

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR  
SOCIAL S.A.**

**CONTRA**

**NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil ocho (2008)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** y **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda principal, en la demanda de reconvención y en las respectivas réplicas.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **ANTECEDENTES**

#### **1. Partes y representantes**

La parte convocante en el presente proceso está constituida por la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** Se encuentra legalmente representada por la señora HORTENSIA ARENAS ÁVILA, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 13 a 15 del Cuaderno Principal No. 1. Su apoderado judicial es el doctor EDISON ALBERTO PEDREROS BUITRAGO, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso, de conformidad con el poder obrante a folio 12 del mismo cuaderno principal.

La parte convocada es la sociedad **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.** Se encuentra legalmente representada por el señor LUÍS ALFONSO MUÑOZ AGUIRRE, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 107 a 109 del Cuaderno Principal No. 1. Su apoderado judicial es el doctor JORGE SANMARTIN JIMÉNEZ, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso, de conformidad con el poderes obrantes a folios 106 y 154 del mismo cuaderno principal.

## 2. El pacto arbitral

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en la Cláusula Décima del “Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Asesoría, entre la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. y New Concept Bussiness and Administration S.A.”, suscrito el día 11 de febrero de 2005. La cláusula compromisoria en cita es del siguiente tenor:

“DECIMA. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y CLÁUSULA COMPROMISORIA: En caso de presentarse interpretaciones no coincidentes entre las partes respecto a las obligaciones o cumplimiento del presente contrato o si surgen diferencias con ocasión del desarrollo del mismo, las partes del presente contrato primero procederá (sic) a arreglarlas de manera directa o de la siguiente forma:

- a) Las partes intentarán una amigable composición conforme a las normas que la regulen, donde se dejará un acta que refleje lo acontecido en este procedimiento, sea que con el mismo se solucione o no las diferencias presentadas, esta etapa tendrán (sic) una duración de quince días.
- b) Si no se pudiere conciliar las diferencias con la amigable composición, las partes acuerdan que las diferencias serán resueltas por medio de un árbitro de la Cámara de Comercio de la Ciudad de Bogotá, que será designado por esta ultima y tendrá que resolver en derecho, los gastos serán asumidos por ambas partes y serán reintegrados a la parte favorecida en lo que hubiere sufragado.” (Folio 4 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

### **3. Convocatoria del Tribunal, designación del árbitro único y etapa introductoria del proceso**

La integración del Tribunal de Arbitramento convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

- 3.1. La demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Comercio de Bogotá el 15 de febrero de 2007 y se fundamenta en la cláusula compromisoria anteriormente citada, contenida en el “*Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Asesoría, entre la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A. y New Concept Bussiness and Administration S.A.*”<sup>1</sup>
- 3.2. En audiencia celebrada el 26 de febrero de 2007, previo el envío de cartas de citación a las partes, el Centro de Arbitraje y Conciliación llevó a cabo la audiencia de nombramiento del árbitro, designando como Árbitro Único al doctor Enrique Laverde Gutiérrez y como suplente al doctor Ernesto Rengifo García. El doctor Enrique Laverde Gutiérrez aceptó su designación en la debida oportunidad.
- 3.3. El 8 de marzo de 2007, tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal, en la que, mediante Auto No. 1 (Acta No. 1), éste se declaró legalmente instalado, designó como Secretaria a la

---

<sup>1</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 1 a 11

doctora Gabriela Monroy Torres, fijó como lugar de funcionamiento y sede de la Secretaría las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicadas en la Avenida el Dorado No. 68D-35 piso 3, admitió la demanda arbitral, ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocada por el término de 10 días, ordenó que por Secretaría se procediera a notificar el contenido del mencionado auto en forma personal al representante legal de la parte convocada o a su apoderado, según fuere el caso. Adicionalmente reconoció personería al apoderado de la parte convocante.<sup>2</sup>

- 3.4. El día 2 de abril de 2007, vía correo autorizado “Secure Express Service Ltda”, se envió a la parte convocada **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.** la notificación personal prevista en el artículo 315 del C.P.C. Para el efecto, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 315, se utilizó la dirección de notificación consignada en el certificado de existencia y representación de la sociedad, que obra en el expediente.
- 3.5. El 10 de abril de 2007 se recibió de parte de dicha empresa de correo un reporte en el que se afirmó que en visita practicada a la dirección indicada en el oficio de notificación, quien atendió manifestó “no conocer la entidad, no funciona en esta dirección”.

---

<sup>2</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 36 y 37

- 3.6. El 27 de marzo de 2007 se recibió un memorial de la parte convocante en el que manifiesta que solicita que “se elabore otra citación pero dirigida a la Transversal 21 No. 96-42 suite 4 de Bogotá.”<sup>3</sup> Sin embargo, posteriormente se recibió un memorial de la parte convocante en el que, además de remitir el reporte de la oficina de correo, manifiesta que “se ha cumplido con el supuesto fáctico descrito en el 315 #4, en concordancia con el 318 #3” y solicita que se proceda a emplazar al demandado.<sup>4</sup>
- 3.7. Mediante Auto No. 2 (Acta No.2), el Tribunal dispuso el emplazamiento de la sociedad **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**, conforme a lo dispuesto en el artículo 318 del C.P.C. el cual se surtió mediante publicación de fecha 13 de mayo de 2007 en el diario La República, del cual la parte convocante remitió la página correspondiente.<sup>5</sup> Surtido el emplazamiento, la parte convocada no concurrió a notificarse.
- 3.8. El Tribunal, mediante Auto No. 3 (Acta No 3) de fecha junio 15 de 2007 procedió a designar Curador Ad-litem para surtir con éste la correspondiente notificación. Para el efecto designó a los doctores Catalina Ochoa, Laura Barrios y Jorge Sanmartín.<sup>6</sup>
- 3.9. El día 9 de julio de 2007, el doctor Jorge Sanmartín Jiménez, se notificó del contenido de los Autos Nos. 1 y 3, respectivamente

---

<sup>3</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folio 40

<sup>4</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folio 41

<sup>5</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 47 a 69

<sup>6</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 70 a 73

proferidos por el Tribunal el 8 de marzo y el 15 de junio de 2007.<sup>7</sup>

3.10. El día 23 de julio de 2007, estando dentro del término legal, el Curador Ad-Litem de la sociedad convocada, **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**, radicó ante el Tribunal su escrito de contestación de la demanda.<sup>8</sup>

3.11. El día 31 de julio de 2007, mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda presentada por el Curador Ad-litem de la sociedad **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.** La parte convocante se pronunció aportando una prueba documental adicional.<sup>9</sup>

3.12. El 22 de agosto de 2007 (Acta No. 5) se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual, por solicitud del señor apoderado de la parte convocante, fue suspendida y se fijó el día 4 de septiembre de 2007 a las 9:30 a.m., para continuarla.<sup>10</sup>

3.13. En la fecha fijada por el Tribunal para la continuación de la audiencia de conciliación (Acta No. 6) se hicieron presentes el representante legal de la parte convocante y su apoderado, así como el representante legal de la sociedad convocada y el

---

<sup>7</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folio 80

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 82 a 92

<sup>9</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 93 a 95

<sup>10</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 99 y 100

curador Ad-litem de la misma. Mediante Auto No 6, el Tribunal reconoció personería al doctor Jorge Sanmartín Jiménez para actuar como curador ad-litem de la sociedad convocada. En la misma audiencia, el curador ad-litem presentó un poder debidamente otorgado por la parte convocada, en el cual se le faculta para que la represente en el presente trámite arbitral en calidad de apoderado, y a continuación solicitó que se decretara la nulidad de todo lo actuado desde el acto de notificación del auto admisorio de la demanda arbitral por cuanto, si bien consideraba que la notificación practicada se realizó en cumplimiento de lo previsto en el artículo 315 del C.P.C., encontraba que ésta carece de validez, por cuanto no se utilizó la dirección de otra sede de la convocada, que era conocida por la parte convocante y en la que era factible surtir eficazmente la notificación. Con base en lo anterior, por Auto No. 7, el Tribunal reconoció personería al doctor Jorge Sanmartín para actuar como apoderado de la parte convocada, corrió traslado a la parte convocante de la solicitud de nulidad formulada y fijó como fecha para llevar a cabo la siguiente audiencia del Tribunal el 12 de septiembre de 2007 a las 9:00 a.m. Estando dentro del término, la parte convocada se pronunció sobre la solicitud de declaratoria de nulidad formulada por la parte convocada.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 103 a 105



- 3.14. Por Auto No. 9 (Acta No. 7) el Tribunal, en aras de la protección al debido proceso y al derecho de defensa, decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y ordenó correr traslado a la parte convocada con entrega de copia de la demanda y de sus anexos, traslado que se surtió en la misma audiencia.<sup>12</sup>
- 3.15. El 26 de septiembre de 2007, en oportunidad para ello, la sociedad convocada **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**, contestó la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones de mérito. Adicionalmente presentó demanda de reconvención contra la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**<sup>13</sup>
- 3.16. El 2 de octubre de 2007, mediante Auto No. 10, (Acta No. 8) el Tribunal inadmitió la demanda de reconvención por cuanto el poder presentado era insuficiente de conformidad con lo previsto en el artículo 85 Num. 5º del C.P.C., y le otorgó a la parte convocada y convocante en reconvención un término de cinco días hábiles para subsanar el defecto. Dentro del término señalado la parte convocada y convocante en reconvención procedió a subsanar el error de la demanda de reconvención.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 120 a 124

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 125 a 139 y 140 a 147

<sup>14</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 148 a 150 y 153 a 154

- 3.17. El día 10 de octubre de 2007, mediante Auto No. 11 (acta No. 9) el Tribunal admitió la demanda de reconvención y ordenó correr traslado, por el término legal, a la parte convocante y convocada en reconvención.<sup>15</sup>
- 3.18. La notificación personal del auto admisorio de la demanda de reconvención se surtió el 16 de Octubre de 2007.<sup>16</sup>
- 3.19. El 24 de octubre de 2007, en oportunidad para ello, la parte convocante y convocada en reconvención **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, contestó la demanda de reconvención, con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones de mérito.<sup>17</sup>
- 3.20. El 31 de octubre de 2007, mediante fijación en lista se corrió traslado a las partes de las excepciones de mérito propuestas respectivamente en la contestación de la demanda principal y en la contestación de la demanda de reconvención.<sup>18</sup>
- 3.21. El 6 de noviembre de 2007, estando dentro del término legal, la parte convocante y convocada en reconvención se pronunció respecto del traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada en la contestación de la demanda principal.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 155 y 156

<sup>16</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folio 160

<sup>17</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 161 a 166

<sup>18</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 167 y 168

<sup>19</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folio 169

3.22. Por Auto No. 12 (Acta No. 10) el Tribunal fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación el día 13 de noviembre de 2007 a las 11:30 a.m.<sup>20</sup>

3.23. El día 13 de noviembre de 2007, (Acta No. 11) se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo entre las partes. En tal oportunidad el Tribunal procedió a fijar el monto de gastos y honorarios del trámite arbitral, suma que fue pagada en su totalidad por la parte convocante, dentro de la oportunidad legal.<sup>21</sup>

#### **4. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales**

4.1. El 6 de diciembre de 2007 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite<sup>22</sup>, en la que, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante Auto No. 15, asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento. En esa misma oportunidad, siguiendo el trámite previsto en la Ley, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda arbitral, en la demanda de reconvención, en sus correspondientes contestaciones y en el escrito presentado por el apoderado de la parte convocante mediante el cual

---

<sup>20</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folio 170

<sup>21</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 177 a 182

<sup>22</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 183 a 197

descorre el traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada en la contestación a la demanda arbitral.

4.2. La etapa probatoria se desarrolló en la siguiente forma:

4.2.1. El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos enunciados en la demanda inicial, en la contestación a la demanda de reconvención y en el escrito con el cual la parte convocante describió el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

Se incorporaron los documentos que fueron remitidos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus declaraciones, los aportados por las partes con motivo de la inspección judicial y aquellos decretados de oficio por el Tribunal.

4.2.2. El 31 de enero de 2008 se recibieron los testimonios de los señores HUGO BUITRAGO, MARTHA ALEYDA ÁVILA y MEDARDO ALBERTO ROMERO. Adicionalmente se recibió la declaración de parte del señor LUIS ALFONSO MUÑOZ AGUIRRE. Las transcripciones de tales declaraciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al

expediente<sup>23</sup>, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P.C.

4.2.3. El 6 de febrero de 2008 se recibió la declaración de parte de la señora NANCY YANETH ROA ARENAS. En dicha oportunidad se suspendió la diligencia para ser recibida en fecha posterior, teniendo en cuenta que la declarante manifestó que su vinculación con la sociedad convocante era como representante legal suplente, motivo por el cual desconocía algunas de las preguntas formuladas por el apoderado de la parte convocada. En tal virtud el Tribunal fijó el día 14 de febrero de 2008 para continuar la diligencia, oportunidad en la que concurrió la representante legal principal de la sociedad, señora HORTENSIA ARENAS AVILA. La transcripción de tal declaración fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente<sup>24</sup>, luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P.C.

4.2.4. El 14 de febrero de 2008 se recibió un memorial suscrito por el señor apoderado de la parte convocada NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., en el que solicita la suspensión del trámite arbitral por prejudicialidad, con

---

<sup>23</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 389 a 428

<sup>24</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 387 a 388

fundamento en los artículos 170 inciso 2° y 171 del Código de Procedimiento Civil.<sup>25</sup> Del memorial se corrió traslado a la parte convocante quien dentro del término emitió su pronunciamiento.<sup>26</sup>

El Tribunal, mediante Auto No. 22 (Acta No. 17), resolvió postergar el pronunciamiento respecto de la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad presentada por la parte convocada, hasta tanto contara con los elementos necesarios para el efecto y una vez se agotaran las etapas probatorias y de alegatos de conclusión.<sup>27</sup>

4.2.5. El 23 de abril de 2008<sup>28</sup> se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial en las oficinas de la parte convocante en la ciudad de Valledupar.

En el curso de la diligencia se recibieron los testimonios de los señores FREDDY ARMANDO ACOSTA SANJUÁN, CARLOS JOSÉ TORRES MEDINA y ROSALBA MARIANO MESA, testimonios que fueron solicitados parte la convocante. Las transcripciones de tales declaraciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de

---

<sup>25</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 261 a 265

<sup>26</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 270 y 271

<sup>27</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 273 a 281

<sup>28</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 168 y 169

Bogotá y se incorporaron al expediente<sup>29</sup>, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P.C.

4.2.6. El señor apoderado de la parte convocante desistió de la práctica de todos los testimonios que había solicitado.

Así mismo, desistió de la práctica de la inspección judicial a las oficinas de la parte convocante en la ciudad de Cúcuta y a las oficinas de la sociedad convocada en la ciudad de Bogotá.

4.2.7. De su lado, el señor apoderado de la parte convocada desistió de los testimonios de los señores Oswaldo Domínguez, Carlos Pedraza, Pedro Alexander Rodríguez y Antonio Jaller Dumar.

4.2.8. De otra parte, el Tribunal ordenó que por Secretaría se libran los siguientes oficios:

- Al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, para que expidiera y remitiera copia auténtica de las siguientes piezas procesales obrantes en el proceso ejecutivo de New Concept Bussines and Administration contra la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., radicado bajo el número 2006-0571:

---

<sup>29</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 170 a 195

- Demanda
- Mandamiento de pago
- Memorial mediante el que se interpone recurso de reposición
- Escrito de excepciones previas

La respectiva respuesta obra a folios 147 a 162 del cuaderno de pruebas No. 2.

- Al Tribunal de Arbitramento de Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., sociedad Cínica Montería S.A. y la Caja de Compensación Familiar del Chocó-Comfachocó contra New Concept Bussiness and Administration S.A., presidido por el doctor Sergio Michelsen Jaramillo el cual tiene su sede en la Cámara de Comercio de Bogotá y cuya Secretaria es la doctora Irma Rivera, para que remitiera copia del interrogatorio de parte surtido por el Representante Legal de New Concept Bussiness and Administration S.A., así como copia de todos los testimonios practicados dentro de dicho trámite arbitral.

La respectiva respuesta obra a folios 1 a 146 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

- Al Rincón Grande Country Club, para que con destino a este Tribunal, certificará, de acuerdo con sus registros, el nombre de



las personas que visitaron a la sociedad New Concept Bussiness and Administration S.A. y/o a los señores Medardo Alberto Romero y Luís Alfonso Muñoz Aguirre, quienes tienen sus oficinas en dicha sede, en los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2005.

La respectiva respuesta obra a folios 241 a 260 del Cuaderno Principal No.1.

4.2.9. Con motivo del documento allegado por Rincón Grande Country Club, el 11 de marzo de 2008 el señor apoderado de la parte convocante presentó escrito en el que allega una autorización de la representante legal de la convocante para interponer tacha de falsedad ideológica respecto de dicho documento. Asimismo allegó una certificación enviada por Avianca vía correo electrónico, relacionada con viajes realizados por su representada entre enero y junio de 2005 y copia de los recibos de pago efectuados a una agencia de viaje, por concepto de pasajes aéreos.

4.2.10. En memorial radicado ante el Tribunal el 12 de marzo de 2008, la parte convocada y convocante en reconvención solicitó al Tribunal un pronunciamiento acerca de su competencia para conocer de la tacha de falsedad ideológica que en su opinión recae sobre los documentos que fueron remitidos por Rincón

Grande Country Club. Del escrito se corrió traslado por el término legal a la parte convocada, quien se pronunció dentro de la oportunidad. Mediante Auto No. 25 de fecha 25 de marzo de 2008 (Acta No. 19), el Tribunal, resolvió la solicitud mencionada, señalando que *“en materia de competencia del Tribunal las partes han de estar a lo resuelto en el numeral primero del auto No. 15 proferido el 6 de diciembre de 2007, decisión que es encuentra ejecutoriada y en firme”*, decisión ésta última que fue debidamente notificada a las partes.<sup>30</sup>

4.2.11. El 12 de marzo de 2008 se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento de documentos rendida por el señor PEDRO NEL LERMA ALVAREZ, representante legal de Rincón Grande Country Club, quien procedió a ratificar varios documentos que a solicitud de la parte convocante le fueron puestos de presente. La transcripción de tal diligencia fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente<sup>31</sup>, luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P.C.

4.2.12. En escrito radicado ante el Tribunal el 13 de mayo de 2008, el señor apoderado de la parte convocante remitió copia de la

---

<sup>30</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 308 a 321

<sup>31</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, Folios 163 a 167

denuncia penal que su representada interpuso *“con el fin de declarar la falsedad de los documentos emitidos por el representante del Club Rincón Grande”*.<sup>32</sup>

4.3. Mediante Auto No. 27 de fecha 23 de mayo de 2008, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna. En consecuencia, el día 12 de junio de 2008 a las 8:00 a.m., las partes alegaron de conclusión en forma oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.<sup>33</sup>

4.4. El Tribunal, mediante Auto No. 29 de fecha 18 de julio de 2008 (Acta No. 24), se pronunció respecto de la solicitud de suspensión del trámite arbitral por prejudicialidad presentada por la parte convocada, originada en la existencia de un proceso ejecutivo, negando la petición formulada por considerar que *“de las pruebas del proceso ejecutivo allegadas a este trámite, no se evidencia que exista para el trámite arbitral una “incidencia definitiva y directa” de la decisión que se tome en aquel, ni que ésta última “sea condicionante total o parcialmente del sentido del fallo que deba proferirse.”* La anterior decisión fue notificada a las partes en estrados. En la misma audiencia, el señor apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición contra el numeral

---

<sup>32</sup> Cuaderno Principal No. 1, Folios 342 a 346

<sup>33</sup> Cuaderno Principal No. 2, Folios 4 a 25

primero del Auto No. 29, del cual se corrió traslado a la parte convocante, quien en tal virtud se pronunció en la debida oportunidad. El Tribunal, por Auto No. 31, confirmó en el numeral primero del Auto No. 29, decisión que fue notificada a las partes.<sup>34</sup>

4.5. En esa misma audiencia, el señor apoderado de la parte convocada presentó nueva solicitud de suspensión del trámite arbitral por prejudicialidad, esta vez motivada en la existencia de dos denuncias penales. De la mencionada petición se corrió traslado a la parte convocante, quien dentro del término emitió pronunciamiento. El Tribunal, por Auto No. 32, resolvió denegar la petición, al considerar que *“en el presente caso, por no darse las circunstancias previstas en el numeral primero del artículo 170 del C.P.C., toda vez que no se ha acreditado la existencia de un proceso penal, no hay lugar a decretar la suspensión del presente trámite arbitral por prejudicialidad.”* En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha para la audiencia de lectura del presente laudo arbitral.

## **5. Término de duración del proceso**

El término de duración del presente proceso es de seis meses por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991 y como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, el

---

<sup>34</sup> Cuaderno Principal No. 2, Folios 28 a 45

6 de diciembre de 2007, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley vencería el 6 de junio de 2008. Sin embargo a dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes:

<b>Auto que la decretó</b>	<b>Fechas que comprende la suspensión</b>	<b>Días Hábiles suspendidos</b>
Acta No. 12, Auto No. 17	Diciembre 7 de 2007 a Enero 23 de 2008 (ambas fechas inclusive)	31
Acta No. 16, Auto No. 21	Febrero 20 a Febrero 27 de 2008 (ambas fechas inclusive)	6
Acta No. 18, Auto No. 24	Marzo 18 a Marzo 24 de 2008 (ambas fechas inclusive)	2
Acta No. 19, Auto No. 26	Marzo 28 a Abril 22 de 2008 (ambas fechas inclusive)	18
Acta No. 22, Auto No. 27	Mayo 28 a Junio 10 de 2008 (ambas fechas inclusive)	9
Acta No. 23, Auto No. 28	Junio 13 a Julio 17 de 2008 (ambas fechas inclusive)	24
Acta No. 24, Auto No. 33	Julio 19 a Septiembre 11 de 2008 (ambas fechas inclusive)	37

<b>Total</b>	<b>127</b>
--------------	------------

En consecuencia, al sumarle los 127 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término vence el 12 de diciembre de 2008.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **LA CONTROVERSIA**

#### **1. La Demanda Arbitral y el Pronunciamiento de la Parte Convocada**

##### **1.1. Hechos**

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos:

##### **A- HECHOS RELATIVOS A LA ETAPA PRECONTRACTUAL**

“1. La entidad demandante ha sido prestadora de salud al servicio del Magisterio de Colombia, durante varios años y ha participado en diversas convocatorias y licitaciones públicas realizadas para el efecto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resultado de esto son los contratos de servicios médicos asistenciales suscritos para este fin.”

“2. En el año 2005, se llevo a cabo la INVITACIÓN PUBLICA N° 143 por parte de FIDUPREVISORA S.A., cuyo objeto era el de contratar la prestación de los servicios médicos asistenciales a la población del magisterio agrupados por regiones en todo el país.”

“3. Con el fin de participar en la invitación pública N° 143/2005, la entidad demandante preparo y elaboro la propuesta para presentar en el proceso licitatorio.”

“4. La firma NEW CONCEPT BUSSINES, presuntamente experta en el tema de ESTUDIOS, MANEJO, PREPARACIÓN DE PROPUESTAS Y LA RESPECTIVA SUSTENTACIÓN

presentó a la demandante, una propuesta de suministro de servicios de asesorías y consultoría especializadas que fueren necesarias, para conseguir la adjudicación y firma de los contratos.”

“5. La FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., suscribió contrato de prestación de servicios profesionales de asesoría, auditoria y consultoría con NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.”

“6. El contrato referido en el numeral 5 de los hechos se suscribió por sus representantes legales en Bogotá a los once (11) días del mes de febrero de 2005.”

“7. El objeto del contrato como consta en el documento suscrito entre las partes obliga a NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A. a prestar una ASESORIA y CONSULTORÍA, a mi representada, para los contratos a celebrar entre la FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. y LA FIDUACIARIA LA PREVISORA S.A., específicamente para la invitación pública 143 del 2005, para la prestación de los servicios de salud para afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y sus beneficiarios determinados en el grupo Uno (1) que comprende los Departamentos de Arauca, Cesar, Norte de Santander y Santander.”

“8. En la Cláusula Tercera del contrato se pactaron como obligaciones del contratista las siguientes: a) Obrar con diligencia en los asuntos a el encomendados, custodiar con la debida diligencia los documentos a el entregados b) Mantener informado al contratante sobre el estado de la consultoría respecto de los contratos a el encomendados c) Asesorar permanentemente a la entidad contratante en la gestión encomendada d) Atender y resolver las consultas que se le efectúen sobre las gestiones entregadas e) Informar inmediatamente al contratante sobre cualquier incidencia, acontecimiento o situación que pueda afectar los derechos de este último.”

“9. La sociedad NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., no tenía capacidad legal para celebrar el

contrato objeto de demanda, por no expresarlo así, el objeto social fijado por estatutos.”

“10. EL 4 de mayo de 2005 la sociedad NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., elevó a escritura pública 963 de la Notaria 32 del Circulo de Bogotá, una reforma estatutaria que amplió el objeto social, entre otras disposiciones.”

“11. Dentro de las ampliaciones del objeto social se incluyó la siguiente “ampliación”: “Consultaría y asesoría entidades para la elaboración y representación de propuestas en los procesos de licitación de entidades públicas y privadas en todos los sectores de la economía nacional” (Copiado textualmente)”

“12. La empresa NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A. no cumplió con el objeto del contrato, ni con ninguna de las obligaciones que adquirió, pues no prestó la ASESORIA y CONSULTORIA contratada.”

“13. La sociedad NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., no tenía la experiencia en la preparación de ofertas de este tipo tan especializado, como son los servicios médicos del régimen especial del magisterio.”

“14. El día 10 de Mayo de 2005 aun no se había adjudicado el contrato para la zona uno (I) referido en la cláusula primera del contrato, por parte de la Fiduciaria la Previsora S.A. a mi representada.”

“15. Dado el incumplimiento en la asesoría y consultoría contratada, mi representada tuvo que elaborar, contratar asesorías, reunir un grupo de personal, en suma realizar internamente el proceso de auditorías para la elaboración, presentación y efectiva adjudicación de la invitación pública 143 de 2005.”

“16. La gestión de mi representado le llevo incluso a contratar por su cuenta los servicios de abogados para la representación dentro de las audiencias del proceso licitatorio.



“17. Los gastos en los que incurrió mi representada en la elaboración, conformación organizacional, elaboración de proceso y en general, la consolidación de la licitación 143 de 2005 equivalen a CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS DIECISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE \$53.716.799.”

“18. Por el trabajo exclusivo de mi representada y sin asesorías externas en las gestiones necesarias para participar en la licitación 143 de 2005, mi representada ganó el derecho a que se le adjudicara la invitación pública.”

“19. El 24 de Agosto de 2005, la fiduciaria La Previsora S.A., contrató efectivamente la prestación de los servicios medico asistenciales a los docentes activos, y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a sus beneficiarios, zonificados en la región 4 que incluye los departamentos de Antioquia, Choco y Córdoba.”

“20. El incumplimiento en las obligaciones contractuales por parte de la entidad demandada le da derecho a mi representada a solicitar la resolución del contrato y el cobro de la cláusula penal pactada más los perjuicios causados.”

## **1.2. Pretensiones**

Con apoyo en su relato de los hechos y la normatividad invocada en su escrito de demanda, la parte Convocante solicita al Tribunal que decrete lo siguiente:

### **“I. PRETENSIONES**

“Solicito se realicen las siguientes declaraciones y condenas que a continuación se enumeran:

**“1. PETICIÓN PRINCIPAL.** Que se declare que NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., incumplió el contrato suscrito con la FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., suscrito por sus respectivos representantes legales en Bogotá a los once (11) días del mes de febrero de 2005 y que se aporta con la demanda.”

**“1.1. PETICIÓN SUBSIDIARIA.** A la petición 1. Solicito que se declare la nulidad del contrato DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ASESORIA, ENTRE LA FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. Y NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S. A, suscrito por sus representantes legales en Bogotá a los once (11) días del mes de febrero de 2005.”

“2. Que como consecuencia de la anterior declaración (pretensión principal 1) solicito se declare la resolución del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ASESORIA, ENTRE LA FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. Y NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., suscrito por sus representantes legales en Bogotá a los once (11) días del mes de febrero de 2005 y que se aporta con la demanda.”

“3. Que como consecuencia del incumplimiento del contrato se ordene ala parte demandada, el pago de la cláusula penal a favor de mi representada por valor de TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$376.763.160,2) conforme a la cláusula Novena del Contrato suscrito entre las partes.”

“4. Solicito al árbitro que se condene ala parte demandada a reintegrar el valor del dinero invertido por concepto de gastos del Arbitramento, conforme a lo pactado en la cláusula Décima del Contrato.”

“5. Solicito que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.”

“7. Las demás declaraciones y pagos que resulten de los hechos y pretensiones de la presente demanda.”

### **1.3. Contestación de la demanda y formulación de excepciones por parte de la sociedad Convocada**

Frente a las pretensiones, la parte Convocada se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. Validez del contrato y sus cláusulas.
2. La convocada cumplió el contrato. Inexistencia del incumplimiento invocado.
3. Excepción de pleito pendiente.
4. Excepción Genérica.

## **2. La Demanda de Reconvención y el Pronunciamiento de la Parte Convocante**

### **2.1. Hechos**

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocada en la demanda de reconvención, están fundamentadas en los siguientes hechos:

“1.2.1. LA FUNDACION MEDICO PREVENTIVA y la firma NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION, celebraron contrato de prestación de servicios profesionales el 11 de Febrero de 2005, exactamente en los términos del documento aportado por la convocante.”

“1.2.2. NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION, se comprometió tal como reza el contrato, a asesorar a la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA, en la formulación de la propuesta, ante la PREVISORA S.A en relación con la invitación 143 de 2005.”

“1.2.3. El contrato referido en el hecho anterior se desarrollo en tanto NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION, luego de suscrito el contrato, asesoró de manera activa y permanente a la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA.”

“1.2.4. Esta asesoría consistió en la revisión de los documentos finales que la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA, antes de que estos fueran presentados a la licitación para su calificación.”

“1.2.5. La asesoría se realizó mediante la resolución de consultas verbales, en diversas reuniones que se llevaron a cabo en las oficinas de NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION, de la Transversal 21 No 96 – 42 de Bogotá, reuniones que se iniciaron a partir de la firma del contrato y que se intensificaron a partir del informe de evaluación de propuestas preliminar de las regiones 4 y 1, en los meses de abril y mayo de 2005, a dichas reuniones asistían regularmente, por parte de la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA, la doctora HORTENSIA ARENAS, la señora MARTHA AVILA, y el Doctor CARLOS PEDRAZA quien era en ese entonces abogado de la FUNDACION, y en algunas el doctor ANTONIO JALLER, de otro lado, por parte de NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION, se hacían presentes el doctor LUIS ALFONSO MUÑOZ y ALBERTO ROMERO accionistas de NEW CONCEPT para la época de los hechos, así como el doctor

HUGO BUITRAGO Asesor contratado para apoyar este proceso.”

“1.2.6. Adicionalmente, de manera externa los doctores PEDRO ALEXANDER RODRIGUEZ, abogado y OSWALDO DOMINGUEZ, economista, experto en licitaciones públicas, prestaban a NEW CONCEPT la asesoría profesional especializada en el tema del contrato, no de manera individual, sino con sus respectivos equipos de trabajo.”

“1.2.7. En las diferentes reuniones se discutían los términos de la invitación, se intercambiaban documentos y en los dos últimos meses el análisis evaluación y respuesta al informe preliminar de evaluación de las propuestas de las regionales I y IV.”

“1.2.8. Adicionalmente vía Internet, se intercambiaron documentos, que específicamente tuvieron que ver con la respuesta a la FIDUPREVISORA del informe preliminar de evaluación de las propuestas de las regionales I Y IV presentadas por la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA, aquí el servicio consistió en el estudio y elaboración de la respuesta a la FIDUPREVISORA, con apoyo en el conocimiento jurídico de los especialistas que formaban parte del equipo de NEW CONCEPT, hecho que fue determinante para que finalmente la FIDUPREVISORA, adjudicara la invitación y posteriormente firmara el contrato con la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA.

“Estos correos son de las siguientes fechas:

- 26 de Abril de 2005 de New Concept a fundación médica (A Martha Avila y Carlos Pedraza).
- 28 de Abril de 2005 de New Concept a fundación médica (Carlos Pedraza).
- 26 de Abril de 2005 de Carlos Pedraza a New Concept.”

“1.2.9. Finalmente luego de la adjudicación de la invitación 143 de 2005, el día 24 de Agosto de 2005, entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y LA FUNDACION MEDICO PREVENTIVA, se suscribió el

contrato 1122 -52-2005 (documento que ha aportado la convocante), cumpliéndose así la condición que habían pactado las partes en este arbitramento para que el contratista NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION tuviera derecho a sus honorarios.”

“1.2.10. Con fundamento en la suma declarada en el anterior contrato, es que aquí se calculan los honorarios debidos y la cláusula penal pactada.”

“1.2.11. No obstante que NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION, cumplió con sus obligaciones de asesoría, y que adicionalmente se verificó la condición del contrato, la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA, de manera unilateral dio por terminado el contrato, mediante carta de 10 de Agosto de 2005 (anexos presentados por la convocante folios 37 y 38), negándose arbitrariamente a cancelar cualquier suma a NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION.”

“1.2.12. Actualmente ante el JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA con radicado 2006- 0571 existe proceso EJECUTIVO, donde es demandante NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION y demandada la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., proceso donde es título ejecutivo el contrato base del presente trámite arbitral. En dicho proceso se profirió mandamiento de pago, mandamiento que fue recurrido por la FUNDACION, y que se encuentra al despacho desde el 13 de Agosto de 2007, para resolver el recurso. Manifiesto este hecho puesto que es fundamental que en este arbitramento se tenga noticia de ese juicio puesto que su resultado habrá de influir necesariamente sobre las decisiones sometidas al conocimiento del árbitro tanto en esta demanda como en la principal, puesto que, lo reitero, las sumas que allí se pretenden cobrar ejecutivamente, tienen su origen y causa en el mismo contrato cuyo cumplimiento se debate en este tribunal y las pretensiones ejecutivas son sobre las mismas cifras sobre las que versan las condenas que aquí se solicitan. Mas adelante y dependiendo de la forma en que el tribunal asuma este hecho, formularé al tribunal formalmente la solicitud de prejudicialidad una vez se

tenga noticia exacta del contenido de las pretensiones, y excepciones de mérito de dicho proceso, el cual no adelanto como apoderado.”

## 2.2. Pretensiones

En su escrito de demanda de reconvención, la parte Convocada solicita al Tribunal que decrete lo siguiente:

### “1.1. PRETENSIONES:

“**Primera:** Declarar que la **FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.**, incumplió injustificadamente el contrato de prestación de servicios profesionales de asesoría suscrito el 11 de Febrero de 2005 suscrito con **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**”

“**Segunda:** Condenar a la **FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** a pagar a **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**, la suma de **MIL DOSCIENTOS TREINTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO PESOS (\$ 1.230´259.188)**, por concepto de valor de los servicios prestados y no pagados. El anterior valor deberá pagarse dentro del término que al efecto se determine en el Laudo”

“**Tercera:** Condenar a la **FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** a pagar a **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**, la suma de **CIENTO VEINTITRES MILLONES VEITICINCO MIL NOVECIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS (\$ 123´025.918.00)**, por concepto de Cláusula penal. El anterior valor deberá pagarse dentro del término que al efecto se determine en el Laudo”

**“Cuarta:** Condenar a la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. a pagar a NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION, los intereses máximos moratorios causados sobre las sumas de las pretensiones SEGUNDA Y TERCERA, intereses que se habrán de calcular desde el 5 de Septiembre 2005, hasta la fecha en que efectivamente se verifique el pago. El anterior valor deberá pagarse dentro del término que al efecto se determine en el Laudo”

**“Quinta:** Condenar a la empresa FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. al pago de las costas, agencias en derecho y gastos que se causen en el presente litigio. “

### **2.3. Contestación de la demanda de reconvención y formulación de excepciones por parte de la sociedad Convocante y Convocada en reconvención**

En cuanto a las pretensiones, la parte convocante y convocada en reconvención se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos y rechazó los restantes.

De otra parte, formuló las siguientes excepciones de fondo:

1. Excepción de contratante cumplido.
2. Nulidad relativa del contrato.
3. Excepción genérica.



## **CAPITULO TERCERO**

### **PRESUPUESTOS PROCESALES**

Síguese del recuento efectuado en los apartes precedentes que la relación procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del C. de P.C., motivos que permiten decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocante y convocada.

## **CAPITULO CUARTO**

### **CONSIDERACIONES**

**1. El Contrato de Servicios Profesionales de Asesoría suscrito entre la Fundación Medico Preventiva para el Bienestar Social S.A. y New Concept Bussiness and Administration S.A.**

El eje central de la controversia surgida entre las partes y llevada a jurisdicción arbitral, es el contrato de servicios profesionales suscrito entre las partes y en virtud de tal delegación el Tribunal debe entrar, en primerísimo lugar, a analizarlo e interpretarlo judicialmente, no

solamente por ser el punto de partida de la contención contractual, sino porque son los propios apoderados quienes así lo solicitan y reclaman, como se lee en sus escritos de alegaciones de conclusión, pues vieron la apremiante necesidad de una aclaración vía arbitral que ponga fin a las diversas concepciones ideológicas que condujeron a conductas contractuales que dieron origen al conflicto de intereses.

Quiere este Tribunal, por tanto, dejar expuesto el marco conceptual de las reglas que pactaron en su momento los hoy contradictores, como punto de partida para resolver las materias objeto de disparidad contractual. Y ello servirá para resolver tanto lo pretendido por la parte convocante, como para dirimir lo planteado por la convocada, a su vez actora en reconvención. Y ello se hará partiendo de la perspectiva privilegiada y decantada que tiene el juzgador después de recibir y captar la evidencia de la conducta de las partes y el universo probatorio recaudado a lo largo del proceso arbitral y obrante en el expediente. Cuando un juez interpreta un contrato, debe esencialmente dedicarse a investigar lo que han querido las partes. *“La interpretación del contrato, por principio, es una interpretación de la voluntad común de las partes, es decir, que es conveniente determinar lo que ellas han querido conjuntamente y no solo lo que hubiera querido una sola de ellas y la otra no hubiere aceptado”*, advierte el tratadista francés Christian Larroumet en su obra *“Teoría General del Contrato”*, (Volumen II, Editorial Temis, 1.999, página 133), quien remata diciendo que se deben tener en cuenta, no sólo la

voluntad, sino también los elementos objetivos y subjetivos ya que si ésta se ha manifestado de manera defectuosa, los jueces colocarán la voluntad de las partes dentro del contexto que se manifestó inicialmente, para que pueda tener sentido, ya que “ *una parte pretenderá que tiene determinada significación y la otra parte sostendrá que tiene otra diferente*”(ibid).

Además de lo anterior -que es la información y la ilustración que la contienda enseña- la interpretación por vía judicial cuenta con el apoyo y la aplicación de los mecanismos que para el efecto tiene dispuestos la ley para interpretar los contratos, como que la intención de los contratantes cuando es clara, prima sobre lo pactado; que debe darse a las cláusulas el sentido que mejor produzcan efecto, que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas con otras, pautas éstas consagradas en el Código Civil de rancia estirpe francesa.

La labor de aplicar justicia se encuentra socorrida con los criterios auxiliares que vienen aplicándose cada vez con más rigorismo científico -sobre las fuentes del derecho y las obligaciones- que además de la ley y la jurisprudencia, provienen de la costumbre, la equidad natural ya reconocida en el artículo 871 de Código de Comercio, hoy elevada a principio constitucional, junto con los Principios Generales de Derecho. (C.N. art. 230)

En este orden de ideas, la ley contractual de las partes está contenida dentro de la siguiente estructura:

El documento fechado el día 11 de febrero de 2.005, fue celebrado entre la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. y NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., como partes contratante y contratista, respectivamente. Se trata de dos sociedades comerciales, del tipo de las anónimas, debidamente inscritas en el registro mercantil, lo que le da toda la característica de contrato comercial celebrado entre comerciantes, así el objeto de la asesoría profesional se considere de naturaleza civil, con todas sus consecuencias de la aplicación de la normatividad mercantil, junto con la civil como principio general de derecho privado.

En tratándose del objeto, éste versa sobre la consultoría, la asesoría y la auditoría que proporcionará el contratista a favor del contratante en los contratos que éste llegue a celebrar con La Fiduciaria La Previsora S.A., para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios determinados, en la Región 1, que comprende los Departamentos de Arauca, Cesar, Norte de Santander y Santander. Esta obligación del contratista se circunscribe, en una primera fase, a la asesoría y consultoría de las propuestas que presentara el contratante para la invitación pública 143, lo que resulta aclaratorio de

la redacción contractual con la cual se pretende encasillar la actividad del contratista solo y “*específicamente para la invitación pública No.143 de 2.005*”. Y en su segunda fase a la asesoría y auditoría relacionada con la ejecución misma de los contratos encomendados.

Esta interpretación adquiere más certeza al acudir a lo señalado por la cláusula tercera contentiva de las obligaciones del contratista. En efecto, la prestación de mantener informado al contratista sobre el estado de la consultoría de los contratos que se le encomienden, así como la asesoría permanente, atender, resolver consultas e informar sobre asuntos que considere de importancia para el contratante, el llamado “acompañamiento”, conlleva una serie de actividades, labores o funciones, además de la de asesorar en la elaboración de la propuesta a la Invitación Pública 143, que no significa elaborarla. Y también demuestra que lo pretendido era la continuidad de los servicios del asesor, mas allá de la fecha de adjudicación de la propuesta, como auditor a la vez que consultor y asesor, en una segunda etapa contractual, lo que queda aún más en evidencia cuando en la cláusula octava, el término de duración del contrato se estipula igual a aquel que se llegue a celebrar con La Fiduciaria La Previsora S.A., incluyendo sus prórrogas. No de otra manera se entendería – conmutativa y equitativamente – que el contratista recibiera remuneración por su gestión durante toda la vigencia del contrato que se le adjudicara al contratante, tomando como base de

liquidación un porcentaje del total pagado a éste por la fiduciaria, o sea, del valor del contrato.

Y la interpretación así expresada deja sin fundamento contractual que la obligación del contratista era de resultado, pues la elaboración de la propuesta nunca se le encomendó. New Concept Bussiness and Administration S.A., quien como contratista en primera instancia solo asesora, absuelve consultas y acompaña la presentación de la propuesta, no es ni puede ser responsable de un resultado, pues sugiere, aconseja tomar medidas y emite opiniones. El profesor Guillermo Ospina Fernández en su conocida obra “Régimen General de Obligaciones”, Editorial Temis, 1976, página 159, trae un concepto de sobra decantado por la jurisprudencia, cuando recuerda que para la doctrina *“son de resultado aquellas en que el fin perseguido por el acreedor (El contratante) no se reduce a que el deudor (contratista) tome una serie de medidas para alcanzar dicho fin, sino en que éste realmente se logre.”* (Pág.159)

Lo verdaderamente pactado, el efecto que se acordó, es un condicionamiento puesto que lo que se desprende no es nada diferente a una condición resolutive del contrato, es decir su continuidad dependiente del resultado de un hecho, salir victoriosos en la invitación de la invitación pública a contratar con la fiduciaria. Como corolario de lo afirmado se tiene que las partes indicaron que en caso de no cumplirse la condición, la terminación del contrato no

implicaba responsabilidad alguna para ellas, lo que no sería aceptable si la obligación fuera de resultado.

Lo anterior no contradice que las partes libremente condicionaran su remuneración a la adjudicación del contrato con la fiduciaria, para que con los recursos así obtenidos se le pagaran los honorarios al contratista.

El Tribunal encuentra de importancia revisar las obligaciones del contratante. Estas son casi obvias, pues emanan de la naturaleza del contrato, se entienden pertenecerle, como la de cancelar los honorarios al contratista, en la forma y bajo las condiciones pactadas, y la de suministrarle a éste la documentación e información suficiente para la asesoría y consultoría.

Puede afirmarse judicialmente que el contrato, por su naturaleza, es más útil al contratante, con las consecuencias que plantea el artículo 1604 del Código Civil.

La subcontratación y la cesión del contrato, cláusula 7ª, no son permitidas al contratista, salvo autorización escrita del contratante, lo que indica *un intuito personae* como causa o motivo del contrato de asesoría.

La terminación del contrato y sus causales son claras y por tanto no requieren interpretación vía judicial. La liquidación del contrato deja abierta la posibilidad de que ésta se haga al final o de forma parcial o anticipada, ya que el contrato es de medios y su ejecución, de tracto sucesivo.

## **2. La demanda principal**

### **2.1. Lo que se demanda**

La pretensión primera de la demanda principal aspira a la declaración judicial del incumplimiento contractual del contratista la sociedad New Concept Bussiness and Administration S.A. Se la señala en la demanda de convocatoria como parte incumplida, en los términos de la culpa contractual.

Jurídicamente se tienen dos aspectos que el Tribunal observa y analiza. El primero de ellos, relacionado con el tipo de convención que está orientada en beneficio de la Fundación Medico Preventiva Para el Bienestar Social S.A., lo que marca una pauta interpretativa al juzgador. Y el segundo, que el contratista es, a su vez, demandante en reconvencción, lo que le previene al aplicar justicia para no remitirse, hacer referencia, ni mucho menos comparaciones entre las dos demandas, cuando está en el análisis judicial de una de ellas.



Lo anterior no es asunto de técnica forense ni judicial. Las diferentes demandas deben considerarse por separado, así como sus oposiciones, pues de lo contrario no se juzgaría lo pretendido frente a lo defendido, sino lo demandado frente a lo contra demandado, lo que no les es permitido al juez so pena de incurrir en una indebida aplicación de justicia, con las consecuencias que ello deriva para el operador. Sobre un mismo aspecto contractual y sus conductas tienen diferencias las partes, actuando en el proceso arbitral como actoras y contradictoras ente sí, lo que obliga al Tribunal a tomar puntos de partida necesarios para el juicio arbitral.

Y es en tal línea de conducta deductiva generada por los dos aspectos antes mencionados, que se procederá al análisis judicial de la conducta contractual ejercida por la contratante, en este caso la parte actora en convocatoria arbitral.

Recuerda el Tribunal en este punto, que su análisis recae sobre las conductas de las partes en esta primera etapa del contrato de servicios profesionales entre ellas celebrado, es decir, hasta la adjudicación de la propuesta donde prima la asesoría y consultoría.

El inicio de esta consideración judicial es precisamente la argumentación que una de las partes expresó en su escrito de alegaciones finales en donde solicita al Tribunal determinar, principalmente, *“cuáles son las conductas prácticas que les hubiesen*

*permitido a las partes darle cabal cumplimiento a las obligaciones que contrajeron*”. Considera el libelista que la forma de concluir o deducir las conductas que se requerían, es clave para darle alcance a lo pactado, aunque en este punto el Tribunal Arbitral advierte que lo convenido no tenía el mismo sentido para las partes.

Pero ese es el razonamiento lógico aplicable al caso de autos. Si la prestación era en beneficio del acreedor, en este caso la contratante, qué actitud contractual debía asumir ésta para recibir el servicio que contrató? No otra diferente a la de facilitar la labor encomendada y suministrar la documentación necesaria para la asesoría, así como la de formular y solicitar opiniones y conceptos a título de consultoría.

La libertad, la discrecionalidad de acudir en consulta o en asesoría se pierde cuando se contrata este servicio con un especialista en la materia? Este obliga, o simplemente, lo que tiene el contratante es una opción, una puerta abierta para solicitar el servicio del profesional y una disponibilidad de éste para atenderlo, cuando se requiera y necesite, con unos honorarios previamente pactados?

Los cuestionamientos anteriores conducen *ratione materiae*, a decir que quien desea que se le brinde asesoría y consultoría debe acudir y solicitarla con quien la acordó, lo que no significa que tenga que estar fatalmente ligado al servicio.

Si partimos de la definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, asesoría es la actividad de dar consejo y consultoría la de emitir opinión, ello permite a quien lo recibe aceptarlo, acatarlo o rechazarlo. Un consejo para el obrar, una opinión sobre el proceder, puede resultar contradictorio por razones ideológicas, de grupo, religiosas, culturales, de conveniencia y cualesquiera otra de la subjetividad humana y, por qué no decirlo, por diferencias éticas o morales, con las propias del consultante.

Destaca el Tribunal las respuestas de la representante legal de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., cuando señala en su declaración de parte obrante a folio 433 del cuaderno de pruebas No. 1, que tiene más de 18 años de experiencia en hacer presentación de propuestas licitatorias, que tiene un equipo entrenado para ello, y que acudió a la empresa consultora simplemente porque tuvo temor en desempeñarse en una invitación nacional y no regional. Efectivamente, en la inspección judicial llevada a cabo en la ciudad de Valledupar el 23 de abril de 2008 según consta en acta No. 20 (folios 323 a 328 del cuaderno principal No. 1), el Tribunal tuvo la oportunidad de verificar que la sociedad contratante desarrolla, empresarialmente su objeto en temas de salud, que lo ha venido haciendo desde años atrás, y que cuenta con personal calificado y con una estructura establecida para el efecto.

Es más, el propio representante de la sociedad contratista reconoce esta idoneidad de la contratante y adicionalmente en su declaración

de parte, a folios 385 a 395 del cuaderno de pruebas No. 1, manifiesta que en temas del ejercicio de la salud y la medicina su representada no tenía experiencia, aunque contaba con un equipo de profesionales en las áreas administrativas, económicas, financieras y jurídicas, para asesorar cualquier proyecto.

A folio 429 vuelto del cuaderno de pruebas No. 1, se lee en la declaración de parte de la representante legal de la contratante que ante una licitación de esa naturaleza se vio motivada a recibir asesoría. Y en el folio 431 vuelto, expresa que *“ese club donde fuimos, ahí en ese club, cuando no estaba de acuerdo en el proyecto, ya dije que no estaba de acuerdo en la prestación del servicio de ellos”*.

En la declaración de parte de esta persona, allegada como prueba trasladada del proceso arbitral promovido por la misma actora en relación con la adjudicación, a una unión temporal de la que hacía parte la convocante, del contrato relacionado con la Región 4, folios y 108 vuelto y 109, obrante en el cuaderno No. 2 de pruebas, manifiesta que New Concept no tenía equipo, que cuando se dio cuenta que no eran los propios para la asesoría, reunió su equipo para llevar a cabo la labor, y que *“esa fue mi actitud, no lo conté, ellos no lo supieron”*.

Conceptual y jurídicamente la contratante no estaba obligada a tomar una asesoría que no compartía y se observa que después de firmado el contrato decidió, no solicitar los servicios por no estar de acuerdo con el proyecto que se le presentó, – por motivos que no se entran a

cuestionar pues no fueron debatidos – lo que conllevó a que New Concept no pudiera realizar su encargo, desde el inicio. Por eso la acreedora dice no haber recibido asesoría. Y la conducta asumida por la contratante, de no manifestar su inconformidad al contratista, ni suministrarle el material para su labor -- la que realizó con su propio equipo – le resta operatividad y ejecución a lo pactado, pero no es en sí misma una culpa contractual por parte de aquélla.

Carece de sentido argumentar, como lo hace el apoderado de la actora, en defensa de la causa de su procurada, que *“mi cliente siempre se quedó esperando la asesoría y nunca la recibió”*, pues contradice la conducta asumida por ella al no tomar ni solicitar los servicios. Se tiene pleno derecho y se le debe respetar a la contratante, el estar en desacuerdo con la estrategia y la logística propuestas por la contratista para elaborar la propuesta, pero ello no significa que ésta incumpliera el convenio.

Existían otros mecanismos jurídicos para la parte contratante, como solicitar la terminación del contrato por diferencias conceptuales con la contratista, o por motivos de idoneidad y aplicar una liquidación parcial del mismo – conductas que se citan sólo a manera ilustrativa -- pero nunca reclamar incumplimiento de éste. Por tal razón no tiene fundamento manifestar que el contratista incumplió con el servicio ofrecido, pues la contratante carece de legitimidad para accionar judicialmente en procura de tal declaración, ya que el servicio se le ofreció, pero no lo tomó como quedó demostrado, lo que constituye

motivo suficiente para que el Tribunal arbitral rechace tal petición principal, como así habrá de resolverlo.

Esta determinación conduce necesariamente a que declarará igualmente declinada la pretensión tercera principal referente a la exigencia de la cláusula penal a favor de la parte actora, por ser consecuencia de la primera, lo que no amerita mayores consideraciones al respecto por parte del Tribunal de arbitramento.

Entra en consideración entonces la pretensión subsidiaria a la primera, toda vez que ésta última no prosperó, consistente en la declaratoria de nulidad del contrato de prestación de servicios profesionales tantas veces mencionado, celebrado por las partes el 11 de febrero de 2.005. Y procederá el Tribunal a decir que no se aceptará por razones eminentemente jurídicas.

En efecto, la irregularidad que se le señala al contrato no es la capacidad legal para celebrarlo por parte de la contratista, como lo plantea el hecho octavo de la demanda, sino el alcance del objeto social de la persona jurídica, el cual consideran insuficiente para la labor encomendada. Y esto no sería más que incapacidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil, y bajo este supuesto vicio se analizará la pretensión.

Revisando el objeto social inicial de la sociedad contratista, contenido en la escritura pública 3812 otorgada el 18 de diciembre de 2003 en la notaría 33 de Bogotá (folios 279 a 291 del cuaderno de pruebas No.1),

y en el certificado de Cámara de Comercio de Bogotá obrante en el expediente, donde se certifica el objeto, se describe como principal, entre otros, el de prestar “asesoría o ejecución de todo tipo de evento”, sin detallar que éste sea público, privado, ni la clase o naturaleza del mismo, situación ésta que no le corresponde a terceros entrar a interpretar ampliándolo o restringiéndolo, tal vez a su acomodo, ni mucho menos discriminándolo. El Código civil hace presumir siempre la capacidad (art.1503). El hecho de que posteriormente el objeto social fuese ampliado y complementado, no le resta eficacia al inicial. Simplemente se precisó.

Y el contrato fue celebrado entre comerciantes profesionales, con experiencia demostrada y confesada, a quienes no se les puede exigir conducta diferente a la de tomar precauciones para celebrar contratos -- que como este repercutirían en servicios cuyo monto asciende a más de \$47 mil millones de pesos (folio 16 del cuaderno de pruebas no.1)-, para después alegar torpeza como lo manifestó la representante legal de la sociedad contratante, según sus expresiones de arrepentimiento y culpa por no investigar con quienes iba a contratar, contenidas en su declaración tantas veces mencionada y reclamar la rescisión del contrato.

Fuera de las anteriores consideraciones, de por sí suficientes, no puede el Tribunal dejar de mencionar el ancestral principio general de derecho *nemo auditur quid propiam turpitudinem allegans* que

significa, nada más ni nada menos, que no se escuchará a quien alegue su propia torpeza.

La pretensión segunda es consecuencia de la primera, pero debe considerarse aquella aunque no hubiera prosperado ésta y consiste en la resolución de contrato por incumplimiento.

En este punto el Tribunal quiere ser muy preciso para evitar equívocos interpretativos del laudo arbitral. El juez está facultado para decretar la terminación, si así se le pide, como consecuencia del incumplimiento, lo que permiten los artículos 1546 del Código civil y 870 del de Comercio. Pero en este caso se está ante una petición de incumplimiento que el Tribunal no decretará y conviene analizar si tiene eficacia la resolución del contrato. A esta altura del proceso arbitral, con la recopilación de todo el elemento probatorio y determinadas ciertas decisiones a decretar, lo procedente es interpretar la pretensión.

En este aspecto el Tribunal arbitral se apoya en la doctrina y al efecto acude al tratadista francés Christian Larroumet, arriba citado, en su obra ya comentada, páginas 143 y siguientes.

Empieza por comentar el tratadista en este tema, que la resolución de un contrato es la extinción de éste a causa de la inejecución de las



obligaciones por parte de uno de los contratantes, lo que induce a indagar si ella es debida a la culpa o no del deudor de la prestación.

*“En efecto, la resolución, cuando la pronuncia el juez, debe fundarse en el hecho de que el acreedor ya no podrá obtener su cumplimiento. Ella comprueba una situación en la cual parece que el contrato no ha cumplido su finalidad. En tales circunstancias, de nada sirve mantener el contrato.*

*“Si a causa de una inejecución definitiva se rompe esta interdependencia -la de las obligaciones de una parte frente a las de la otra-, el contrato se debe acabar. La obligación de una de las partes se ejecutará sin causa, si la del otro no se ejecuta y no debe serlo. El poder de apreciación reconocido al juez en cuanto a la gravedad de una inejecución definitiva, se justifica perfectamente por referencia a la causa de la obligación, contrariamente a lo que con frecuencia se pretende. En efecto, si la ejecución todavía es posible o si la inejecución no es grave, la causa de la otra obligación no llega a fallar.”*

Al referirse al incumplimiento del contrato no imputable al deudor, dice:

*“La responsabilidad del deudor para con el acreedor supone que la inejecución o la ejecución defectuosa de la obligación originada por el contrato es imputable al primero. Aun cuando la inejecución cause un perjuicio al acreedor, no es posible pensar en condenar al deudor a la reparación, si su actividad no originó el incumplimiento. De la misma*

*manera, el acreedor de una obligación no cumplida, no puede ni exigir la resolución judicial contra el deudor, ni invocar una causa resolutoria, cuando la inejecución no es imputable al deudor. Las sanciones de la inejecución de una obligación contractual, que son la responsabilidad del deudor y la resolución, no se aplican en caso de imposibilidad de ejecución y más generalmente siempre que la actividad del deudor no es la causa de la inejecución”.*

*“Conviene precisar en qué circunstancias se puede considerar que la inejecución no es imputable al deudor y cuáles son las consecuencias de una inejecución no imputable”.*

En idéntico sentido regula la situación el Código de Comercio (art. 868) al indicar que el juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato, que es a lo que procederá este Tribunal Arbitral, con fundamento en esta norma y no en las propias de la resolución, por las razones que acepta y toma de la doctrina.

Remata el Tribunal diciendo que el propio convocado al contestar la petición de resolución, no se opone a ella, pero advirtiendo que este allanamiento no debe entenderse como una aceptación de responsabilidad para su defendida, lo que hace interpretar la respuesta como el deseo de que se de por terminado el contrato.

### **3. La demanda de reconvención**

Dentro de la oportunidad legal, la parte convocada formuló demanda de reconvención pretendiendo que se declare que la contratante, en forma injustificada incumplió el contrato objeto del presente trámite arbitral y solicitando que se condene a la sociedad convocada en reconvención al pago de una suma de dinero por concepto del valor de los servicios prestados y no pagados. Adicionalmente solicita se condene a la convocante al pago de la cláusula penal prevista en el contrato.

Para analizar las pretensiones formuladas y no obstante que el Tribunal se detuvo ya en el análisis el contrato suscrito por las partes, resulta necesario retomar tal análisis en este capítulo, con miras a determinar cuáles fueron las obligaciones de las partes, de manera tal que se pueda determinar si hubo el incumplimiento que alega la convocada en su demanda de reconvención.

Al tenor de lo previsto por la cláusula tercera, eran obligaciones de la contratista las siguientes:

- a) Obrar con diligencia en los asuntos a él encomendados, custodiando con la debida diligencia los documentos a él entregados.
- b) Mantener informado al contratante sobre el estado de la consultoría respecto de los contratos a él encomendados.

- c) Asesorar permanentemente a la sociedad en la gestión encomendada.
- d) Atender y resolver las consultas que se le efectúen sobre las gestiones entregadas.
- e) Informar inmediatamente al contratante sobre cualquier incidencia acontecimiento o situación que pueda afectar los derechos de éste último.

De su lado, la cláusula cuarta del contrato determinó como obligaciones en cabeza de la contratante las de i) pagar el precio acordado, ii) entregar al contratista los documentos necesarios para efectuar la asesoría, y iii) suministrar la información que requiera el contratista y que sea necesaria para efectuar la consultoría, asesoría y auditoría.

Ahora bien, dentro de este análisis ha de tenerse también en cuenta que el término de duración del contrato se fijó en un plazo igual al del contrato resultante de la invitación pública 143, que habría de celebrar la sociedad contratante con La Fiduciaria la Previsora S.A., incluyendo las prórrogas que en éste se acordaran.

Para determinar esta vigencia baste revisar el folio 16 del cuaderno de pruebas No.1, en el que se evidencia que el contrato adjudicado a la contratante tenía una duración inicial de dos años contados desde el 1 de septiembre de 2005 y hasta el 31 de agosto de 2007, dejando establecido que se podrían acordar prórrogas. Si bien en el expediente

no obra prueba de las prórrogas, es claro que el contrato objeto de controversia debía durar por lo menos hasta el 31 de agosto de 2007.

De otra parte, no puede dejarse de lado lo pactado en el contrato en materia de remuneración. En efecto, la cláusula tercera establece que **“por la prestación de los servicios profesionales”**, la contratante debía reconocer a la contratista un porcentaje del 2.6 sobre el valor de los honorarios generados en virtud del contrato suscrito con La Fiduciaria La Previsora S.A.

Visto lo anterior y establecido el marco de las obligaciones de las partes en el contrato, pasa el Tribunal, a partir del acervo probatorio, a verificar la forma en que las mismas se ejecutaron. Y en este punto ha de recordar el Tribunal lo dicho en el sentido de que en un contrato de esta naturaleza, quien desea que se le brinde asesoría y consultoría debe acudir y solicitarla con quien la acordó, lo que no significa que tenga que estar fatalmente ligado al servicio.

Como ya se expuso, la contratante no estaba obligada a tomar una asesoría que no compartía y se observa que después de firmado el contrato decidió no solicitar los servicios. En tal virtud podría decirse que la contratante dejó de lado el contrato, y no hizo uso de las opciones que el mismo le ofrecía. Por ello, respecto de las obligaciones que estaban a su cargo, resulta evidente que durante el término de duración del contrato no suministró información necesaria para la consultoría, asesoría y auditoría, por cuanto no solicitó tales

servicios. Tampoco hizo entrega de documentos, por cuanto, al no requerir asesoría, éstos no eran necesarios; y por último no realizó pago alguno.

Esta valoración requiere de la revisión paralela de la conducta asumida por la convocada. En efecto, en virtud del contrato, a su cargo quedaban una serie de obligaciones para cuya ejecución dependía de la solicitud de la contratante, tales como asesorar permanentemente a la sociedad en la gestión encomendada, o atender y resolver las consultas que se le efectuaran sobre las gestiones entregadas, obligaciones que no se ejecutaron por cuanto la convocante no realizó requerimiento alguno.

La parte convocada ha argumentado que dio cumplimiento a las obligaciones previstas en el contrato y en los hechos de la demanda, y si bien parte del reconocimiento de que el contrato se celebró en los términos contenidos en la copia aportada al expediente (folios 2 a 5 del cuaderno de pruebas No.1), -que presupone una prestación de servicios por un término igual al del contrato suscrito con la fiduciaria, es decir por lo menos durante dos años- afirma que *“la asesoría consistió en la revisión de los documentos finales que la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA (sic) antes de que estos fueran presentados a la licitación para su calificación.”* La anterior afirmación implica un reconocimiento de que la asesoría que la parte convocada argumenta haber prestado, no se dio durante todo el plazo del contrato, sino que por el contrario se limitó a algunas actuaciones ejecutadas en forma

previa a la adjudicación de la invitación 143. Este planteamiento, que ha de tomarse como confesión de parte, no puede pasarse por alto como quiera que resulta trascendental para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad contratista.

Ahora bien, respecto de las actividades que según la convocada se llevaron a cabo durante el proceso de selección adelantado por La Fiduciaria, el Tribunal observa que las mismas no permiten concluir que a través de ellas se haya dado cumplimiento a un contrato que tenía una duración inicial de por lo menos dos años, lo cual, se precisa, tampoco lleva a concluir que hubo incumplimiento.

Tales actividades, que la parte convocada, afirma que son ejecución de las obligaciones a su cargo, consistieron en la absolución de consultas verbales, y en el envío de tres correos electrónicos, de fechas 26 y 28 de abril de 2005. Sin embargo no hay prueba de las mencionadas consultas verbales, y si bien la entidad Rincón Grande Country Club (folios 241 a 260 del cuaderno principal No. 1), a través de su representante legal certificó que en su sede se llevaron a cabo algunas reuniones entre personas vinculadas a las sociedades convocante y convocada, no hay en el expediente prueba alguna de que en las mismas se hubiese desarrollado el objeto del contrato de marras.

En cuanto a los correos electrónicos mencionados, es evidente que no obstante su contenido relacionado con el proceso de adjudicación de

la Invitación 143, estos no pueden ser considerados como prueba ejecución de las obligaciones asumidas. El Tribunal no encuentra en ellos certeza acerca de su origen, su envío en la oportunidad que se menciona, ni de su recibo por el destinatario.

De otra parte también existían en el contrato algunas obligaciones que implicaban una conducta activa y autónoma de parte de la convocada, tales como mantener informado al contratante sobre el estado de la consultoría respecto de los contratos a él encomendados, e informar inmediatamente al contratante sobre cualquier incidencia, acontecimiento o situación que pueda afectar los derechos de la contratante, las cuales tampoco se llevaron a cabo.

Visto lo anterior, es claro para el Tribunal que, bien por ausencia de solicitudes de la parte convocante, bien por la no realización de las demás obligaciones, la parte convocada, al igual que la convocante se abstuvo de ejecutar el contrato suscrito entre ellas.

En cuanto al precio, recuerda el Tribunal que éste se pactó como remuneración por “la prestación de servicios profesionales” y en consecuencia, ante la ausencia de servicios prestados, no se genera la obligación de pago prevista en el contrato.

Las anteriores consideraciones llevan al Tribunal a concluir que no hay lugar a declarar la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención, toda vez que no resulta procedente ni ajustado a derecho decretar el incumplimiento de un contrato que no



se ejecutó por las partes, y, en consecuencia tampoco puede haber condenas por concepto de perjuicios derivados de tal inejecución, ni mucho menos exigibilidad de la cláusula penal.

#### **4. Las excepciones formuladas**

Para enervar las pretensiones elevadas tanto en la demanda, como en la demanda de reconvención, las partes formularon excepciones cuyo estudio el Tribunal aborda a continuación.

En efecto, en la contestación de la demanda principal la parte convocada expuso como excepciones las siguientes, a las que el Tribunal pasa a referirse.

- 1. Validez del contrato y sus cláusulas:** Tal como lo manifestó el Tribunal no existió la nulidad relativa invocada por la convocante por cuanto se consideró suficiente el objeto social de la contratista que de todas maneras el negocio fue celebrado entre comerciantes profesionales y conocedores de la responsabilidad asumida, lo cual les impide su propia falta de diligencia en la verificación de las calidades de aquellos con quienes contratan. Por ello la excepción ha de prosperar.
- 2. La convocada cumplió el contrato. Inexistencia del incumplimiento invocado:** En apartes precedentes de este laudo el Tribunal ha dicho que tanto la convocante como la convocada omitieron ejecutar el contrato objeto del presente

trámite arbitral. En tal sentido la anterior excepción no ha de prosperar en la forma como fue propuesta.

3. **Excepción de pleito pendiente:** En audiencia celebrada el 18 de julio de 2008, cuya memoria obra en el acta 24 (folios 28 a 43 del cuaderno principal No. 2) el Tribunal denegó la solicitud formulada por la convocada en tal sentido y por ello en este punto reitera lo dicho en esa oportunidad, de manera tal que la excepción no ha de prosperar.
4. **Excepción Genérica:** Surtido el Trámite Arbitral, no encuentra el Tribunal ningún elemento que pueda dar origen a su decreto.

De su lado la parte convocante, al contestar la demanda de reconvenición formuló las siguientes excepciones, que el Tribunal analiza a continuación:

1. **Excepción de contratante cumplido:** reiteradamente ha dicho el Tribunal que tanto la convocante como la convocada omitieron ejecutar el contrato objeto del presente trámite arbitral. En tal sentido la anterior excepción no ha de prosperar en la forma como fue propuesta.
2. **Nulidad relativa del contrato:** tal como quedó dicho en el pronunciamiento formulado respecto de la demanda principal, el Tribunal no encontró probado vicio alguno del

contrato que pudiera llevar a su rescisión. Por ello la excepción no ha de prosperar.

3. **Excepción genérica:** Surtido el Trámite Arbitral, no encuentra el Tribunal ningún elemento que pueda dar origen a su decreto.

## 5. Costas

Tal como ha quedado expuesto en los capítulos precedentes de este laudo, las pretensiones de la demanda principal, al igual que aquellas contenidas en la demanda de reconvencción no habrán de prosperar. Por lo anterior, encuentra el Tribunal que es viable dar aplicación a la orientación señalada por la H. Corte Suprema de Justicia quien advierte, en sentencia de mayo 8 de 1981, que *"cabe abstenerse de hacer esta condena o de hacerla solo en la forma parcial cuando la demanda no prospere totalmente"*.

Por tal razón y atendidos los fundamentos antes señalados, el Tribunal en su discrecionalidad que basa en la norma transcrita no hará condena en costas y, por ende, cada parte deberá asumir los gastos del proceso que realizaron, así como los honorarios de sus apoderados judiciales.

Ahora bien respecto del monto de gastos y honorarios de Tribunal, fijados en Auto No. 14 del 13 de noviembre de 2007, Acta No.11 (folios 177 a 182 del cuaderno principal No. 1), la parte convocada no realizó pago alguno. A solicitud de la parte convocante, el Tribunal expidió la certificación de que habla el inciso segundo del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, documento cuya copia obra a folios 330 a 332 del cuaderno principal No. 1, con la constancia de su recibo por el apoderado.

Sin embargo la parte convocante ha informado al Tribunal que a la fecha no ha procedido a su cobro ejecutivo, razón por la cual es procedente dar aplicación a lo previsto en el inciso tercero del citado artículo 144, en virtud del cual deberá la parte convocada proceder al reembolso de la suma a su cargo, con los intereses de mora a la tasa más alta autorizada, causados desde el vencimiento del plazo para consignar dicho monto y hasta el momento en que efectivamente cancele las sumas liquidadas a su cargo, como se declarará en la parte resolutive de este Laudo, suma que se indica a continuación:

Monto a cargo de la parte convocada: \$21.713.018

Periodo: Desde el 28 de Noviembre de 2007 hasta el 12 de Septiembre de 2008.

La liquidación de intereses de mora es la siguiente:

Período		No. de días	Interés Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interés acumulado
			No. Resol Superba	Interés corriente Bancario	Tasa Interés moratorio			
Inicio	Final			(1)	(2)			
28/11/2007	31/12/2007	34	1742	21.26%	31.89%	21,713,018	567,127	567,127
01/01/2008	31/03/2008	91	2366	21.83%	32.75%	21,713,018	1,588,836	2,155,963
01/04/2008	30/06/2008	91	474	21.92%	32.88%	21,713,018	1,594,742	3,750,705
01/07/2008	12/09/2008	74	1011	21.51%	32.27%	21,713,018	1,266,552	5,017,257

De acuerdo con lo anterior, las sumas que deberá la parte Convocada reembolsar a la parte Convocante son:

50% del monto de honorarios y gastos  
Señalados mediante Auto No. 14 del 13 de  
Noviembre de 2007:

\$21.713.018

Intereses de mora causados sobre la  
suma anterior desde el 28 de noviembre de  
2007 hasta el 12 de septiembre de 2008

\$ 5.017.257

**TOTAL:**

**\$26.730.275**

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado en proporciones iguales por las partes.

## **CAPITULO QUINTO**

### **DECISION**

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A.** y **NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A.**, administrando justicia por autoridad de la ley y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin,

### **RESUELVE**

**Primero.** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar terminado el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Asesoría, de fecha 11 de febrero de 2005 suscrito entre la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. y NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A., como partes contratante y contratista respectivamente.

**Segundo.** Declarar no probadas las pretensiones contenidas en la demanda principal así como aquellas contenidas en la demanda de reconvención.

**Tercero.** Declarar probada la excepción primera contenida en la contestación de la demanda principal, y denegar, por falta de prueba las restantes, así como todas aquellas contenidas en la contestación de la demanda de reconvencción.

**Cuarto.** Condenar a la sociedad NEW CONCEPT BUSSINESS AND ADMINISTRATION S.A. al pago a favor de la FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. de la suma de VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$26.730.275) correspondiente al reembolso de los gastos y honorarios fijados por el Tribunal con los correspondientes intereses de mora de acuerdo con la liquidación contenida en el capítulo de costas de este laudo. Tales intereses se seguirán causando hasta la fecha de su pago efectivo.

**Quinto.** Procédase por el Árbitro Único del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes la cuenta final de gastos de la partida “Protocolización, registro y otros”, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

**Sexto.** Declarar causado el saldo final de honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria. El Árbitro Único efectuará los pagos correspondientes.

**Séptimo.** Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá. En caso de que el rubro previsto para este fin no sea suficiente, deberán las partes pagar en proporciones iguales la suma que sea necesaria para el efecto.

**Octavo.** Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,**

**ENRIQUE LAVERDE GUTIÉRREZ**  
**Árbitro Único**

**GABRIELA MONROY TORRES**  
**Secretaria**