a 86, cuaderno de pruebas 1), cada uno de ellos con diversos otrosíes.

23.2. Los mencionados contratos fueron liquidados de común y acuerdo y sin salvedades, así: **(i)** el Contrato 008 de 2009 con fecha 15 de diciembre de 2009 (folios 17 a 16, cuaderno de pruebas 1); **(ii)** el Contrato 014 de 2009 con fecha 15 de diciembre de 2009 (folios 36 a 41, cuaderno de pruebas 1); **(iii)** el Contrato 047 de 2009 con fecha 30 de marzo de 2010 (folios 67 a 74, cuaderno de pruebas 1) y **(iv)** el Contrato 047 de 2009 con fecha 28 de diciembre de 2012 (folios 67 a 74, cuaderno de pruebas 1).

23.3. Para efectos de administrar los recursos de los anteriores contratos, específicamente el valor de las prestaciones sociales de los trabajadores en misión, Human Staff dio apertura al encargo fiduciario Cartera Colectiva a la Vista No. 8431 ante Fiduprevisora, en la cual se administraron los recursos consecutivos de todos los contratos mencionados, como se desprende de los extractos del encargo fiduciario que obran dentro del expediente (folios 713 a 834, cuaderno de pruebas 3). En los mismos extractos se evidencia que no existe certeza de cuál era el valor de los recursos correspondientes al contrato finalizado y cuáles al siguiente contrato, pues se manejaron los recursos sin establecer diferencias en las vigencias de los contratos.

23.4. Con fecha 31 de octubre de 2012, Cajanal en Liquidación y Human Staff celebraron el Contrato de prestación de servicios 044 de 2012, cuyo objeto, según la cláusula primera, es *“seleccionar y suministrar al CONTRATANTE trabajadores en misión temporal, en los niveles directivo, asesor, profesional, técnico, operativo y auxiliar para desarrollar las actividades legales, administrativas y operativas propias, inherentes y relacionadas con su proceso liquidatorio”* (folios 121 y ss, cuaderno de pruebas 1).

- 23.5.** En el numeral 24 de la cláusula segunda del mencionado Contrato 044 de 2012 se pactó, como obligación a cargo de Human Staff, lo siguiente: *“El CONTRATISTA se obligará a abrir un encargo fiduciario, de manejo exclusivo para este contrato, a nombre de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y la Empresa Temporal, dentro de los tres (3) primeros días hábiles siguientes al primer pago y reportará de forma inmediata al CONTRATANTE el número del encargo fiduciario. A partir del segundo pago al CONTRATISTA, será CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN quien consigne directamente los recursos correspondientes a las prestaciones sociales de los trabajadores en misión. PARÁGRAFO PRIMERO: Así las cosas los pagos mensuales que se acumulen por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, para cancelar en el momento de su causación o de la terminación de la relación laboral existente entre el contratista y los trabajadores en misión, se consignarán en el mencionado encargo fiduciario. Los rendimientos que genere el encargo fiduciario, no podrán ser considerados como pago o comisión del presente contrato y deberán ser reintegrados a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, a la finalización de este (...) PARÁGRAFO TERCERO: Una vez liquidadas las prestaciones sociales de todos los trabajadores en misión, el saldo de capital y los rendimientos que genere el encargo fiduciario una vez finalice el contrato son de propiedad de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN”* (folio 116, cuaderno de pruebas 1).
- 23.6.** Para efectos de dar cumplimiento a la anterior obligación, Human Staff destinó el encargo fiduciario Cartera Colectiva a la Vista No. 8431 de Fiduprevisora, en el cual se administraron los recursos de las prestaciones sociales y vacaciones de los trabajadores en misión. El saldo del encargo fiduciario mencionado a la fecha de finalización de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios 044 de 2012 era de \$150.786.360,27 (folio 744, cuaderno de pruebas 3), pero posteriormente alcanzó la suma de \$195.551.972,90 (folio 715, cuaderno de pruebas 3).
- 24.** Como se evidenció en el resumen de las posiciones de las partes, la controversia en este punto gira entorno a si los recursos que se encuentran en la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora debían ser reintegrados por Human Staff a los Patrimonios Autónomos Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, y de Remanentes (sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud).

Para resolver la mencionada inquietud, lo primero que considera el Tribunal que debe hacerse es analizar la estipulación contractual con base en la cual se constituyó o se utilizó la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora a efectos de

determinar si las condiciones allí pactadas para que se causara la obligación de devolución de los recursos se encuentran plenamente cumplidas.

25. En ese sentido, se reitera que en el numeral 24 de la cláusula tercera se pactó, como obligación a cargo de Human Staff, lo siguiente:

El CONTRATISTA se obligará a abrir un encargo fiduciario, de manejo exclusivo para este contrato, a nombre de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y la Empresa Temporal, dentro de los tres (3) primeros días hábiles siguientes al primer pago y reportará de forma inmediata al CONTRATANTE el número del encargo fiduciario. A partir del segundo pago al CONTRATISTA, será CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN quien consigne directamente los recursos correspondientes a las prestaciones sociales de los trabajadores en misión. PARÁGRAFO PRIMERO: Así las cosas los pagos mensuales que se acumulen por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, para cancelar en el momento de su causación o de la terminación de la relación laboral existente entre el contratista y los trabajadores en misión, se consignarán en el mencionado encargo fiduciario. Los rendimientos que genere el encargo fiduciario, no podrán ser considerados como pago o comisión del presente contrato y deberán ser reintegrados a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, a la finalización de este (...) PARÁGRAFO TERCERO: Una vez liquidadas las prestaciones sociales de todos los trabajadores en misión, el saldo de capital y los rendimientos que genere el encargo fiduciario una vez finalice el contrato son de propiedad de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN.

En virtud de la anterior estipulación, **(a)** era obligación de Human Staff destinar un encargo fiduciario de administración para el manejo de los recursos correspondientes a las prestaciones sociales y las vacaciones de los trabajadores en misión contratados en virtud de lo pactado en el Contrato 044 de 2012, y **(b)** los saldos de capital y los rendimientos financieros existentes al finalizar el Contrato 044 de 2012 y una vez liquidadas las prestaciones sociales de todos los trabajadores en misión serían de titularidad de Cajanal en Liquidación.

26. Así las cosas, a pesar de la dificultad de la redacción de la estipulación contractual, del parágrafo tercero del numeral 24 de la cláusula tercera del Contrato 044 de 2012 se advierte que Cajanal en Liquidación tendría derecho a que se le transfirieran los saldos de capital y los rendimientos financieros existentes en el encargo fiduciario, una vez se cumplieran las siguientes dos condiciones: que la ejecución del contrato hubiera finalizado, y que las

prestaciones sociales de todos los trabajadores hubieran sido liquidadas en su totalidad.

En relación con la primera de las condiciones mencionadas, esto es, que la ejecución del Contrato 044 de 2012 hubiera finalizado, el Tribunal encuentra que la misma efectivamente se cumplió, en tanto que, de acuerdo con el Otrosí 1, la duración del mismo se extendió hasta el 11 de julio de 2013, de tal manera que a la fecha de presentación de la demanda (1º de septiembre de 2014), la ejecución del Contrato 044 de 2014 había finalizado.

A su vez, respecto de la segunda de las condiciones previstas en la estipulación contractual analizada, la cual se concreta en que las prestaciones sociales de todos los trabajadores hubieran sido liquidadas en su totalidad, es donde existe la controversia entre Human Staff y los Patrimonios Autónomos. En efecto, para Human Staff la situación de la trabajadora Rosa Marcela Hoyos Velandia, junto con la falta de reconocimiento de los costos adicionales en que debió incurrir para el cumplimiento del contrato, impide que se produzca la transferencia de los recursos existentes en el encargo fiduciario, mientras que para los Patrimonios Autónomos esta condición también se encuentra cumplida.

- 27.** Sobre el cumplimiento de la segunda condición, que es el centro de la controversia de la demanda principal, en primer lugar, observa el Tribunal que lo que tiene que ver con los gastos adicionales relativos al cuatro por mil y al impuesto de renta sobre los rendimientos financieros causados no forma parte de las condiciones pactadas para la devolución de los recursos a los Patrimonios Autónomos, en tanto que no se refieren a las prestaciones sociales de los trabajadores, de tal manera que simplemente resta por analizar si la situación de la trabajadora Rosa Marcela Hoyos Velandia impide configurar la segunda condición mencionada.

Al respecto, como se explicará detalladamente en el análisis de las pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal considera que la situación de la trabajadora Rosa Marcela Hoyos Velandia es responsabilidad exclusiva de Human Staff, de acuerdo con la naturaleza del Contrato 044 de 2012, las obligaciones pactadas y los riesgos asumidos, razón por la cual la falta de solución a dicha situación no resultaba razón suficiente para considerar que no se configura la segunda condición.

Es decir, que para el Tribunal es claro que la condición relativa a que las prestaciones sociales de todos los trabajadores hubieran sido liquidadas en su totalidad también se cumple, de tal manera que se cumplen los requisitos contractuales para que proceda la entrega del saldo de capital y los rendimientos financieros existentes en la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora.

28. No obstante, es preciso hacer notar que Human Staff también se ha opuesto a la entrega de los recursos existentes en la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora con el argumento de que, como en dicho encargo fiduciario se administraron recursos tanto de los contratos anteriores como del Contrato 044 de 2012, en el saldo existente correspondiente parcialmente a los anteriores contratos celebrados entre las partes y parcialmente al Contrato 044 de 2012.

Al respecto, el Tribunal observa que en el numeral 24 de la cláusula tercera del Contrato 044 de 2012 se pactó que *“El CONTRATISTA se obligará a abrir un encargo fiduciario, de manejo exclusivo para este contrato”*, obligación que no fue rigurosamente ejecutada por parte de Human Staff en tanto que no se abrió un nuevo encargo fiduciario, sino que se destinó la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora, que ya existía, para el cumplimiento de la obligación contractual, situación que fue plenamente tolerada y aceptada por Cajanal en Liquidación, de tal manera que el Tribunal entiendo que dado el comportamiento contractual de las partes, la obligación contractual se debe entender cumplida.

No obstante, el hecho de que Human Staff hubiera voluntariamente destinado la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora al cumplimiento de la obligación contenida el numeral 24 de la cláusula tercera del Contrato 044 de 2012, es un hecho trascendental para el Tribunal, pues revela que la sociedad contratista entendió que la totalidad de los dineros existentes en dicho encargo fiduciario correspondían al Contrato 044 de 2012, conducta que ahora le impide justificar la falta de entrega de los recursos al Ministerio de Salud y Protección Social (quien reemplazó como acreedor de dicha obligación a los Patrimonios Autónomos Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, y de Remanentes).

29. Se trata simplemente de la aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos. En este sentido, el Código Civil en su artículo 1603 consagra que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*. Adicionalmente, dicha disposición fue reproducida en el artículo 871 del Código de Comercio, que establece que *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”*.

Como se desprende de las anteriores disposiciones, el análisis de la conducta contractual parte de las obligaciones contraídas por los contratantes, pero no se limita a éste, ya que debe tenerse en cuenta la naturaleza de las obligaciones conforme a la ley, la costumbre o la equidad natural, de manera que estas disposiciones evidencian que la buena fe implica una carga de diligencia y probidad de las partes, mayor a la simple corrección en el comportamiento.

Además, el Tribunal pone de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

...en materia contractual pública impera, quizás con mayor trascendencia que entre particulares, el principio de la buena fe consagrado en los artículos 871 del código de comercio y 1603 del código civil, en virtud del cual entre las partes debe primar una mutua confianza, un sentido de recíproca colaboración, ajustada en todo momento a la legalidad, de tal forma que ninguna de las partes resulte sorprendida y perjudicada por acciones u omisiones causadas a sus espaldas, las que pueden hacer más onerosa la respectiva obligación¹¹.

Por otra parte, dicha Corporación ha procurado establecer diferentes características y manifestaciones del principio de la buena fe, con el fin de aterrizar el concepto a la contratación del Estado, así:

La Buena fe -o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales.

Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho.

En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, ... esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de junio de 1993, expediente 7.679.

En efecto, en el derecho privado el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse de buena fe; y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

En el derecho público, la Corte Constitucional destacó la importancia de la aplicación de la buena fe en los siguientes términos:...

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento... La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

[...]

Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que no se puede desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por la administración o los proponentes, por incurrir en la prohibición de venire contra factum proprium non valet, en cuya virtud no le es lícito a las personas venir contra sus propios actos, desconocimiento que no se compadece con el principio de buena fe.

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios¹².

En otro pronunciamiento del mismo Consejo de Estado, además de las manifestaciones del principio de la buena fe antes referenciadas, se realizaron las siguientes precisiones:

El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.

La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas...; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico...

El principio general de la buena fe tiene consagración constitucional en el artículo 83, norma suprema que introduce el postulado de la “bona fides” en el ámbito del derecho público para regular las relaciones entre el Estado y los administrados, imponiendo cierto límite a las potestades de que está investida la Administración para evitar que se tornen en arbitrariedad.

El Código Civil no fue indiferente ante tan cardinal principio, por lo cual dispuso en su artículo 1603 que los contratos celebrados entre los particulares, “deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo en lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”; igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio, reiteró este principio en similares términos al disponer: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, expediente 24.715.

consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”, reconociendo así la dimensión e importancia que a dicho principio le corresponde en el ámbito contractual.

En el campo de la contratación estatal, la Ley 80, consagra la buena fe como principio orientador de las relaciones contractuales en varias de sus disposiciones; así, el artículo 23 ordena que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.), con aplicación de las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Por su parte, el artículo 25-2 de la misma ley, impone el deber, a los contratistas, de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramientos en el desarrollo del contrato y el artículo 28 prescribe que las normas y cláusulas contractuales habrán de ser interpretadas bajo los mandatos de la buena fe.

El principio de la buena fe, en la relación contractual, tiene singular incidencia en los contratos bilaterales o sinalagmáticos que contienen prestaciones recíprocas, a fin de preservar la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones desde el inicio del contrato y durante su ejecución, dado que en tales contratos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla “do ut des”, (te doy para que me des); es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones que conforman la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.

De otra parte, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece cuál debe ser el comportamiento de las partes cuando se presenta una alteración en la relación contractual por causas ajenas al contratante que resulta afectado; dicha norma prescribe:...

Esta disposición otorga a las partes la facultad de solucionar aquellas situaciones que en el devenir del contrato pueden poner en riesgo su equilibrio financiero, sencillamente porque el contratista es un colaborador del Estado en el cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés público, por lo tanto las partes se encuentran comprometidas no solo en realizar todas las actividades

necesarias para cumplir el objeto contractual, con lealtad y buena fe, sino también tienen el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella parte que ha sufrido una mayor carga en sus prestaciones pueda ser restablecida, puesto que no consulta el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa que la parte que fue ajena a los hechos, tenga que sufrir menoscabo en su patrimonio por la conducta de la otra, que conllevó a la alteración de las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de proponer o contratar¹³.

Junto con la buena fe desde el punto de vista subjetivo y objetivo, conviene analizar además la conducta de las partes a partir de la teoría de los actos propios, la cual para algunos es un principio general del derecho y para otros una regla de derecho, y que para este Tribunal constituye una manifestación concreta del principio de la buena fe. Dicha teoría ha sido desarrollada por la doctrina¹⁴, mientras que la jurisprudencia administrativa ha señalado:

Para la Sala, como lo advirtió el Ministerio Público y la entidad demandada resulta inaceptable la conducta desarrollada por el actor, quien durante el proceso de selección fue exigente respecto de la observancia del orden de presentación de documentos y su calificación, y dentro del proceso judicial, pretende desvirtuar la existencia de este requisito y el puntaje que de su aplicación se le otorgó a su oferta.

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

[...]

En suma, la regla “venire contra factum proprium non valet” tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15.469. En el mismo sentido, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente 39.332.

¹⁴ MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE. “La doctrina de los actos propios”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963 – 2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 351 y ss.

valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe..., la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 82 (sic) de la C.P., y en materia de contratación pública, contemplada su eficacia jurídica de conformidad con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993...

Por manera que la buena fe, exige un proceder justo y leal dentro de los procesos de selección y escogencia para los particulares oferentes cuanto más para la administración, que con las excepciones de ley..., implica que no se pueda lícitamente desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por los mismos en dichos procesos como posteriormente en sede judicial¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, para el Tribunal es claro que existe el deber por parte de las entidades estatales y de los particulares de obrar conforme al principio de buena fe en el marco de la contratación pública, el cual no puede concebirse como un mandato de abstención en la actualidad o la simple creencia de no obrar mal o causar daño a alguien, sino que implica una carga mayor para las partes en un contrato, la cual incluye, entre otros, respetar el acto propio y ser coherente en sus actuaciones contractuales.

En ese orden de ideas, reitera el Tribunal que el hecho de que Human Staff hubiera voluntariamente destinado la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora al cumplimiento de la obligación contenida el numeral 24 de la cláusula tercera del Contrato 044 de 2012, aunado a su aceptación por parte de Cajanal en Liquidación, implica que las partes estaban de acuerdo en que la totalidad de los dineros existentes en dicho encargo fiduciario correspondían al Contrato 044 de 2012, lo cual le impide justificar la falta de entrega de los recursos al Ministerio de Salud y Protección Social en la falta de certeza de la titularidad de los recursos.

- 30.** Con fundamento en lo anterior, el Tribunal concluye que Human Staff se encuentra en la obligación de transferir al Ministerio de Salud y Protección Social la totalidad de los recursos de capital existentes en la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora, junto con los rendimientos financieros que se hubieran producido, obligación cuya ejecución implicará la terminación de las obligaciones derivadas del Contrato 044 de 2012, cuya ejecución terminó por vencimiento de plazo el 11 de julio de 2013.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, expediente 16.041.

En consecuencia, en la parte resolutive de este laudo arbitral se declararán probadas las pretensiones 3.2, 3.3, 3.4, 3.6 y 3.7 de la demanda principal y, a la vez, se negarán la excepción denominada “33. Excepción de cobro de lo no debido”.

IV. EN RELACIÓN CON LOS MAYORES COSTOS OCURRIDOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN PERJUICIO DE HUMAN STAFF

A. Posiciones de las partes

31. Human Staff, en su demanda de reconvención, expresa lo siguiente:

- Refiere la buena fe y la conmutatividad de las prestaciones porque éstas deberán comprender compensar al contratante que incurrió en mayores erogaciones para el cumplimiento del contrato, situación que sufrió Human Staff. Si no es reconocido, habrá un enriquecimiento sin causa como abuso del derecho de la entidad contratante. Entonces establece que hubo unas modificaciones en ciertas cláusulas de manera unilateral por parte del contratante, ocasionando pérdidas para el contratista.
- El Consejo de Estado sostiene en su jurisprudencia que, al ser el contratista un colaborador del Estado, de acuerdo con las condiciones del caso, podrá recibir una compensación o indemnización por las pérdidas que experimente por la modificación de las condiciones inicialmente acordadas como también analizar si hay un detrimento patrimonial por alteración de las condiciones y afecte el equilibrio contractual y de modo tal definir si amerita una condena.
- Se presentó el perjuicio ocasionado por el pago del 4 x 1000, situación que no estaba obligado a asumir pero lo hacía debido a que era la forma de cumplir con el pago de los sueldos de manera oportuna y recurrió a esto porque el número de transacciones era limitado en la Fiduprevisora. Para realizar dichas transacciones, Human Staff contaba con la autorización de la contratante para hacerlo (anexo 3). Entonces realiza los retiros globales para poder cumplir con sus obligaciones patronales mensuales tranquilamente y no interrumpir el proceso liquidatorio.
- Otro perjuicio alegado es la asunción del pago del impuesto de renta por los rendimientos del encargo fiduciario. Se realizó el reclamo pertinente a Cajanal y Fiduagraria pero, del cual, recibió una negativa y la lesión persiste porque el encargo no se ha liquidado. Se declare que hubo una asignación de cargas patrimoniales y fiscales a Human Staff sobre los rendimientos de los dineros depositados. Entonces el gasto en que incurrió la contratista para cubrir el costo de los impuestos a la renta se solicita ser devuelto por el

Ministerio (asignación de competencias). También hubo presentación de reclamaciones sobre la materia a Fiduagraria pero no hubo ningún reconocimiento por ésta del problema. Se acredita el pago de impuestos de renta en el cuadro no. 02.

- El último perjuicio tiene que ver con la trabajadora en misión incapacitada, vinculada mediante contrato no. 009, y dicha incapacidad imposibilita la liquidación del encargo fiduciario. Expone igualmente la situación con la trabajadora en misión como causa de ocasión de perjuicios porque, luego de vinculación, sufrió una enfermedad de origen común durante la vigencia del contrato de servicios entonces Human Staff no ha podido liquidar dicho contrato. Es así que la contratante ha tenido que asumir los costos de las prestaciones sociales desde enero a diciembre de 2014 y con posterioridad.
- Entonces se pretende que se declare que, a consecuencia de circunstancias imprevistas, imprevisibles y no imputables al demandante, se retiraban constantemente recursos de la cartera colectiva no. 8431 para poder cumplir con las obligaciones salariales de los trabajadores en misión. Dada la autorización del contratante, el contratista incurrió en el gasto del 4 x 1000 por las transacciones que realizara en las entidades bancarias y Cajanal negó a la restitución de los dineros, ocasionándole al contratista un detrimento patrimonial y desequilibrio contractual.
- Finalmente, solicita que se declare que el Ministerio, al ser el legitimado debido a la sucesión procesal, la asignación de competencias y como fideicomitente del patrimonio autónomo, se enriqueció sin causa, generando un correlativo empobrecimiento del contratista debido a la omisión de pago.

A su vez, en la respuesta a las excepciones HUMAN STAFF expresó:

- Human Staff considera como irrefutables las pruebas presentadas porque se sustenta la incursión en gastos atribuibles al contrato y, de no considerarse así, puede estar ante un desequilibrio contractual y económico para Human Staff. Sobre la segunda, se sustenta en la solicitud realizada a la interventora del contrato de servicios no. 044 para que se cumplieran las obligaciones de éste teniendo en cuenta el contrato de fiducia no. 023 (Manual operativo) pero la interventora no realizó ninguna gestión, siendo la respuesta de Fiduagraria que las reclamaciones que se presentaran luego del 11 de julio de 2013, debían entenderse como pérdidas.
- Dada una actitud omisiva e indiferente de la interventora del contrato y de Fiduagraria si se considera como imprevisible lo sucedido con los gastos del contrato de servicios No. 044 porque el contratante desconoció esto, así que se vuelve insostenible para el contratista y esto viola lo inicialmente pactado.

- Respecto a la situación de la trabajadora en misión incapacitada, Human Staff alega que Cajanal no hizo nada para ayudar con dicha situación, entonces no ha habido una liquidación de dicha cartera debido a la vinculación aún existente con la trabajadora en misión.
- El contrato No. 044 fue claro en estipular que los gastos generados o que se llegaren a generar del encargo fiduciario serían a cargo del contratante mediante los rendimientos del mismo. Entonces hay una imprevisión cuando el contratante no asume dichos gastos, teniéndolos que asumir Human Staff.

Finalmente, en los alegatos de conclusión, Human Staff expuso lo siguiente:

- Hubo una suscripción total de 5 contratos de prestación de servicios entre Cajanal y Human Staff. La realidad fáctica superó las cláusulas contractuales, es decir, existió una imposición por parte de la contratante al contratista de liquidar de manera bilateral los contratos, declarándose ambas partes a paz y salvo. Human Staff nunca dejó de cumplir con las exigencias impuestas por la contratante, así se incurriera en erogaciones que afectarían el contrato, para luego tener que asumirlas el contratista debido a que hubo un desconocimiento de esos gastos cuando se presentaron las reclamaciones.
- Entonces había una comisión que comprendería los factores salariales, legales, prestacionales y sueldos, lo que fuese diferente a estos valores, debían ser reembolsados a Human Staff (como lo es el 4 x 1000 y los impuestos de renta).
- Se acredita la superposición de contratos de prestación de servicios, constituyendo en un hecho imprevisible para el contratista, esto queriendo decir que hubo un incumplimiento de la cobertura que haría Fidagraria de los costos de administración.

32. Por su parte, Fidagraria, en la contestación de la demanda de reconvención expresó:

- En cuanto al perjuicio alegado por Human Staff sobre la trabajadora en misión, aclara que entre Cajanal, en su momento, y la trabajadora en misión incapacitada nunca existió vínculo contractual alguno, excluyendo completamente uno de carácter laboral como tampoco existe vínculo de dicha persona natural con los patrimonios autónomos. Sustenta que HUMAN STAFF será la única verdadera empleadora de la trabajadora en misión que se encuentra incapacitada.

- Recalca que Human Staff pretende valerse de la cláusula 2 – parágrafo 3 num. 24 del contrato No. 044 para excusar el hecho de no haber entregado los rendimientos generados de la cartera colectiva No. 8431. Es el contratista quien debe acarrear con los riegos y obligaciones laborales.
- Considera Fiduagraria que no es válido que Human Staff alegue la cláusula 2 – parágrafo 3 # 24 para justificar el incumplimiento debido a que el pago de incapacidades originadas por algo distinto de lo contemplado en el objeto contractual del contrato de suministro de personal corresponde a la empleadora directa cubrir los gastos, en este caso, Human Staff.
- No les consta que la trabajadora en misión siga vinculada a Human Staff y no se aporta prueba de ello.
- Respecto al gravamen financiero del 4 x 1000, Fiduagraria considera que no les consta que el número de transacciones fuese limitado y el 4 x 1000 era descontado directamente de los saldos de la cartera, entonces el gravamen no se puede reconocer por las transacciones realizadas en sus cuentas bancarias personales además que Fiduagraria no limitó de manera unilateral la cantidad de transacciones que pudiesen realizarse en la Fiduprevisora
- No le consta a Fiduagraria la asunción del pago de impuestos a la renta por parte de Human Staff porque no se aporta prueba que conste esto y, en caso tal de haberlos pagado, será un error imputable a la contratante. No era obligación de Human Staff declarar en su renta los montos del encargo fiduciario porque no pertenecen a su patrimonio, debieron ser incluidos como ingreso para terceros dado que no constituyen base gravable del impuesto.
- Es de esta manera que se plantean las excepciones de *‘Inexistencia de perjuicios a favor de Human Staff’* (los perjuicios ocasionados tienen su causa en Human Staff por su poca diligencia) y *‘Ausencia de hechos y causas imprevisibles’* (dado que se originan por causa propia de Human Staff, no se puede sustentar en la imprevisibilidad).
- Los perjuicios que se hayan ocasionado a Human Staff tienen su causa en ella misma, así que se han causado por la poca diligencia de la contratante.

A su vez, en los alegatos de conclusión, el MINISTERIO expresó que sobre los gastos de índole laboral de la empleada en misión incapacitada argumenta que no hay forma de acreditar la condición médica de dicha trabajadora como tampoco el pago de las prestaciones sociales. De acuerdo con el testimonio del doctor Sepúlveda, se precisa que la situación de la trabajadora en misión fue desconocida hasta que se supo de la reclamación de HUMAN STAFF al patrimonio autónomo.

B. Consideraciones del Tribunal

1. El régimen jurídico del Contrato 044 de 2012

33. Para la época en que comenzó la relación contractual entre la Cajanal en Liquidación y Human Staff la primera había sido reestructurada como entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, mediante la Ley 490 de 1998, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominación relevante para el tema toda vez que la ley ha definido el régimen jurídico para éstas en los artículos 93 y 97 de la Ley 489 de 1998, en los cuales se establece que todos los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado se sujetarán a las regulaciones del derecho privado, pero cuando se refirió a los contratos que éstas entidades celebran para el cumplimiento de su objeto, determinó que el régimen que las regularía sería el del estatuto contractual de las entidades estatales.

La razón de ser de este régimen jurídico se explica en que *“a pesar de ser entidades estatales, las empresas ejercen funciones propias de los particulares. Por lo tanto, se ha querido que, como ejercen funciones propias del sector privado, se sometan consecuentemente al régimen de los particulares para que puedan actuar como estos”*¹⁶. La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido al tema al afirmar que *“se fundamenta en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”*¹⁷.

En otras palabras, sus actividades de explotación industrial y comercial se deben desarrollar con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por los particulares, sin que influya su condición de entidad estatal y que puedan actuar como aquellos frente a las exigencias de la economía y del mercado.

34. Ahora bien, al momento de la celebración del contrato, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, establecía el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, según el cual es aquel previsto por la Ley 80 de 1993, salvo dos excepciones, *(i)* cuando se encuentren en competencia con el sector

¹⁶ LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo - General y colombiano*, 19ª ed., Bogotá, Temis, p. 144.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2011, expediente 15.476.

privado nacional o internacional, o **(ii)** cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

El objeto de la relación contractual entre las partes en conflicto, consistía en que el contratista (Human Staff) se comprometía a suministrar al contratante (Cajanal en Liquidación) el personal temporal o en misión de los niveles directivo, asesor, profesional, técnico, operativo y auxiliar para desarrollar las actividades legales, administrativas y operativas propias inherentes y relacionadas con el proceso liquidatorio, contrato denominado por las partes como “*contrato de prestación del servicio provisión de trabajadores en misión*”, objeto que de manera explícita hace referencia a actos para desarrollar su actividad de gestión económica, sujetas al derecho privado.

- 35.** En consecuencia, para el Tribunal no cabe duda de que el Contrato 044 de 2012 se encuentra sometido al régimen de derecho privado. Amén de lo anterior, es preciso señalar que en el propio Contrato se resaltó, expresamente dentro de sus consideraciones, “*que el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, dispone que los actos que expidan las Empresas Industriales y Comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado*”. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el negocio jurídico sobre el cual versa el litigio *sub examine* fue celebrado por una empresa industrial y comercial del estado, es claro que no es un contrato administrativo regido por el Estatuto de Contratación Estatal, y en consecuencia, está sometido a los principios y reglas del derecho privado.

2. Los riesgos asumidos por las partes en virtud Contrato 044 de 2012

- 36.** La ecuación contractual se establece al momento de su celebración y debe preservarse por las partes durante toda la vigencia del mismo, de tal manera que el equilibrio económico no solamente se encuentra conformado por las obligaciones o prestaciones asumidas por las partes, sino que, además, también hacen parte de dicho equilibrio económico la distribución de riesgos y los derechos que se encuentran en cabeza de cada uno de los sujetos contractuales, por lo que la alteración de alguno de los elementos de dicha armonía contractual permite que la parte afectada pueda solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Así las cosas, si se llegare a materializar uno de los riesgos asumidos por alguna de las partes de la forma prevista en el contrato, estas tendrán que contrarrestarlo y confrontarlo de la manera acordada en el mismo, como bien lo ha expresado el Consejo de Estado:

La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que sumieron.

En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió.

Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública”, pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad.

De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.

Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el álea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió¹⁸.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2004, expediente 14.043.

En ese orden de ideas, a efectos de resolver las pretensiones planteadas en la demanda de reconvención, el Tribunal analizará la forma en que fueron distribuidos los riesgos derivados de los costos de administración de los recursos en el encargo fiduciario, así como los riesgos derivados de los mayores costos por riesgos profesionales.

a. Riesgos derivados de los costos de administración del dinero por el encargo fiduciario

- 37.** A la luz del contrato suscrito por las partes, y desprendido del análisis del mismo, es evidente que el costo de administración del dinero por el encargo fiduciario es un riesgo asumido por el usuario (Cajanal), toda vez que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se pactó que los costos de administración del encargo fiduciario serían asumidos por éste.

El contrato, como fuente de obligaciones es innegable y éste, claramente, previó la distribución del riesgo en comento en cabeza del contratante. Así, haciendo referencia a las obligaciones del contratista, en la cláusula segunda, parágrafo quinto del contrato citado se estableció que “*los costos que genere o pueda llegar a generar el encargo fiduciario serán asumidos por el contratante*”, y nuevamente es reiterado con ocasión de las obligaciones del contratante, en el artículo tercero, literal E), cuando se pactó que “*los gastos de administración del encargo fiduciario serán asumidos por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN*”. Así las cosas, el debate frente a la asunción de este riesgo debe quedar zanjado una vez verificado la distribución que las partes decidieron al momento de contratar y que, una vez perfeccionado el contrato, se convirtió en obligación del usuario.

b. Riesgos derivados de los mayores costos por riesgos profesionales

- 38.** Con el ánimo de atender la cuestión presente, es necesario realizar unas precisiones iniciales con respecto a las relaciones jurídicas derivadas del contrato denominado *prestación del servicio provisión de trabajadores en misión* y su consecuente régimen de responsabilidad. Así, se debe señalar que entre la usuaria (Cajanal) y la empresa de servicios temporales (Human Staff) hay un contrato comercial en el marco del cual la segunda remite a la primera un suministro temporal de personal y no se somete a un proceso autónomo completo, razón por la cual entre la usuaria y el trabajador no hay ningún vínculo jurídico.

En ese sentido se pactó dentro del contrato celebrado por las partes, al momento de determinar las obligaciones del contratista, los lineamientos generales de esa relación contractual, señalando claramente en la cláusula segunda (2) literales A) y B), las obligaciones de *suscribir con los trabajadores en misión los contratos*

laborales a que hubiere lugar y la de cumplir con todas sus obligaciones como empleador. Así, de los literales señalados, es claro que entre el usuario y el trabajador no hay un ningún vínculo jurídico, pues la relación laboral se predica frente a la empresa de servicios temporales y no frente al usuario.

Ahora bien, en relación al régimen de responsabilidad, el contrato suscrito hizo referencia a ésta en la misma cláusula segunda, esta vez en el literal C), al señalar como obligación del contratista, *la asunción en forma total y exclusiva de la responsabilidad derivada por la suscripción de los contratos del personal suministrado en misión, así como la responsabilidad de sus actos y omisiones, así como también la de reconocer la naturaleza jurídica del contrato*, contenida en el literal D).

Por otra parte, en referencia a los costos por riesgos profesionales, y en concordancia con lo pactado en el contrato celebrado, la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema en sentencia al señalar que *“en el evento de que un trabajador en misión sufra un infortunio profesional por culpa del usuario, bien sea por haber incumplido este los compromisos adquiridos con la E.S.T. en cuanto a seguridad industrial o debido a una imprevisión injustificada, la culpa se transfiere a la E.S.T. en tanto delegante del poder de subordinación pero exclusiva en la carga patronal, sin perjuicio del derecho de ella a repetir o reclamar a la usuaria los perjuicios por el incumplimiento contractual si este se presenta”*¹⁹, es decir que en relación a los riesgos profesionales, en virtud del poder de subordinación que ostenta la empresa de servicios temporales frente al trabajador, la culpa se transfiere a ésta, con posibilidad de repetir al usuario por incumplimiento contractual, en caso de presentarse, pero en accidentes de origen común, así como aquel ventilado ante el Tribunal, no se puede estar pretendiendo una asunción de responsabilidad a cargo del usuario, toda vez que la enfermedad no es consecuencia del desempeño de sus funciones laborales.

Como corolario del análisis anterior, el riesgo derivado de los mayores costos por riesgos profesionales fue asumido por el contratista en el contrato celebrado, esto derivado de las obligaciones contraídas por éste dentro del mismo en ejercicio de la autonomía de la voluntad y justificado por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

3. Análisis de las pretensiones relativas a los mayores costos en la administración de los recursos del encargo fiduciario

39. En el capítulo de antecedentes quedó claro que Human Staff pretende que la parte convocada en reconvencción sea declarada responsable de **(a)** los valores pagados por concepto de gravamen a movimientos financieros derivados de los

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 24 de abril de 1997, expediente 9.435.

traslados de recursos de la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora para efectos del pago de obligaciones relacionadas con el Contrato 044 de 2012, y **(b)** los valores pagados por concepto de impuesto de renta sobre los rendimientos financieros que generaron los recursos existentes en la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora.

- 40.** En relación con la primera de las peticiones que debe analizar el Tribunal, debe recordarse que Human Staff basa su pretensión en el hecho de que tuvo que trasladar recursos de la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora a sus propias cuentas bancarias como efecto de las limitaciones en número de transacciones que tenía dicha cartera colectiva.

Al respecto, el Tribunal recuerda que quien seleccionó la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora como mecanismo para administrar los recursos del Contrato 044 de 2012 y, particularmente, como mecanismo para dar cumplimiento a la obligación prevista en el numeral 24 de la cláusula tercera del citado Contrato, fue la misma Human Staff. Es decir, que no existe prueba dentro del expediente que acredite que Cajanal en Liquidación hubiera obligado a Human Staff a hacer uso de dicho encargo fiduciario.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que la existencia de limitaciones para el movimiento de los dineros depositados en la cartera colectiva era una situación conocida para Human Staff al momento de decidir utilizarla como mecanismo para la administración de los recursos. De esta manera, no existe situación imprevista alguna para Human Staff derivada del hecho de que Fiduprevisora limitara el número de transacciones periódicas que podían hacerse de dicha cartera colectiva.

Igualmente, para el Tribunal también es claro que Human Staff debió prever que el encargo fiduciario escogido para el cumplimiento de la obligación prevista en el numeral 24 de la cláusula tercera del Contrato 044 de 2012, debía tener las características y la flexibilidad necesaria para efectuar los pagos que correspondían con cargo a esos recursos. Por ello, desde este punto de vista, los mayores costos que se pudieran generar por la falta de previsión en las limitaciones específicas del encargo fiduciario voluntariamente escogido, son costos que tienen origen en conductas atribuibles a Human Staff y, por lo mismo, que deben ser soportados por su propio patrimonio y no pueden ser trasladados a Cajanal en Liquidación.

- 41.** A su vez, respecto de los valores pagados por impuesto de renta generado por los rendimientos de los recursos depositados en la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora, en primer lugar, el Tribunal advierte que su competencia se limita a lo ocurrido con posterioridad a 31 de octubre de 2012, de tal manera que los impuestos pagados por los años gravables 2011 y anteriores, no existe competencia para hacer pronunciamiento alguno.

Ahora bien, en cuanto a los impuestos generados con posterioridad al 11 de junio de 2013 (fecha en que terminó la ejecución del Contrato 044 de 2012), dado que en el análisis de las pretensiones principales de la demanda el Tribunal concluyó que lo procedente era hacer entrega a los Patrimonios Autónomos de los recursos existentes en el encargo fiduciario, debe forzosamente concluirse que si se causaron impuestos por dichos recursos, esos impuestos deben ser asumidos por Human Staff en la medida en que ellos obedecen a la falta de entrega oportuna de los recursos existentes en los Patrimonios Autónomos.

42. En ese orden de ideas, resta para el Tribunal determinar si el impuesto de renta que tuvo que pagar Human Staff por concepto de los rendimientos financieros de los recursos depositados en la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora eran costos a su cargo o, en cambio, costos a cargo de Cajanal en Liquidación.

Al respecto, observa el Tribunal que en el párrafo segundo del numeral 24 de la cláusula segunda del Contrato 044 de 2012, las partes pactaron que *“los costos que genere o pueda llegar a generar el encargo fiduciario, serán asumidos por EL CONTRATANTE con cargo a los rendimientos del mismo”*. Es decir, que Cajanal en Liquidación se comprometió a asumir todos los costos derivados de la administración de los recursos a través del encargo fiduciario, costos dentro de los cuales se encuentra, sin lugar a dudas, el impuesto de renta generado por los rendimientos financieros depositados en el encargo fiduciario.

En efecto, dado que la actividad normal y ordinaria de Human Staff no debería dar lugar al pago de impuesto de renta por los rendimientos financieros generados por los recursos depositados en el encargo fiduciario, sino que tal impuesto se produce únicamente como efecto de que la cartera colectiva se encuentra a su nombre, de tal manera que es, en estricto sentido, un costo contractual que debe asumir Cajanal en Liquidación. Pero, además, dado que los rendimientos financieros de los recursos depositados en el encargo fiduciario no son de titularidad de Human Staff ni se entregan al contratista a título de pago por sus servicios, sino que conforme al párrafo tercero del numeral 24 de la cláusula segunda del Contrato 044 de 2012, son de propiedad de Cajanal en Liquidación, es la entidad estatal contratante quien debe asumir el valor de dicho impuesto de renta.

Con fundamento en lo anterior, concluye el Tribunal que Human Staff sí tiene derecho al pago de los dineros sufragados por concepto del impuesto de renta generado por los rendimientos financieros de los recursos depositados en la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora.

43. En cuanto al monto de dichos dineros, el Tribunal destaca, de una parte, que, de acuerdo con el numeral 24 de la cláusula segunda del Contrato 044 de 2012, solo a partir del segundo pago los dineros se depositarían en la cartera colectiva

y, de otra, que, según la cláusula cuarta del Contrato, los pagos se hacían de manera mensualizada, razón por la cual el Tribunal solo tendrá en cuenta el impuesto generado por el mes de diciembre de 2012.

A su vez, en relación con el año 2013, para la liquidación del perjuicio, en concordancia con lo expresado sobre los límites a la competencia del Tribunal, solo se tomará en consideración el impuesto generado por los rendimientos financieros producidos entre enero y junio de 2013, plazo durante el cual estuvo en ejecución el Contrato 044 de 2012.

44. La prueba del monto del perjuicio la encuentra el Tribunal en el dictamen pericial elaborado por el contador Luis Enrique Cáceres Rodríguez, en el cual se concluye que la suma pagada por impuesto de renta derivado de los rendimientos financieros para el año 2012 asciende a \$7.096.009 y por el año 2013 a \$2.059.227.

Ahora bien, en concordancia con lo explicado antes para el año 2012 el Tribunal solo tomará en consideración un mes, mientras que para el año 2013 tomará en cuenta seis meses, de tal manera que, como no existe una suma mensualizada de impuesto de renta, el Tribunal tendrá como monto del perjuicio una doceava parte del impuesto pagado por el año 2012 y la mitad del impuesto pagado por el año 2013.

En consecuencia, la suma histórica del perjuicio por el año gravable 2012 asciende a \$591.334, mientras que por el año gravable 2013 asciende a \$1.029.613,50. En cuanto a la actualización de las sumas mencionadas, el Tribunal advierte lo siguiente: **(a)** para el año 2013, no se encuentra prueba de la fecha exacta de los pagos, pues si bien existe copia de la declaración de renta del año gravable 2013, en la misma no se puede saber la fecha en que fue pagada, por lo cual el Tribunal tomará como fecha de pago el último día que el calendario tributario preveía para que las personas jurídicas cuyo último dígito del NIT es 2 declararan y pagaran su impuesto de renta, que es el 9 de abril de 2014, y **(b)** para el año 2012, tampoco existe prueba de la fecha de pago del impuesto, por lo cual tomará como fecha de pago el último día que el calendario tributario preveía para que las personas jurídicas cuyo último dígito del NIT es 2 declararan y pagaran su impuesto de renta, que es el 10 de abril de 2013.

En ese orden de ideas, el monto actualizado de los perjuicios sufridos por Human Staff: **(a)** para el impuesto de renta de 2013, el valor actualizado asciende a **\$1.205.559.91**, teniendo en cuenta que, según los índices del DANE el índice inicial (abril de 2014) es de 116.25 y el índice final (febrero de 2017) es de 136.12, y **(b)** para el impuesto de renta de 2012, el valor actualizado asciende a **\$711.314,81**, teniendo en cuenta que, según los índices del DANE el índice inicial (abril de 2013) es de 113.16 y el índice final (febrero de 2017) es de 136.12.

Así las cosas, el monto total del perjuicio asciende a **\$1.916.914,72**, monto que deberá descontarse de los recursos de capital existentes en la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora, de los cuales deberá hacer devolución Human Staff.

4. Análisis de las pretensiones relativas a los mayores costos producto de las prestaciones sociales de los trabajadores en misión

45. Como se expresó en el capítulo de antecedentes del presente laudo arbitral, Human Staff pretende que se declare que la parte Convocante (convocada en reconvencción) *“es responsable por el pago de las sumas de dinero que se han generado por prestaciones sociales a favor de la Sra. ROSA MARCELA HOYOS VELANDIA desde enero 2.014 a diciembre 31 de 2.014, o hasta que se le obtenga la desvinculación laboral de dicha trabajadora inclusive a través de una indemnización”*.
46. Para resolver la anterior pretensión, recuerda el Tribunal que en el punto 2 anterior, se concluyó que Human Staff fue quien asumió los riesgos derivados de los mayores costos por riesgos profesionales en que tuviera que incurrir como efecto de la vinculación de los trabajadores en misión. Es así como en el análisis hecho por el Tribunal, de los literal A), B) y C) de la cláusula segunda del Contrato 044 de 2012, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se puede concluir que es obligación del Human Staff, la asunción en forma total y exclusiva de la responsabilidad derivada por la suscripción de los contratos laborales del personal suministrado en misión, así como la responsabilidad de sus actos y omisiones, obligación de la cual se excluyen únicamente los eventuales mayores costos derivados de infortunios sufridos por los trabajadores en misión que sean consecuencia de conductas imputables a Cajanal en Liquidación.

En ese orden de ideas, para que Cajanal en Liquidación fuera responsable por los mayores costos derivados de la situación particular de la señora Rosa Marcela Hoyos Velandia, sería necesario que se acreditaran los siguientes elementos: **(a)** que la mencionada situación es atribuible a una conducta antijurídica de Cajanal en Liquidación; **(b)** que Human Staff asumió costos adicionales derivados de la situación de Hoyos Velandia, y **(c)** que Human Staff efectivamente pagó y continúa pagando dichos costos adicionales.

47. En relación con el primer punto mencionado, analizados los elementos probatorios obrantes en el expediente, advierte el Tribunal que existe una afirmación por parte de Human Staff en el sentido de que no ha podido desvincular a la señora Rosa Marcela Hoyos Velandia, pero no existe prueba de cuál es la razón que ha impedido dicha desvinculación y, mucho menos, existe prueba de la imposibilidad de desvinculación y los mayores costos labores reclamados sean efecto de una conducta específica de Cajanal en Liquidación,

de una omisión o de cualquier otra circunstancia atribuible a dicha entidad como usuaria de los servicios de suministro de personal encomendados a Human Staff.

A su vez, respecto de los otros dos elementos necesarios para acreditar la responsabilidad de Cajanal en Liquidación, igualmente el Tribunal advierte que, más allá de unas certificaciones de incapacidades de la EPS que no acreditan con precisión plazos ni pagos y de unos cuadros individualmente elaborados por el contratista y que equivalen a una mera afirmación y no a la prueba de un hecho, dentro de los elementos probatorios recaudados no se encuentra acreditado con precisión y rigor ni que Human Staff hubiera asumido los costos adicionales por la imposibilidad de desvinculación de Hoyos Velandia, ni tampoco que ha venido pagando o que continúa pagando esos valores. En otras palabras, para el Tribunal no existe prueba del daño sufrido por Human Staff como consecuencia de la situación de la trabajadora Rosa Marcela Hoyos Velandia.

48. En conclusión, para el Tribunal no existe prueba alguna que permite concluir la responsabilidad patrimonial de la parte convocada en reconvención respecto de la situación de la trabajadora Rosa Marcela Hoyos Velandia, por lo cual negará las pretensiones relacionadas con dicha situación.

5. Conclusiones del Tribunal

49. Con base en lo anterior, el Tribunal negará las pretensiones 7.3, 7.4.1, 7.5 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), 7.7, 7.8 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), 8.1. (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), 8.2, 8.3.1, 8.4, 8.6, 8.7, 8.7.1, 8.8 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1) y 8.9 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), todas ellas de la demanda de reconvención.

A su vez, el Tribunal declarará la prosperidad parcial de las pretensiones 7.4, 7.5 (en cuanto sea consecuencia de la pretensión 7.4), 7.8 (en cuanto sea consecuencia de la pretensión 7.4), 8.1 (en cuanto sea consecuencia de la pretensión 7.4), 8.3, 8.8 (en cuanto sea consecuencia de la pretensión 7.4) y 8.9 (en cuanto sea consecuencia de la pretensión 7.4), todas ellas de la demanda de reconvención. En concordancia con lo anterior, el Tribunal negará las excepciones denominadas “2. *Inexistencia de perjuicios a favor de Human Staff S.A.*” y “3. *Ausencia de hechos y causas imprevisibles*”, contenidas en la contestación a la demanda de reconvención.

Finalmente, en concordancia con lo expuesto y dado el reconocimiento de valores a favor de Human Staff, el Tribunal declarará probada la excepción

denominada “34. Compensación”, contenida en la contestación a la demanda principal.

V. EN RELACIÓN CON LA PROCEDENCIA DE LAS SOLICITUDES DE INTERESES MORATORIOS

50. En cuanto a los intereses moratorios solicitados por la parte Convocante, el Tribunal no accederá a su liquidación en tanto que su causación no se produce en el caso concreto porque las sumas de dinero realmente adeudadas por Human Staff al Ministerio de Salud y Protección Social, y de la misma manera las adeudadas por el Ministerio de Salud y Protección Social a Human Staff, tan solo se determinan en el presente laudo, de tal manera que, con anterioridad al mismo, no existía una suma líquida de dinero que constituyera una obligación pecuniaria cierta a cargo de la entidad, circunstancia que genera, necesariamente, la imposibilidad de que se causen intereses de mora, en aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora*.

Dicha máxima ha sido aceptada por la jurisprudencia civil al señalar que “*resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto este sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que ‘la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida’ (Casación de 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)*”²⁰.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “*Como en el caso presente la obligación a cargo del Banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia necesitó de reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla. Luego, si...la obligación judicialmente aquí declarada...no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación*”²¹. En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha dicho:

En eventos como el que se estudia, la administración solo está obligada al pago de la suma correspondiente a los perjuicios materiales a partir del día siguiente a la fecha ejecutoria de la sentencia, porque la obligación de pago que se le impone surge como consecuencia de declaraciones, de una parte, de ilegalidad del acto y, de otra, de la de condena a indemnizar los perjuicios causados, que

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de septiembre de 1984.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 10 de junio de 1995, expediente

se hacen en la sentencia judicial. En efecto, por virtud del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la obligación de pagar la indemnización de perjuicios es consecuencia de la firmeza de la sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo (que hasta entonces estaba cobijado por la presunción de legalidad) y condenó al pago de perjuicios; por consiguiente es a partir de la firmeza de la sentencia que en dicho evento la administración se convierte en deudora y también es a partir de esa firmeza que la deuda le es exigible a la administración, por lo general.

*Se tiene así que **si la condena al pago de intereses moratorios tiene por objeto sancionar el incumplimiento o la mora del deudor, es lógico que cuando la administración por sentencia en firme adquiere la calidad de deudor, en el caso como el que se estudia, solo a partir del día siguiente de dicha firmeza, si es que la administración no satisface al acreedor, estará obligada no solo por el capital de la condena sino también por los intereses moratorios, sin exceder el límite de usura.** Por ello mismo no tiene fundamento legal imponer intereses moratorios cuando no existe obligación previa ni exigibilidad de la misma, pues la sanción al deudor con intereses moratorios requiere de la existencia y de la exigibilidad de una obligación.*

Por lo tanto la Sala modifica así las anteriores posturas y por eso concluye que la condena al pago de intereses moratorios en eventos como el presente, es decir cuando la calidad de deudor de la administración aparece después de quedar en firme la sentencia condenatoria, y solo surge a partir del día siguiente a la firmeza de esa sentencia²².

Igualmente ha dicho la jurisprudencia administrativa:

Dicho en otras palabras, no procede condena por concepto de intereses porque los mismos sólo resultan procedentes para reparar daños causados con el incumplimiento de obligaciones de pagar una suma de dinero y en el caso concreto mal se haría en considerar incumplida una obligación exigible a la ejecutoria de esta sentencia.

A este respecto resulta ilustrativo tener en cuenta lo manifestado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: "La mora en el pago solo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida a cargo del deudor" (Sentencias del 27 de agosto de 1930, XXXVIII, 128 y. del 30

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, expediente 13.792.

de septiembre de 1946, LXI, 112 y ss). "[n]o estaba claramente determinada para las partes la existencia de una obligación pecuniaria a cargo de la demandada y a favor de la demandante en una cantidad líquida, lo que, por falta de certeza, excluye la posibilidad de que la deudora se encontrara en mora de pagar la obligación" (sentencia proferida el 10 de julio de 1995, tomo CCXXVII, 71 ss)²³.

Al respecto, ha dicho la justicia arbitral:

Como ya se anotó, si la prestación es objeto de discusión o controversia, el supuesto término que aduzca el acreedor no sitúa al deudor en estado de mora mientras no se defina la diferencia existente. No basta, por tanto, que se afirme que se debe una prestación sino que se hace indispensable el pronunciamiento judicial en tal sentido. Cuando hay distanciamiento, en cuanto al cumplimiento de la obligación, no puede sostenerse que, si se formula la interpelación, se presenta per se la mora pues el cuestionamiento existente entre las partes de un contrato sobre la prestación y su exigibilidad, impide afirmar la virtualidad y adecuada moratoria²⁴.

De la misma manera, un reciente laudo arbitral expresó:

No se reconocerán los intereses moratorios pretendidos porque las sumas en que se concretan los valores respectivos, sólo se determinan en este laudo. A este respecto el Tribunal considera pertinente precisar que para que exista mora y, por consiguiente, el deber de pagar intereses de mora, es necesario que exista una obligación exigible e insoluta cuyo monto esté determinado o sea determinable. Así las cosas, cuando quiera que previamente a la sentencia judicial existe incertidumbre sobre la existencia misma de la obligación o su cuantía, no es posible concluir el derecho al pago de intereses moratorios, tanto cuanto más porque el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la mora (in illiquidis mora non fit), razón por la cual, en su ausencia, no proceden²⁵.

Es decir, que jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en que en los casos en que se discute la existencia y el valor de la obligación pecuniaria dentro de un proceso judicial, como ocurre en el presente proceso arbitral, no procede la causación de intereses moratorios, sino a partir de la firmeza de la decisión

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de junio de 2004, expediente 15.235.

²⁴ Tribunal de Arbitramento de Proactiva Doña Juana E.S.P. S.A. contra Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, Laudo de 15 de noviembre de 2012.

²⁵ Tribunal de Arbitramento de Estaciones Metrolínea Ltda. contra Metrolínea S.A. Laudo de 18 de febrero de 2016.

judicial, en el caso concreto, del laudo arbitral. En ese orden de ideas, la parte Convocante no tiene derecho al reconocimiento de valor alguno a título de intereses moratorios, porque lo cierto es que la obligación de pago para Human Staff solo surgirá con la firmeza del presente laudo arbitral. Por las mismas razones, Human Staff no tiene derecho al reconocimiento de valor alguno a título de intereses moratorios.

51. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal negará la pretensión 3.5 de la demanda principal, y a la vez, se negarán las pretensiones 7.6 y 8.5 de la demanda de reconvención.

VI. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

52. Finalmente, con base en el artículo 365-1 del Código General del Proceso que establece que *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, teniendo en cuenta que prosperarán pretensiones tanto de la demanda principal como de la demanda de reconvención, no existe parte vencida en este proceso, por lo cual el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.
53. En consecuencia, el Tribunal negará las pretensiones 3.8 de la demanda principal y 8.10 de la demanda de reconvención.

CAPÍTULO 3. DECISIÓN

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal de Arbitraje integrado para decidir en derecho las diferencias entre **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.**, quien actúa como vocera del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESOS**, y también como vocera del **PATRIMONIO AUTONOMO CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN PROCESO Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES**, sustituida por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, parte convocante, y **HUMAN STAFF S.A.S.**, parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Por las consideraciones expuestas en la parte motiva, declarar no probadas las excepciones denominadas “32. Falta de integración del litisconsorcio necesario”, “35. Falta de causa en la demandante”, la “36. Ineficacia de cesiones de derechos económicos y obligaciones de pago posteriores a la notificada y aceptada por Human Staff celebrada entre Cajanal en Liquidación y el Patrimonio Autónomo Pre Cierre cuya vocera fue la demandante”; la “33. Excepción de cobro de lo no debido”; así como la denominada “37. La genérica o innominada que resulte

probada dentro del trámite arbitral”, contenidas en la contestación a la demanda principal por parte de Human Staff S.A.S.

Segundo: Teniendo en consideración las razones expresadas en la parte motiva, rechazar las excepciones denominadas “1. Ineptitud de la demanda”, “2. Inexistencia de perjuicios a favor de Human Staff S.A.” y “3. Ausencia de hechos y causas imprevisibles”, contenidas en la contestación de la demanda de reconvención.

Tercero: Declarar probada la pretensión 3.1 de la demanda principal, en el sentido de que el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales y el Patrimonio Autónomo de Remanentes, sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud, se halla debidamente facultado y legitimado para exigir y recibir los dineros, derechos y obligaciones que se pretenden con la interposición de la demanda.

Cuarto: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la prosperidad de la pretensión 3.2 de la demanda principal, en el sentido de que el saldo de capital y los rendimientos generados en el encargo fiduciario constituido por HUMAN STAFF S.A.S., que se encuentran en la cartera colectiva No. 8431, abierto por dicha empresa en Fiduprevisora S.A., pertenecen al Patrimonio Autónomo de Remanentes Cajanal EICE en Liquidación y/o del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE En Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud.

Quinto: Declarar probada la excepción de “34. Compensación” propuesta por HUMAN STAFF S.A.S. en su contestación a la demanda, por las razones expresadas en la parte motiva de este laudo.

Sexto: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la prosperidad parcial de la pretensión 7.4 de la demanda de reconvención, en el sentido de que se reconoce en favor de HUMAN STAFF S.A.S. el derecho al pago de los dineros sufragados por concepto del impuesto de renta generado por los rendimientos financieros de los recursos depositados en la cartera colectiva 8431 de Fiduprevisora S.A.; en las condiciones y por los períodos señalados en la parte motiva.

Séptimo: Como consecuencia de la anterior declaración, por las razones expresadas en la parte motiva del laudo, declarar la prosperidad de las pretensiones 7.5 y 7.8 de la demanda de reconvención, en cuanto sean consecuencia de la pretensión 7.4 reconocida parcialmente, y por ello declarar la prosperidad parcial de las pretensiones 8.1, 8.3 y 8.8 de la demanda de reconvención, lo que arroja el monto total actualizado del perjuicio de \$1.916.914,72, monto que se descontará de los recursos de capital existentes en la Cartera Colectiva 8431 de Fiduprevisora S.A.

Octavo: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la prosperidad de la pretensión 3.3 de la demanda principal, y en consecuencia ordenar a HUMAN STAFF S.A.S. a reintegrar parcialmente al Patrimonio Autónomo de Remantes Cajanal EICE en Liquidación y/o del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE En Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud, las sumas que existan en la cartera colectiva No. 8431 abierta por HUMAN STAFF S.A.S. en Fiduprevisora S.A. hasta la fecha en que se verifique el reintegro efectivo de esos recursos; una vez descontada la suma de \$1.916.914,72 en favor de Human Staff S.A. como consecuencia de la prosperidad parcial de la pretensión 7.4 de la demanda de reconvención.

Noveno: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la prosperidad de la pretensión 3.4 de la demanda principal y, en consecuencia, ordenar a HUMAN STAFF S.A.S. a pagar al Patrimonio Autónomo de Remantes Cajanal EICE en Liquidación y/o del Patrimonio Autónomo Cajanal EICE En Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud, las sumas que resultaron a su cargo desde la época de su causación hasta la fecha del presente laudo, con excepción de la suma reconocida en favor de HUMAN STAFF S.A.S. como consecuencia de la prosperidad parcial de la pretensión 7.4 de la demanda de reconvención.

Décimo: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, de acuerdo con la pretensión 3.6 de la demanda principal, que el Ministerio de Salud, que sustituyó al Patrimonio Autónomo de Remantes Cajanal EICE en Liquidación y/o al Patrimonio Autónomo Cajanal EICE En Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, se halla debidamente facultado y legitimado para ordenar efectuar la solicitud y firma de manera conjunta con HUMAN STAFF S.A.S. el retiro de los rendimientos que se encuentran en la cartera colectiva No. 8431 de FIDUPREVISORA S.A.

Décimo Primero: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la prosperidad de la pretensión 3.7 de la demanda principal y parcialmente la 8.9 de la demanda de reconvención (en tanto no sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), y en consecuencia declarar terminado y liquidado el contrato de prestación de servicios No. 044 del 31 de octubre de 2012, celebrado entre HUMAN STAFF S.A.S. y la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACION, y declarar a paz y salvo por todo concepto a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y a LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A. como antigua vocera de los patrimonios autónomos de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y al Patrimonio Autónomo de Remantes Cajanal EICE en Liquidación y/o al Patrimonio Autónomo Cajanal EICE En Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales, sustituidos por el Ministerio de Salud.

Décimo Segundo: Declarar, por las consideraciones expuestas en la parte motiva, que el Patrimonio Autónomo Cajanal EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales el Patrimonio Autónomo de Remanentes, sustituidos posteriormente por el Ministerio de Salud, es el llamado a responder por los mayores costos reclamados por Human Staff, razón por la cual el Tribunal niega las pretensiones 7.1 y 7.2 de la demanda de reconvención.

Décimo Tercero: Negar, por las consideraciones expuestas en la parte motiva del laudo, las pretensiones 7.3, 7.4.1, 7.5 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), 7.7, 7.8 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), 8.1. (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), 8.2, 8.3.1, 8.4, 8.6, 8.7, 8.7.1, 8.8 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1) y 8.9 (parcialmente en cuanto sea consecuencia de las pretensiones 7.3 y 7.4.1), todas ellas de la demanda de reconvención.

Décimo Cuarto: Conforme las consideraciones del Tribunal, no condenar a intereses de mora sobre las sumas reconocidas, por lo que se rechazan las pretensiones 3.5 de la demanda principal y 7.6 de la demanda de reconvención.

Décimo Quinto: Por las razones expuestas en la parte motiva, este Tribunal no condena en costas y agencias en derecho a ninguna de las partes, en consecuencia, rechaza la pretensión 3.8 de la demanda principal y la pretensión 8.10 de la demanda de reconvención.

Décimo Sexto: Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal, y ordenar su pago.

Décimo Séptimo: Disponer que el presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de “Otros” que no haya sido utilizada.

Décimo Octavo: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo Noveno: Disponer que, en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

TRIBUNAL ARBITRAL
FIDUAGRARIA S.A. (sustituida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL)
vs.
HUMAN STAFF S.A.S.

Cúmplase,



JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ
Árbitro Presidente



LUIS FERNANDO GAITÁN OCHOA
Árbitro



JAIME A. VELÁSQUEZ CÁMBAS
Árbitro



NICOLÁS LOZADA PIMIENTO
Secretario