

## Laudo Arbitral

Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, Corporación Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed S.A. de C.V.

v.

La Nación - Ministerio de Salud (hoy, Ministerio de la Protección Social)

Junio 24 de 2003

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros **Patricia Mier Barros**, Presidente, **Saúl Flórez Enciso**, y **Roberto Valdés Sánchez**, con la Secretaría de **Fernando Pabón Santander**, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, Corporación Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed S.A. de C.V.**, parte convocante (en adelante, la convocante o el contratista) y **La Nación - Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social)**, parte convocada (en adelante, la convocada o el Ministerio), con ocasión del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 (en adelante, el contrato).

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

### Antecedentes

#### Conformación del arbitraje y desarrollo del trámite preliminar

1. En Bogotá, D.C., el 15 de diciembre de 1999, la parte convocante y el ministerio suscribieron el contrato de consultoría N° 386, cuyo objeto era “realizar lo concerniente a la evaluación y ajuste de los procesos y organismos encargados del sistema de garantía de calidad para las instituciones de prestación de servicios”.

2. En la cláusula vigésima primera del citado contrato, que obra a folios 161 y 162 del cuaderno de pruebas 1, se estipuló lo siguiente:

“Resolución de desacuerdos: Las partes acuerdan que en el evento que surjan diferencias entre ellas, por razón o con ocasión del presente contrato, las mismas buscarán mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa, la amigable composición o la conciliación. En tal caso las partes dispondrán de un término de sesenta días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haga una solicitud en tal sentido. Dicho término podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo. En el evento en que no se llegue a una solución de las diferencias, y sin perjuicio de las facultades excepcionales del ministerio, dichas divergencias se someterán a arbitramento, el cual se sujetará a las normas legales pertinentes, teniendo en cuenta las siguientes reglas: 1. El Tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. También podrá sesionar en otro lugar que indique dicho centro. 2. Estará integrado por tres árbitros designados por las partes. Si no hubiese acuerdo serán designados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. 3. El Tribunal decidirá en derecho. 4. La organización del tribunal se sujetará a las reglas internas del citado centro de conciliación y arbitraje”.

3. El 26 de febrero de 2002, con fundamento en la cláusula transcrita, la convocante, mediante apoderada judicial designada para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitramento pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

4. El 7 de marzo de 2002, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria arbitral y corrió traslado del auto admisorio al ministerio, en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

5. El 15 de abril de 2002, el ministerio, mediante apoderado judicial designado para el efecto, presentó escrito de contestación de la demanda.

6. El 22 de abril de 2002, la convocante se pronunció sobre las excepciones propuestas por la parte convocada.

7. Las partes fueron citadas por el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la audiencia de conciliación del 14 de mayo de 2002, la cual fue suspendida. El 5 de julio de 2002, al no existir acuerdo entre ellas, dicho Centro dio por agotada la etapa conciliatoria.

## I. Síntesis de las cuestiones objeto de controversia

### 1. Hechos en que se fundamenta la demanda

Los hechos de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. En Bogotá, D.C., el 15 de diciembre de 1999, la parte convocante y el Ministerio suscribieron el contrato de consultoría N° 386 cuyo objeto era “realizar lo concerniente a la evaluación y ajuste de los procesos y organismos encargados del sistema de garantía de calidad para las instituciones de prestación de servicios”.

1.2. El 22 de diciembre de 1999 se suscribió el contrato modificatorio número 1 por el cual se varió la cláusula décima segunda (propiedad industrial) y se aclararon las cláusulas segunda (valor del contrato), tercera (forma de pago) y décima tercera (imputación presupuestal).

1.3. Agrega la demanda que el 30 de diciembre de 1999 y el 3 de marzo de 2000 el ministerio hizo el primer pago del contrato.

1.4. Desde el inicio de la ejecución del contrato se conformó el grupo líder de apoyo técnico al proyecto (GLAT), ente al que el contratista le rendía un informe mensual de avance del proyecto.

1.5. Señala la demanda que el 10 de febrero de 2000, el interventor del proyecto comunicó al contratista que el GLAT había acordado aprobar el plan de trabajo remitido el 7 de febrero de 2000, siempre y cuando el consorcio aceptara “algunos lineamientos”.

1.6. El 24 de mayo de 2000 el consorcio entregó el informe de avance cuatrimestral correspondiente al período de 24 de diciembre de 1999 a 24 de mayo de 2000.

1.7. Apunta la demanda que el 4 de septiembre de 2000 el ministerio efectuó el pago de trescientos catorce millones noventa y cuatro mil seiscientos cincuenta y seis pesos (\$314.094.656) correspondiente “al segundo desembolso en pesos estipulado en la cláusula segunda literal b) del contrato”, vale decir, la cantidad adeudada en pesos colombianos.

1.8. Agrega la demanda que el 4 de septiembre de 2000, el consorcio entregó al interventor el informe de avance cuatrimestral correspondiente al período de 24 de mayo de 2000 a agosto de 2000.

1.9. Señala la convocante que el 8 de noviembre de 2000, el director general de aseguramiento del ministerio remitió comunicación en la que explicaba las razones por las cuales esa entidad no consideraba que debía cancelarse el IVA sobre pagos hechos en el exterior, en razón del contrato.

1.10. Apunta la demanda que el 12 de diciembre de 2000, por instrucciones del Ministerio remitió por segunda vez la cuenta de cobro en dólares que había sido presentada el 26 de julio de 2000, con algunas modificaciones.

1.11. El 26 de enero de 2001, la Ministra de Salud puso en conocimiento del consorcio el procedimiento que el ministerio había definido para efectuar los pagos realizados mediante giro al exterior.

1.12. Señala la convocante que el 29 de enero de 2001, el consorcio remitió al interventor el informe de avance cuatrimestral correspondiente al período de 24 de septiembre de 2000 a 24 de diciembre de 2000.

1.13. El 9 de febrero de 2001, el ministerio informó al contratista que el 6 y el 8 de febrero se habían efectuado los pagos en dólares correspondientes al primer giro pactado en esa moneda, que se encontraba pendiente de pago.

1.14. Anota la convocante que el 12 de junio de 2001, el ministerio canceló al consorcio la suma de seiscientos

cuarenta y cinco millones trescientos sesenta mil trescientos cuarenta y siete pesos (\$ 645.360.347) correspondiente a la factura de venta número 6322, es decir el segundo desembolso en pesos estipulado en la cláusula segunda literal c) del contrato.

1.15. El 30 de octubre de 2001 el consorcio solicitó a la ministra (e) adoptar las medidas necesarias para efectuar el último pago y tramitar el acta de liquidación correspondiente; reconsiderar la decisión de 7 de mayo de 2001 sobre la causación del IVA sobre el componente en dólares; y reconocer los intereses moratorios causados.

1.16. Anota la convocante que el 2 de enero de 2002 el ministerio pagó parcialmente la factura de venta 6542 correspondiente al cuarto desembolso en pesos. Sin embargo, agrega que de un monto de cuatrocientos sesenta y dos millones novecientos ochenta y cinco mil trescientos ocho pesos (\$ 462.985.308) “únicamente se cancelaron doscientos ochenta y dos millones setenta y nueve mil pesos (\$282.079.003)”.

1.17. Culmina la convocante señalando que para la fecha de presentación de la demanda, la cuenta de cobro correspondiente al último desembolso en dólares permanecía insoluta.

## 2. Las pretensiones de la demanda

La convocante deprecó en su solicitud de convocatoria que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“**PRIMERA.** Que se declare que el contrato de consultoría N° 386 del 22 de diciembre de 1999 es un contrato estatal sometido a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

**SEGUNDA.** Que se declare que el contrato de consultoría N° 386 del 22 de diciembre de 1999 terminó el 23 de junio de 2001, por vencimiento del plazo pactado.

**TERCERA.** Que se declare que entre la fecha de terminación del contrato y la de presentación de la presente demanda transcurrieron siete (7) meses, es decir, más del previsto para la liquidación y el señalado por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

**CUARTA.** Que se declare que los productos contratados por el **ministerio** fueron entregados dentro del plazo de ejecución pactado.

**QUINTA.** Que se declare que el **ministerio** incurrió en incumplimiento del contrato al no impartir **oportunamente** la aprobación de los productos contratados.

**SEXTA.** Que se declare que el **ministerio** incurrió en incumplimiento del contrato, al haber pagado a las convocantes de manera parcial y/o tardía, las sumas a que cada una tenía derecho según las letras **(b)** y **(c)** del contrato modificatorio N° 1, documentadas en facturas y cuentas de cobro que se anexan como pruebas, así como por haber efectuado de manera parcial y tardía los pagos a que tenían derecho las convocantes, según lo pactado en la letra **(d)** del contrato modificatorio N° 1.

**SÉPTIMA.** Que se declare que el **ministerio** no efectuó la liquidación del contrato en los términos pactados en la cláusula vigésima del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 —dentro de los tres meses siguientes contados a partir de la finalización del contrato—, esto es, a más tardar el 23 de septiembre de 2001.

**OCTAVA.** Que se declare que el **ministerio** no efectuó la liquidación del contrato dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para la liquidación en la cláusula vigésima del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999, es decir, dentro del plazo establecido en la letra (d) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

**NOVENA.** Que se declare que a la fecha de presentación de la demanda, el **ministerio** no efectuó labor alguna tendiente a la liquidación de contrato, no obstante haber sido requerido para efectuarla, según consta en la prueba que para el efecto se anexa.

**DÉCIMA.** Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones el Tribunal de Arbitramento efectúe la liquidación del contrato, de conformidad con lo pactado e **incorpore a dicha liquidación**, los valores

que se precisan en la presente pretensión como **obligaciones de pago a cargo del ministerio**:

10.1. Los valores no pagados o indebidamente descontados a que tienen derecho la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria y Canadian Council on Health Services Accreditation, a que se refiere la **sexta pretensión**, teniendo en cuenta que los pagos a Canadian Council on Health Services Accreditation debían efectuarse en el exterior en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y los pagos a la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, en pesos Colombianos.

10.2. Los intereses moratorios que sobre las sumas no pagadas o indebidamente descontadas se hubieren causado entre la fecha en que ha debido efectuarse el pago y hasta aquella en que ocurra su efectiva cancelación, calculados a la tasa pactada en el contrato hasta el vencimiento del plazo previsto para la liquidación, y a partir de esta y hasta que efectivamente se realice, al doble del interés corriente bancario, o a la tasa que el Tribunal determine, teniendo en cuenta que los pagos a Canadian Council on Health Services Accreditation debían efectuarse en el exterior en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y los pagos a la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, en pesos Colombianos.

10.3. Los intereses moratorios que sobre los montos pagados tardíamente se hubieren causado a favor de las convocantes, desde la fecha en que ha debido efectuarse el pago y hasta aquella en que efectivamente se realizó, calculados a la tasa pactada en el contrato, y a partir de la fecha prevista para la liquidación y hasta aquella en que el pago realmente se efectúe, calculados al doble del interés corriente bancario o a la tasa que el Tribunal determine, teniendo en cuenta que los pagos a Canadian Council on Health Services Accreditation debían efectuarse en el exterior en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y los pagos a la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, en pesos Colombianos.

**DÉCIMA PRIMERA.** Que como consecuencia de la liquidación se condene a la convocada a pagar, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la ejecutoria del laudo, o dentro del plazo que el Tribunal señale, los montos a que se refiere la décima pretensión.

**DÉCIMA SEGUNDA.** Que una vez valorada la mala fe con que actuó la convocada en la ejecución del contrato se la condene a pagar costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso”.

El 27 de septiembre marzo de 2002, la apoderada de la parte convocante presentó escrito de reforma de la demanda encaminado a vincular dentro de la parte convocante a la sociedad QUALIMED S.A. de C.V., tercer integrante del consorcio contratista.

En consecuencia, la reforma de las pretensiones se contrae al siguiente texto:

**“DÉCIMA.** Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones el Tribunal de Arbitramento efectúe la liquidación del contrato, de conformidad con lo pactado e **incorpore a dicha liquidación**, los valores que se precisan en la presente pretensión como **obligaciones de pago a cargo del ministerio**:

10.1. Los valores no pagados o indebidamente descontados a que tienen derecho la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria y Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed S.A. de C.V., a que se refiere la **sexta pretensión**, teniendo en cuenta que los pagos a Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed S.A. de C.V. debían efectuarse en el exterior en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y los pagos a la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, en pesos Colombianos.

10.2. Los intereses moratorios que sobre las sumas no pagadas o indebidamente descontadas se hubieren causado entre la fecha en que ha debido efectuarse el pago y hasta aquella en que ocurra su efectiva cancelación, calculados a la tasa pactada en el contrato hasta el vencimiento del plazo previsto para la liquidación, y a partir de esta y hasta que efectivamente se realice, al doble del interés corriente bancario, o a la tasa que el Tribunal determine, teniendo en cuenta que los pagos a Canadian Council on Health Services Accreditation y a Qualimed S.A. de C.V. debían efectuarse en el exterior en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y los pagos a la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, en pesos Colombianos.

10.3. Los intereses moratorios que sobre los montos pagados tardíamente se hubieren causado a favor de las

convocantes, desde la fecha en que ha debido efectuarse el pago y hasta aquella en que efectivamente se realizó, calculados a la tasa pactada en el contrato, y a partir de la fecha prevista para la liquidación y hasta aquella en que el pago realmente se efectúe, calculados al doble del interés corriente bancario o a la tasa que el Tribunal determine, teniendo en cuenta que los pagos a Canadian Council on Health Services Accreditation y a Qualimed S.A de C.V. debían efectuarse en el exterior en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y los pagos a la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, en pesos Colombianos”.

### 3. La contestación de la demanda

El 15 de abril de 2002, el ministerio mediante apoderado judicial designado para el efecto, presentó escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos y negó otros. De igual manera, propuso las que denominó “razones de la defensa” y la excepción de “indebida representación de la parte demandante”.

## III. Desarrollo del trámite arbitral

### 1. Instalación

El 15 de agosto de 2002 tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, el cual fue legalmente constituido. Los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron cancelados dentro del término legal, por la parte convocante.

El 27 de septiembre de 2002 tuvo lugar la primera audiencia de trámite, diligencia en la que, entre otras decisiones, el tribunal asumió competencia mediante auto que se encuentra ejecutoriado.

En la misma audiencia, el Tribunal admitió la reforma de la demanda presentada por la parte convocante con el objeto de vincular como demandante a la sociedad QUALIMED S.A. de C.V. Adicionalmente, ordenó correr traslado de dicha reforma a la parte convocada.

El ministerio, el 4 de octubre de 2002, mediante escrito que obra a folios 120 a 144 del Cuaderno Principal 2, se pronunció sobre la reforma de la demanda, ratificó su oposición a las pretensiones así como las razones de su defensa.

El 1º de noviembre de 2002, tuvo lugar la continuación de la primera audiencia de trámite, diligencia en la que el Tribunal decretó las pruebas del proceso.

### 2. Pruebas

Mediante auto de 1º de noviembre de 2002, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas en su totalidad, salvo la inspección judicial solicitada por la convocante, de cuya práctica la peticionaria de la prueba desistió en escrito que obra a folio 220 del cuaderno principal 2. El Tribunal aceptó dicho desistimiento mediante providencia de 19 de marzo de 2003.

El 15 de noviembre de 2002, el Tribunal recibió las declaraciones testimoniales de María Patricia Gómez de León, Sara Ordóñez Noriega, Margarita María Jaramillo de Botero y Carlos Julio Portocarrero Martínez. En la misma fecha se designó como perito al doctor Jorge Enrique Acevedo Bohórquez, quien tomó posesión del cargo el 19 de noviembre de 2002.

También el 19 de noviembre de 2002, se recibieron los testimonios de José Gabriel Carrasquilla Gutiérrez, Margarita Nelly Carmona de Ruiz, Rafael Fernando Chaves Cardona, Beatriz Cecilia Montes Pabón y Ruth Nancy Londoño de Montoya.

El 3 de diciembre de 2002, se practicaron los testimonios de José María Maya Mejía, Francisco Javier López Agudelo y Luis Fernando Giacometti. En la misma fecha se aceptó el desistimiento de la práctica de los testimonios de Nelsy Paredes, Roberto Esguerra, Beatriz Londoño y Mauricio Calderón Ortiz.

El 5 de diciembre de 2002, se recibieron las declaraciones de Jairo Vieda Quintero, Gustavo Adolfo Rodríguez

Benavides, José Ancizar Jiménez Gutiérrez, Miguel Ángel Franco Torres y Gabriel Francisco Robayo Garrido. En la misma fecha se aceptó el desistimiento del testimonio de Carlos Paredes.

El 10 de febrero de 2003, el Tribunal corrió traslado del dictamen pericial rendido por el experto designado.

El 25 de abril de 2003, el Tribunal declaró cerrado el período probatorio. En la misma oportunidad, el Tribunal fijó como fecha para la audiencia de conciliación y la audiencia de alegaciones finales el 13 de mayo de 2003.

### 3. Audiencia de conciliación y alegatos de conclusión

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el Tribunal, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación el 13 de mayo de 2003, la cual fue declarada fallida. En seguida, se llevaron a cabo las alegaciones finales a cargo de los apoderados de las partes y del representante del Ministerio Público.

Por haberse configurado regularmente la relación procesal, al no encontrarse en el proceso defecto alguno que impidan al Tribunal decidir de mérito y al estar dentro del término establecido por el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, el Tribunal procede a pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada.

## Consideraciones

### I. Cuestiones previas

#### 1. Competencia del Tribunal

La competencia de este Tribunal fue ampliamente analizada en la primera audiencia de trámite, por tratarse de un requisito de viabilidad del proceso, sin el cual se hubiera hecho imposible su acceso y, en consecuencia, la decisión arbitral que hoy define las controversias materia del litigio.

Sin embargo, en este momento procesal de culminación del arbitraje, el Tribunal desea enfatizar en los aspectos que, en principio tuvo en cuenta para asumir competencia.

La cláusula compromisoria se pactó por las partes contractuales con la plena observancia de los requerimientos legales para obtener el efecto de sustraer de la jurisdicción estatal los eventuales conflictos que pudieran presentarse entre ellas “por razón o con ocasión” del contrato que tienen celebrado.

En la debida oportunidad, estudió el Tribunal el contenido y alcances de las pretensiones y las excepciones que las partes formularon en sus escritos de demanda y de contestación respectivamente, y concluyó que ellas corresponden a la materia definida en la cláusula compromisoria, y de la cual deriva la competencia este Tribunal para asumir su conocimiento.

En el presente caso, las partes no propusieron a este Tribunal cuestionamiento alguno sobre la legalidad de actos administrativos o conflictos que impliquen pronunciamiento sobre bienes jurídicos no transigibles que, por lo mismo, resultaren ajenos por voluntad legislativa, a la justicia arbitral. Encuentra entonces el Tribunal que las pretensiones que le han sido propuestas en la demanda buscan su pronunciamiento sobre los efectos patrimoniales que en términos de incumplimiento de un contrato estatal reclama la convocante. En efecto, las pretensiones sometidas por las partes al conocimiento de este Tribunal tipifican hechos constitutivos del pretendido incumplimiento contractual de una de ellas, y de los cuales pretende la convocante derivar efectos patrimoniales, a cuyo reconocimiento consideran tener derecho. Por tanto el Tribunal concluye que los supuestos de las pretensiones de la demanda, son de naturaleza eminentemente transigible y, por lo mismo, no involucran pedimento alguno en relación con temas sobre los cuales la ley inhiba el pronunciamiento arbitral.

Así las cosas, y considerando que las pretensiones y las razones de la defensa de las partes en su demanda y contestación están directamente relacionadas con la ejecución del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1998, que todas ellas son de contenido patrimonial, que versan sobre derechos económicos cuyo reconocimiento se encuentra en discusión por los contratantes quienes fundamentan su petición o rechazo en hechos de ejecución contractual, y que ninguna de las solicitudes de las partes participa de concepto o materia

sustraído por la ley a la jurisdicción arbitral, este Tribunal asumió competencia para conocer de la controversia surgida entre las partes, con ocasión de la ejecución del referido negocio jurídico, competencia que hoy ratifica al proferir el Laudo Arbitral que pondrá fin al proceso.

## 2. Excepción de indebida representación de la parte demandante

En el capítulo de la contestación de la demanda denominado “Excepciones”, la parte convocada invoca en su defensa la que intitula “indebida representación de la parte demandante”, de cuyo análisis se ocupa el Tribunal en los siguientes términos:

Señala la parte convocada que el contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999, fue celebrado entre ella y el consorcio conformado por la Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, El Canadian Council On Health Services Accreditation y Qualimed S.A. Agrega que los miembros de los consorcios y de las uniones temporales responden solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado y que dicha solidaridad “es también predicable cuando el consorcio o la unión temporal deban demandar en un proceso judicial o trámite de arbitramento (...)”.

Si bien la convocada no determina con precisión el alcance ni el objeto del medio exceptivo que se analiza, considera pertinente el Tribunal hacer las siguientes consideraciones con relación a dicha defensa.

En primer término, si el planteamiento de la convocada tenía como propósito enervar la reclamación presentada ante el Tribunal inicialmente por dos de las sociedades que conforman el Consorcio contratista, (Asociación Centro de Gestión Hospitalaria y El Canadian Council On Health Services Accreditation según la solicitud de convocatoria, folio 108 del Cuaderno Principal 1), por el hecho de no adelantarse el trámite por todos los miembros del Consorcio, el Tribunal encuentra, en este estado del proceso, que ese medio exceptivo carece de todo fundamento, por cuanto la parte convocante presentó, dentro de la oportunidad legal, reforma de la demanda con el objeto de “vincular como parte convocante, a la sociedad QUALIMED S.A. de C.V., tercer integrante del consorcio contratante” (fl. 13 del cdno. ppal. 2).

Mediante providencia de 27 de septiembre de 2002 (fl. 11 del cdno. ppal. 2), el Tribunal admitió la reforma de la demanda y ordenó correr traslado a la parte convocada del escrito de reforma de demanda, quien en ejercicio de su derecho de contradicción se pronunció sobre dicha actuación mediante contestación que se incorporó al expediente a folios 120 a 144 del cuaderno principal 2.

Si bien en la contestación a la reforma de la demanda, la parte convocada se opuso de nuevo a las pretensiones de la demanda y reiteró su pronunciamiento sobre los hechos, no reprodujo el capítulo de excepciones y por ende tampoco la que se estudia en este punto. De esa contestación el Tribunal colige, por una parte, que si el fundamento del medio exceptivo radicaba en la ausencia en el trámite de la sociedad Qualimed S.A., dicha excepción perdió su razón de ser al haberse vinculado dicha entidad mediante el escrito de reforma de demanda y naturalmente, mediante la decisión del Tribunal proferida en la audiencia de 1° de noviembre de 2002 que obra a folio 148 del cuaderno principal 2, por la cual se vinculó al proceso como integrante de la parte convocante a la sociedad referida, providencia cuyo contenido fue aceptado por los apoderados de las partes.

En segundo término, al no haberse ratificado por la convocada la excepción de “indebida representación” luego de la vinculación de Qualimed S.A. como integrante de la parte actora, el Tribunal concluye que dicho medio exceptivo, que por disposición del Estatuto Procesal es de índole previa, se encaminaba a obtener esa participación y aun cuando en estricto rigor corresponde con una falta de integración del contradictorio, no constituye una excepción de mérito con capacidad para enervar las pretensiones de la demanda.

Si bien las razones expuestas son suficientes para desestimar la excepción que se estudia, considera el Tribunal conveniente hacer las siguientes precisiones adicionales acerca del fundamento invocado por la parte convocada y que refuerzan la decisión por la cual se desecha la defensa planteada en este punto por la convocada.

Como se tiene establecido en el trámite, el contratista estatal en el contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 es un consorcio constituido e integrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 80 de 1993. En tal virtud, “las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta

y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”.

Sin embargo, y precisamente en virtud de la solidaridad que predica la misma disposición entre los miembros del consorcio, la ley sustancial (C.C., arts. 1568 y 1570) consagra la posibilidad de que existan obligaciones solidarias o in solidum en cuyo caso cualquiera de los acreedores puede exigir el total de la obligación, o a cualquiera de los deudores se le puede cobrar la totalidad de la deuda, sin que sea necesaria en uno u otro caso la presencia de todos aquellos que se encuentran ligados en virtud de la solidaridad.

En suma, para el Tribunal es claro que gracias a la solidaridad que surge por el consorcio, cualquiera de sus miembros se encuentra legitimado para reclamar in integrum los créditos surgidos para el contratista con ocasión del negocio jurídico estatal, y si dicha reclamación se adelanta en sede judicial, el deudor no podrá hacer el pago a cualquiera de los miembros del consorcio (acreedores solidarios) como dispone la regla general, sino que “deberá hacer el pago al demandante”, conforme al artículo 1570 del Código Civil .

Con lo anterior, el Tribunal considera pertinente precisar que en el evento en que alguno de los miembros de un consorcio decida hacer valer ante el juez del contrato sus derechos, no hace falta que lo haga en forma conjunta con todos los demás asociados, quienes en virtud de la solidaridad que consagra la ley en esta materia, mantienen incólumes sus derechos.

De esa manera, la excepción de “indebida representación”, en los términos planteados por la convocada, carece de fundamento por las razones consignadas en este escrito.

## II. Consideraciones del tribunal sobre las pretensiones declarativas

### 1. La controversia

La controversia que ha convocado a las partes a este proceso arbitral surge de la ejecución de un contrato de consultoría, respecto del cual la convocante atribuye a la entidad contratante el incumplimiento de las obligaciones que asumió con su celebración, declaración que impetra de este Tribunal.

Toda vez que, la primera pretensión de la demanda que dio inicio al proceso, busca la declaración judicial de la naturaleza estatal del contrato celebrado entre las partes procesales, debe el Tribunal, en primer término, aprehender el estudio del convenio en cuestión, de sus antecedentes, contenido y alcance de las obligaciones pactadas, con el fin de encontrar su ubicación jurídica, y evacuar la pretensión que en este sentido ha sometido la convocante a su pronunciamiento <sup>(1)</sup> .

De conformidad con la prueba documental que obra en el expediente, es claro que el entendimiento de las partes al concurrir a la celebración del convenio bajo análisis, fue el de celebrar un contrato estatal de consultoría y así expresamente nominaron el convenio que ha dado origen a este proceso arbitral.

Por ello, resulta imperativo para el Tribunal detenerse en el estudio de la realidad contractual a fin de establecer, de una parte, si el contrato N° 386 de 1999, es un contrato estatal y, en tanto tal, sometido al régimen jurídico que gobierna la contratación pública —Ley 80 de 1993— <sup>(2)</sup> y, de otra, si tratándose de un contrato estatal, se ubica en la tipificación que del contrato de consultoría trae el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

### 2. La naturaleza jurídica del contrato de consultoría N° 386 de 1999

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 (num. 1°, lit. b), los ministerios “son entidades estatales”, a los efectos de la aplicación del Estatuto contractual.

La misma ley —art. 32— tipifica como contratos estatales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 2. contrato de consultoría”.

La claridad de la disposición que viene de citarse releva al Tribunal de mayores análisis, para concluir de conformidad con la ley, que el contrato 386 del 22 de diciembre de 1999 es un contrato estatal sometido al régimen



contenido en el estatuto contractual de la administración pública: Ley 80 de 1993, en el que encuentra definición expresa como contrato estatal típico <sup>(3)</sup>, y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive de este laudo. En consecuencia, a este estatuto y a los principios allí consignados, habrá de acudir el Tribunal en la interpretación de las estipulaciones contractuales que servirán de fundamento a las decisiones que adopte en este laudo.

Definido el régimen jurídico del contrato estatal de consultoría N° 386 de 1999, procede el Tribunal a estudiar los antecedentes de la contratación que debieron concretarse en el mencionado documento contractual a fin de establecer los extremos de las obligaciones pactadas por las partes y definir, en ese marco, las pretensiones que le han sido propuestas, en punto al cumplimiento de las partes de sus mutuas obligaciones, de conformidad con los pactos expresos allí consignados, a los compromisos derivados de la naturaleza jurídica del contrato y a aquellos que naturalmente surgen de su objeto.

## 2.1. Las pretensiones de la demanda y las razones de la defensa

La controversia que ha enfrentado a las partes en este proceso tuvo su génesis en la interpretación que cada una de ellas realizó respecto del modo como habrían de cumplirse las obligaciones mutuas, de conformidad con el entendimiento que tuvieron de los términos, condiciones y circunstancias que rodearon la contratación y de los alcances del clausulado contractual en el que debieron concretarse los requerimientos de la entidad en la invitación a contratar, el ofrecimiento del contratista y las negociaciones previas a la celebración del contrato. Estas particulares interpretaciones de las partes, resultaron determinantes en el criterio que cada una se formó frente al contenido obligacional del contrato y al cumplimiento de sus mutuos compromisos contractuales.

En el sentir de la convocante, el ministerio incumplió o cumplió tardíamente con sus obligaciones esenciales de pagar al contratista la remuneración pactada y en esta omisión de la entidad contratante, hace consistir la causa directa del daño cuya reparación pretende en este proceso.

En efecto, en su escrito de convocatoria, la convocante solicita de este Tribunal, declarar el incumplimiento por parte del ministerio del contrato de consultoría N° 386/99 por las siguientes razones específicas:

“Al no impartir **oportunamente** la aprobación de los productos contratados” (pretensión quinta); y

“Al haber pagado a las convocantes de manera parcial y/o tardía, las sumas a que cada una tenía derecho según las letras (b) y (c) del contrato modificatorio N° 1, documentadas en facturas y cuentas de cobro que se anexan como pruebas, así como por haber efectuado de manera parcial y tardía los pagos a que tenían derecho las convocantes, según lo pactado en la letra (d) del contrato modificatorio N° 1” (pretensión sexta).

Del incumplimiento de la entidad contratante, la convocante hace derivar los daños y perjuicios que reclama, y que concreta en la solicitud de condena al ministerio al pago de las sumas dejadas de percibir o percibidas tardíamente por el contratista con los correspondientes intereses moratorios (pretensión décima).

En su alegato de conclusión, la convocante concluye de las pruebas del proceso que reseña, la demostración del incumplimiento de su contratante de sus obligaciones de: (i) pagar integralmente “el precio global pactado”; (ii) pagar dentro del plazo contractual estipulado a este efecto; (iii) pagar el IVA de acuerdo con la ley; y (iv) adicionalmente, la convocante atribuye al Ministerio incumplimiento del contrato de consultoría N° 386/99 “porque sus asesores y el Interventor ignoraron las previsiones contractuales y uno y otro, abusando de su poder, decidieron que existe control fiscal sobre los dineros pagados a un contratista <sup>(4)</sup>”.

Por su parte, el ministerio al oponerse a la prosperidad de las pretensiones formuladas por la convocante, niega en el escrito de contestación de la demanda la existencia de obligación alguna a su cargo de reparar los supuestos perjuicios del contratista. Considera la convocada que “teniendo en cuenta que el contrato es un acuerdo de voluntades del que hacen parte integral los términos de referencia, la propuesta y la negociación económica, no puede el contratista esgrimir objeciones sobre la forma de pago acordada en el contrato”, la que, según su dicho, se cumplió por el Ministerio en los términos pactados, y si algún retraso se registró en esta materia, fue debido a la mora del contratista en el diligenciamiento de los requisitos que el contrato exigía a este efecto.

En cuanto hace a la “pretensión del demandante del reconocimiento del IVA”, afirma la convocada que la misma:

“Resulta totalmente infundada ya que este valor fue reconocido e incorporado en dicha liquidación final como lo demuestra el acápite de conclusión de dicho informe, en el cual se evidencia que el IVA reclamado ya fue reconocido de los recursos disponibles por no ejecución durante el desarrollo del contrato”. Agrega que “la titularidad de este impuesto es del Estado y por tanto no correspondería a ningún detrimento patrimonial del demandante, ya que el tributo se trasladó vía retención y consignación a la DIAN de acuerdo con las disposiciones vigentes”.

En relación con la modalidad del precio pactado en el contrato, la convocada, sin entrar a calificarla, afirma que:

“No obstante que en los elementos constitutivos del contrato a precio global, se señala que la administración paga un precio determinado por una obra determinada y que el contratista asume por su cuenta y riesgo los pagos necesarios, la entidad estatal al momento de elaborar el acta de liquidación del contrato, realiza una operación aritmética donde multiplica la cantidad de obra realizada por el valor, con el fin de determinar si realmente los gastos coinciden con la obra, toda vez que la administración no puede pagar lo que no se gastó”.

Y luego de considerar que si bien los términos de referencia exigieron a los proponentes presentar un valor global del contrato, igualmente le impusieron la obligación de “discriminar los costos de los ítems más representativos”.

Finalmente, concluye en su escrito la convocada que:

“No obstante haberse señalado en los términos de referencia y en el contrato mismo que el precio de un contrato era global, al exigirse al contratista y este haber aceptado la discriminación de cada uno de los costos que se ocasionan con el desarrollo del contrato, posibilita que la administración solicite que dichos valores sean soportados por los medios idóneos, sin que ello implique ir más allá de lo legalmente permitido”.

En cuanto a la acusación que le hace la convocante de haber ejercido, de manera irregular, control fiscal sobre los dineros del contratista, la convocada manifiesta en su escrito de contestación de la demanda que tal control constituye uno de sus deberes esenciales, y en su apoyo trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre esta materia. De la jurisprudencia que cita, concluye la convocada que:

“Las entidades estatales deben verificar permanentemente que los recursos de los contratos por ella suscritos se inviertan en el objeto contratado, pues de no hacerlo estaría incumpliendo el principio de control que tiene sobre los recursos asignados a ella”.

En su alegato de conclusión la convocada reitera y transcribe los argumentos centrales de su defensa consignados en el escrito de contestación de la demanda. Adicionalmente, reafirma su cumplimiento del contrato y niega que este supuesto haya sido desvirtuado en el debate probatorio del proceso; por el contrario, considera que de “las pruebas aportadas al expediente, no hay razón legal alguna para determinar el incumplimiento del contrato por parte del ministerio”.

Por último, afirma que respecto del cumplimiento contractual del ministerio,

“no se cumplió con la prueba solicitada y decretada que consistía en oficiar a la representante legal del Consorcio Centro de Gestión Hospitalaria – Canadian Council on Health Services Accreditation – Qualimed para que remita copia auténtica de los documentos que sirven de soporte para efectuar los diferentes cobros que respaldan cada una de las operaciones económicas ejecutadas en desarrollo del contrato de consultoría número 386-99 celebrado con el Ministerio de Salud (contratos, facturas, declaraciones tributarias, impuestos retención en la fuente e impuesto al valor agregado, aportes de seguridad social y parafiscales, pagos de nómina, pago de pasajes, viáticos, compra de equipos, etc.), documentos que se solicitaron para demostrar que lo no pagado por el Ministerio de Salud, efectivamente correspondía a valores no ejecutados en el desarrollo del mismo y que, por lo tanto, no había obligación de cancelar, dada la modalidad del contrato y de que además, no se demostró que los incumplimientos en los pagos hubieran obedecido a hechos imputables al Ministerio de Salud, en razón a que tales demoras se hubieran dado en incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula tercera, parágrafo 2, que expresamente determina que “los pagos a que se refiere la presente cláusula, se realizarán una vez la dirección del Tesoro Nacional sitúe los recursos en la tesorería del Ministerio de Salud”.

Para dirimir la controversia que le ha sido planteada, este Tribunal, deberá, en primer término, establecer los alcances del objeto contractual, de conformidad con la naturaleza y tipología del contrato de consultoría N° 0386/99 con el fin de determinar si la ejecución del contrato y los desarrollos que las partes hicieron del mismo atendieron o no al contenido de sus obligaciones mutuas. En este análisis el Tribunal deberá, de manera especial, esclarecer la modalidad del precio pactada, toda vez que de la diversa acepción que de la misma tienen las partes, hacen derivar las consecuencias que esgrimen como fundamentos de las reclamaciones que proponen y de la oposición a su reconocimiento, respectivamente.

A este efecto, el Tribunal estudiará, en primer lugar, los antecedentes directos de la contratación, el ofrecimiento del contratista y su adecuación a la invitación a contratar formulada por el Ministerio para así establecer la adecuación del objeto pactado a los documentos que antecedieron a la suscripción del contrato y que contienen la intención y entendimiento de las partes del negocio jurídico que finalmente celebraron.

## 2.2. Los antecedentes de la contratación

Son disposiciones de raigambre legal las que definen la normativa que integra los pliegos de condiciones de una licitación pública o los términos de referencia de un concurso público <sup>(5)</sup>, y ella rigió la que antecedió la suscripción del contrato de consultoría N° 0386/99.

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado que en forma reiterada, ha señalado:

“El pliego de condiciones compromete a la administración, por cuanto él contiene las bases de la relación contractual. Por eso se exige que sea claro, completo y que relacione todos los elementos indispensables para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni sobre el alcance, número y calidad de sus posibles omisiones, y menos las que pudieren tacharse de capciosas. Los tratadistas franceses suelen llamar muy expresivamente *soumission* a la propuesta y *soumissionnaire* al proponente. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones; y quien propone es porque tiene conocimiento de este y se somete a sus exigencias. Oferente y proponente son extremos de una relación jurídica que se crea mediante el acto adjudicador; de esa relación son elementos esenciales la oferta y la propuesta en la integridad de cada una, por lo que los autores de ella resultan ligados desde el momento en que las hicieron” <sup>(6)</sup>.

La Ley 80 de 1993, recoge con fuerza legal este concepto, y en sus artículos 24 —numerales 5°, 7° y 8°— y 30 —numeral 2°— establece las reglas que han de observarse en la confección de los pliegos de condiciones y los principios rectores de los concursos públicos, normativa, que como se vio constituye sin duda la ley del contrato N° 0386/99.

“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en este estatuto”, ordena el artículo 24, numeral 7° de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el numeral 2° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”.

La administración pública al celebrar contratos debe buscar, en forma especial y prevalente, la protección del interés estatal, que no es otro que el interés general. En este contexto, resulta entendible y deseable que la administración propenda por obtener el mejor bien o servicio por el mejor precio. Sin embargo, en este propósito debe velar porque tanto en el procedimiento de selección de sus contratistas como en los pliegos de condiciones o términos de referencia, que constituirán la base de los ofrecimientos y del contrato a celebrarse, se dé plena observancia a los principios que rigen su actuación, y que derivan de precisos mandatos constitucionales, pues detrás de todo ello, subyace el interés general, que incluye la protección de los intereses y derechos de su contratista <sup>(7)</sup>.

Por lo anterior, no podrá la administración válidamente en los términos de referencia de un concurso público para la celebración de un contrato de consultoría, como el que aquí nos ocupa, exonerarse de la responsabilidad derivada de la interpretación o fuerza vinculante que para los proponentes pudiera tener la información incluida en dichos documentos como parte integral de los mismos o de los requisitos y exigencias que formule a los interesados en contratar, en punto a las bases esenciales del ofrecimiento, cuando en ellos debe fundamentarse la propuesta económica del eventual contratista.

De esta manera, en los términos de referencia del concurso público N° 06-99, debieron consignarse los principios que rigen la selección de los contratistas de los entes públicos, y no podía la entidad contratante ni los proponentes omitir su cumplimiento; de hacerlo, el mismo legislador impone la sanción de ineficacia a la actuación contraria a la prescriptiva legal (L. 80/93, art. 24), evento que no se dio en el presente caso.

Es claro para el Tribunal que los términos de referencia del concurso público 06/99 que antecedió la suscripción del contrato de consultoría N° 0386-99, constituyeron el cerco limitativo de la actuación de la entidad contratante, de los ofrecimientos de la convocante, y posteriormente del contenido del contrato, de las obligaciones en él consignadas y de las responsabilidades mutuas de las partes por incumplimiento de los compromisos asumidos.

Por todo lo expuesto, los términos de referencia del concurso público N° 06-99, constituyen documento contractual en el convenio bajo análisis, en tanto de ellos surgió el referido negocio jurídico, en ellos se señalaron las condiciones y requisitos del mismo, ellos constituyeron la oferta de negocio jurídico hecha por el contratista y aceptada por el ministerio, y a ellos debió atender y cumplir el contratista al realizar su ofrecimiento, y ese cumplimiento o adecuación a los términos de referencia precisamente determinó su selección como tal. Términos de referencia y oferta de esta forma se integraron y se concretaron en el contrato.

Cosa distinta son las facultades de modificación del acuerdo que la ley atribuye a las partes y las posibilidades que, en desarrollo de estas autorizaciones y del principio de la autonomía de la voluntad, al efecto prevea el contrato. “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, reza el artículo 1602 del Código Civil. Es así como, atendiendo a las necesidades de ejecución del contrato, los contratantes podrán modificar los extremos contractuales que resulten convenientes para lograr la realización de su objeto. En el presente caso, como más adelante lo analiza el Tribunal, las partes suscribieron un contrato modificadorio con el fin de aclarar y modificar algunas disposiciones contractuales que consideraron necesarias para la ejecución del proyecto, todo de conformidad con las autorizaciones legales en esta materia.

Será entonces este el entorno normativo en que el tribunal interpretará las disposiciones contractuales que determinaron el objeto pactado, los alcances de su ejecución, el cúmulo obligacional del contrato y el modo en que las partes dieron cumplimiento a los compromisos expresos e implícitos asumidos por ellas, sea por voluntad manifiesta, sea porque ellos resultaban connaturales al contrato mismo (C.C., arts. 1501 y 1603 y L. 80/93, art. 40) <sup>(8)</sup>.

En este marco conceptual, entra el Tribunal a analizar las pretensiones formuladas por las partes en este proceso, partiendo de las disposiciones consignadas en los términos de referencia del concurso público N° 06/997 y en el contrato mismo, documentos que asignaron las cargas contractuales para el cumplimiento del objeto pactado.

### 2.3. Los términos de referencia del concurso público 06/99

En los términos de referencia del concurso público N° 06-99, numeral 3.3 “Propuesta técnica sistema de evaluación y condiciones económicas”, exigió el ministerio:

“El proponente deberá presentar una propuesta económica que incluya: valor global de la propuesta el cual debe estar soportado en los cálculos detallados de costos presentados en el formato 3.3.1, 3.2 y 3.3. Deben incluirse, en forma detallada, los costos de personal, costos directos y factores multiplicadores y el impuesto al valor agregado IVA. El factor multiplicador incluirá los honorarios del consultor, los costos indirectos, los demás impuestos y los seguros. Los proponentes extranjeros deben considerar el valor total de los impuestos incluido el impuesto de renta y remesa.

“Los proponentes nacionales deberán presentar la propuesta en pesos colombianos. Para efectos de la evaluación, los proponentes extranjeros podrán presentar la propuesta en dólares de los Estados Unidos de América o en pesos colombianos. Las tasas de cambio de referencia (de incorporación) establecidas son las siguientes: para los años 1999 y 2000. 1US\$ = Col 1.557,9 y 1US\$Col 2.049,6 respectivamente y la tasa de cambio promedio proyectada para el año 2001 es 1US\$ = Col 2.239,0.

“Cuando el proponente desee pagos en otras monedas deberá especificarlo en la propuesta económica ajustándose a las siguientes normas del ID contenidas en el numeral 6.01 del anexo C del contrato de préstamo:

(i) Si la firma constructora estuviese domiciliada en Colombia, lugar donde debe presta los servicios, su remuneración se pagará exclusivamente en pesos colombianos, con excepción de gastos incurridos en divisas para pago de pasajes externos o viáticos en el exterior, los que se reembolsarán en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas que formen parte del financiamiento.

(ii) Si la firma consultora no estuviese domiciliada en Colombia, lugar donde debe prestar sus servicios, el máximo porcentaje posible de su remuneración se pagará en pesos colombianos y el resto en dólares de los Estados Unidos de América, o en su equivalente en otras monedas que formen parte del financiamiento, en el entendido de que la partida correspondiente a viáticos deberá pagarse en pesos colombianos. En caso de que el porcentaje que vaya a pagarse en pesos colombianos, sea inferior al 30% del total de la remuneración de la firma consultora, la autoridad competente del país someterá al Banco para su examen y comentarios una justificación completa y detallada de la remuneración propuesta; y

(iii) Si se trata de un Consorcio o Unión Temporal integrado por firmas domiciliadas en Colombia, donde prestarse el servicio, y firmas no domiciliadas en el mismo, la parte de la remuneración que corresponda a cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal se pagará de acuerdo con las reglas señaladas en los párrafos (i) y (ii) anteriores”.

De conformidad con las previsiones de los términos de referencia, numeral 3.3.2, la forma de pago de la remuneración pactada, fue la siguiente:

“a) Un primer pago de treinta y dos por ciento (32%) correspondiente a la vigencia de 1999 distribuidos así: El veintiocho por ciento (28%), una vez aprobada la garantía única a título de anticipo y el cuatro por ciento (4%) restante como reserva de apropiación.

b) Un segundo pago del veintiuno por ciento (21%) al séptimo mes de iniciada la ejecución del contrato, previa presentación de la factura y de un informe de avance, aprobado por los interventores.

c) Un tercer pago del veinte por ciento (20%) al décimo noveno mes de iniciada la ejecución del contrato, previa presentación de la factura y de un informe de avance, aprobado por los interventores.

d) Un cuarto pago del veintisiete por ciento (27%) restante, contra entrega a satisfacción de los productos contratados, previo visto bueno de los interventores y la correspondiente factura”.

Llama la atención el Tribunal sobre el hecho de que, para efectos del pago del precio del contrato, esto es la manera en que habría de pagarse al contratista la remuneración pactada, ninguna discriminación en punto de ejecución de los trabajos <sup>(9)</sup> a contratarse solicitaron los términos de referencia; tampoco previeron estos documentos, la necesidad de alcanzar logros, hitos o metas en el avance de las tareas contratadas para la cuantificación de la cuota o partida a pagarse en un momento determinado.

Encuentra el Tribunal que las partes se limitaron a establecer cuantías o montos, y referencias temporales para su desembolso; las sumas que debían pagarse contra la remuneración pactada no estaban relacionadas con un determinado índice de ejecución o con cantidades de recursos técnicos o humanos dedicados a una actividad específica. Las sumas que debía sufragar el ministerio al contratista solo hallaban referencia directa con un monto único de remuneración pactada, correspondiente al precio del contrato, con independencia de los desarrollos alcanzados, y su pago solo se hallaba sometido a los plazos previstos en la respectiva estipulación contractual, previa acreditación de cumplimiento por parte del contratista.

A tales conclusiones arriba el Tribunal de la lectura de las disposiciones arriba relacionadas, y, además porque de la estructura financiera del proyecto <sup>(10)</sup> se infiere que los desembolsos correspondientes al pago del consultor se realizarían por vigencias (de acuerdo a las condiciones del empréstito) y no atado a actividades específicas o a productos particulares sujetos a entregas. En efecto, en las bases del concurso precisó el ministerio la forma de pago del valor del contrato, que se realizaría por montos específicos en cada vigencia del término de duración del contrato <sup>(11)</sup>, de conformidad con el numeral 3.3.2 de los términos de referencia que se viene de transcribir.

Así las cosas, de la normativa consignada en los términos de referencia que rigieron el concurso, es claro para el Tribunal que fue la inequívoca intención del ministerio pagar la remuneración que ofrecía al consultor con sujeción a los plazos preestablecidos por él en las bases del concurso, previa verificación del cumplimiento del consultor de sus obligaciones bajo el contrato. De esta manera, tal verificación constituía una condición contractual o requisito para el pago, mas no una base de cuantificación del monto de la respectiva partida.

Así, es claro para el Tribunal que el denominado “Informe de Avance” que debía presentar el consultor para acceder al segundo y tercer pagos, correspondientes al 21% debido al séptimo mes de ejecución, y al 20% debido al decimoséptimo mes de ejecución, se constituía en un requisito para que el ministerio procediera al pago de la suma pactada, no porque aquella se pudiera ver afectada, en términos de cuantificación, por el grado de avance en que se encontrara la ejecución, sino como un referente de cumplimiento que habilitaba al contratista para recibir la remuneración pactada. En últimas, se trataba de un requisito de exigibilidad, mas no de un parámetro de medición de las sumas debidas por concepto del pacto remuneratorio.

Por ello, concluye el Tribunal que si bien a cargo del consultor se encontraba la obligación de rendir los informes de avance correspondientes y que, con respecto al cumplimiento de sus obligaciones, se establecieron en el contrato las sanciones respectivas, estas previsiones, en nada afectaban la tipología adoptada por las partes en punto al precio del contrato.

#### 2.4. La exigencia de la discriminación de costos no afecta la modalidad de precio adoptada en el contrato

Del anterior análisis concluye el Tribunal que si bien los términos de referencia <sup>(12)</sup> exigieron a los proponentes en el concurso público 06/99 “los cálculos detallados de costos presentados en el formato 3, 3.1, 3.2 y 3.3” en los cuales debía soportarse “el valor global de la propuesta”, tal requerimiento se formulaba, dentro del contexto de las bases del concurso, con fines de realizar la evaluación objetiva de los ofrecimientos económicos.

A tal conclusión, conducen al Tribunal, los siguientes aspectos y particularidades consignadas en los términos de referencia:

- a) Los costos en que incurriera el contratista debían estar incluidos globalmente en el precio del contrato.
- b) Las partidas dispuestas para el pago se establecieron por el ministerio en términos porcentuales contra el valor total del contrato y no contra valores unitarios por unidades de ejecución.
- c) El precio del contrato consistió en un precio fijo, cuantificado y determinado a pagarse en los plazos preestablecidos a ese efecto, por instalamentos, si se quiere, pero referidos a sumas determinadas que no dependían (en su valor) de avances específicos en los trabajos objeto del convenio.
- d) Cosa distinta es la condición a que se sujetaba la exigibilidad del pago, en los términos acordados, circunstancia de cumplimiento contractual que habilitaba al contratista para percibir la remuneración pactada, análisis que realizará el Tribunal más adelante.
- e) La misma convocada, tanto en el escrito de contestación de la demanda como en el alegato de conclusión, acepta expresamente que el valor del contrato debía formularse como un valor global y que, en consecuencia, el precio pactado en el contrato fue un “precio global”.

En este punto debe el Tribunal detenerse en la argumentación de la convocada en relación con la modalidad de “precio global” pactada en el contrato y los efectos derivados de la misma y de la propuesta que presentara el consultor en el concurso público 06/99, la cual contenía “los cálculos detallados de los costos” que soportaban el

“valor global” ofrecido.

Encuentra el ministerio que si bien el pacto contractual en materia de remuneración refería a un “valor global”, este pacto no inhibía a la administración, para solicitar la discriminación y cuantificación de los costos incurridos por el contratista a los efectos del pago del precio acordado, con el fin de adecuar la remuneración a los “valores que sean soportados”, correspondientes a “los costos que se ocasionan con el desarrollo del contrato”.

Adicionalmente, considera la convocada que el mismo contratista aceptó esta circunstancia al acceder en su propuesta a la “discriminación de los costos de los ítems más representativos”. Por ello, concluye que:

“El contratista al proyectar sus costos señala los valores máximos que la actividad contratada implica y si estos no se gastan en su totalidad durante el desarrollo del contrato, porque no se realizan las actividades programadas en los términos y condiciones proyectadas, como sería la no realización de viajes, pagos de honorarios o salarios, en sumas menores a las estipuladas, etc., se debe solicitar que dichos valores, en los ítems no causados, se reintegren o no se cobren a la administración, toda vez que, como se dijo anteriormente, esta no puede reconocer y pagar los valores que se gastaron por parte del contratista, advirtiendo que tales sumas no inciden en el valor de la utilidad estimada por el contratista”.

No comparte el Tribunal esta aseveración de la convocada por cuanto, como se analiza más adelante en este laudo, los efectos que la convocada hace derivar del hecho de haber cumplido el consultor las exigencias de los términos de referencia del concurso en punto a la discriminación de costos, no puede desvirtuar la naturaleza del pacto contractual remuneratorio, vale decir, el hecho de que el ministerio para realizar la evaluación del valor global ofrecido por los proponentes en el concurso público 06/99 haya solicitado la discriminación de los costos proyectados por el eventual contratista durante el desarrollo de los trabajos, no tiene la virtualidad de convertir el precio global en precio unitario. Adicionalmente, advierte el Tribunal que, aparte de esta consideración, ninguna otra incluyeron las partes en los términos de referencia, en las negociaciones que precedieron la adjudicación y en el contrato mismo, que indicara su intención de pactar precios unitarios, concepto económico con características propias y diferenciadas que no se encuentran en los acuerdos de las partes en punto a la remuneración que finalmente acordaron y regularon en el documento contractual.

En últimas lo que hace el ministerio, y que no comparte este Tribunal, es derivar del “precio global” pactado, consecuencias propias de los contratos a precios unitarios, que naturalmente, por su propia esencia, se excluyen en este caso, como en seguida lo analiza el Tribunal.

## 2.5. La autonomía de la voluntad: principio rector en los contratos del Estado

“Las entidades estatales podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”, dispone el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En tal virtud, de conformidad con la norma en cita, los entes públicos podrán incluir en sus contratos “las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

Igualmente, al tenor del artículo 13 del mismo estatuto, las entidades estatales, en su actividad contractual, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, con excepción de las materias que se encuentren particularmente reguladas en la ley especial.

En desarrollo de este marco general, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, autoriza a las entidades estatales para celebrar “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones” previstos en el derecho privado (C.C. y C. Co.), en disposiciones especiales o aquellos derivados de la autonomía de la voluntad. A estos actos jurídicos la ley confiere la denominación de “Contratos Estatales”, sujetos a los principios y finalidades por ella señalados, sin perjuicio de la autorización con la que cuentan los entes públicos contratantes, de incluir en los contratos que celebren todas aquellas cláusulas permitidas por la ley en la contratación entre particulares.

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad, que regenta la actividad contractual pública, ha precisado la Corte Suprema de Justicia: <sup>(13)</sup>

“En virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada les está permitido a los particulares crear, modificar o extinguir obligaciones mediante actos jurídicos de carácter unilateral, bilateral o plurilateral (...).

La sola existencia de la voluntad no es suficiente para producir efectos en derecho. Es necesario que dicha voluntad se presente bajo la forma de una manifestación externa, la cual puede ser interpretada, con base en las reglas de la hermenéutica jurídica. Estas reglas, en general, buscan no solo hacer prevalecer la intención de los contratantes, sino la realización de principios superiores como la buena fe, la eficacia, la equidad y el equilibrio de las prestaciones en la ejecución de los contratos”.

Por la normativa reseñada y su interpretación jurisprudencial que acoge el Tribunal, se concluye que en materia de pacto de precios, a las entidades estatales les está permitido en sus contratos, acordar cualquier tipo de remuneración lícita, típica o atípica, en los mismos términos autorizados a los particulares por el derecho privado.

En este marco conceptual, entra el Tribunal a analizar la modalidad del precio pactado en el contrato 0386/99 y sus efectos.

## 2.6. El pacto de “precio global” y sus efectos

El precio global o “precio alzado” es una modalidad de pacto de remuneración que no está referida a un contrato en específico. Si bien es cierto que desde el Decreto 150 de 1976 se definió esta tipología de pago, definición legal que fue posteriormente recogida por el Decreto 222 de 1983, anterior estatuto contractual, que consignó —al igual que su antecesor— de manera expresa esta modalidad de precio referida al contrato de obra pública <sup>(14)</sup>, ni en ese entonces, y mucho menos en la actualidad, se entendió ni se puede entender como una modalidad propia de esa categoría contractual, que impidiera su consideración para otros contratos administrativos. Ni ayer ni hoy, encontró ni encuentra la administración pública límites legales en la adopción de modalidades de precios para sus contratos, distintos a los que imponen la noción —esa sí legal— de contrato conmutativo que tipifica el contrato estatal <sup>(15)</sup>, el interés y el orden públicos, y los principios de la buena fe y la moralidad administrativa.

De esta forma, múltiples son las posibilidades que ofrece el mercado y las costumbres comerciales lícitas a las partes del contrato público para el pacto de la modalidad del precio del negocio jurídico que celebren (unitario, global, administración delegada, concesión, etc., o la combinación que sea conveniente a sus mutuos intereses, según el objeto del contrato).

Doctrinariamente, la noción de precio global ha encontrado desarrollo referida a los contratos de obra pública en los que, como ya lo ha advertido el Tribunal, ha sido tradicionalmente más frecuente el pacto de esta modalidad remunerativa.

El Consejo de Estado ha considerado —siguiendo las definiciones legales en este punto— que cuando la remuneración contractual se adopta bajo el sistema de precio global,

“el objeto del contrato debe ejecutarse por el valor pactado que constituye el valor fijo total en el que están incluidos los honorarios, cualquiera que sea el total final de metros cuadrados o de cualquiera otra medida aplicable, que resulte tener la obra contratada, sin que porque sea mayor o menor el contratista pueda reclamar un reajuste del precio estipulado, a menos que se hubiera pactado su revisión. El riesgo de una mayor o menor cantidad de obra pactada lo asume el contratista”.

Al contrario, cuando la remuneración responde al concepto de precio unitario,

“el precio pactado es apenas estimado; el fin del contrato será la ejecución de una obra determinada y la cuantificación de su volumen o de su extensión así como de su valor se hace partiendo de los precios unitarios previamente determinados multiplicados por las cantidades de obra realizadas” <sup>(16)</sup>.

Para Manuel María Díez <sup>(17)</sup>, el pacto de precio global como sistema de remuneración en un contrato de obra pública, implica que:

“Se contrata un trabajo exactamente definido por un precio total indicado con ocasión del contrato. Este contrato



presenta las siguientes características: 1. En primer lugar, un precio fijo e invariable cuya revisión no pueden solicitar ni la administración ni el contratista (...). 2. En segundo lugar, la naturaleza e importancia del trabajo a realizar son invariables y no pueden modificarse sino mediante convenio entre las partes. Estos contratos se aplican generalmente a obras pequeñas o donde se descuenta que no habrá variación durante la construcción (...). Se critica este sistema señalando que el contratista puede tratar de hacer economías en los gastos en desmedro de la buena construcción y de la solidez de la obra. El sistema de ajuste alzado se divide en absoluto y relativo. Es absoluto cuando el precio y el volumen total de la obra son invariables. Es relativo cuando en el contrato se ha establecido la posibilidad de un aumento o rebaja de precio según el monto de la obra ejecutada”.

Por su parte, para Sayagués Laso, <sup>(18)</sup>.

“el contrato por precio global presenta la ventaja de que establece un precio definitivo para la obra; pero tiene el inconveniente que no indica las bases para liquidar las obras imprevistas, las modificaciones que se introduzcan, etc. Este inconveniente desaparece con el sistema de precio global y precios unitarios, que es la fórmula más utilizada. A su vez el procedimiento de precios unitarios resulta el más adecuado cuando la necesidad de trabajo a realizar está sujeta a variaciones importantes”.

En cuanto al precio unitario, sistema de remuneración que se ubica en el extremo opuesto de los pactos posibles en esta materia, también traía definición expresa el anterior estatuto contractual e igualmente referido al contrato de obra pública, sin que tal referencia limitara la posibilidad de su pacto para otros contratos. Disponía el artículo 89 del Decreto Ley 222 de 1983:

**“De la definición del contrato a precio unitario.** Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

“El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiriera responsabilidad alguna por dichos actos”.

Y sobre esta tipología de precio ha dicho la doctrina <sup>(19)</sup> :

“En estos contratos se realiza un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar; así cuando se trata de la construcción de un edificio se calcularán los metros cúbicos de mampostería, los metros cuadrados de revoque, los metros cuadrados de parquet, etc., y se aplicarán precios unitarios para cada uno de los ítems que integran la obra. Es un contrato en el que se fija el precio para cada uno de los elementos de la obra.

“Tenemos dos tipos de contrato por precio unitario: el llamado contrato de unidad simple y el contrato de unidad de medida. En el contrato de unidad simple se han fijado los precios unitarios pero queda sin determinar la cantidad de obra a ejecutar en cada uno de los ítems. Y en el caso del contrato por unidad de medida, hay establecimiento del precio y de la cantidad de obra a ejecutar en cada uno de los ítems”.

La formulación de la doctrina que se reseña, se apareja a la diferenciación que se establece en punto a las modalidades de precio global contra precio unitario. Para el Tribunal el sistema de remuneración contractual llamado “precio global” tiene importantes coincidencias y encuentra diferencias tipificantes frente al denominado “precio unitario”, así:

- En ambas modalidades el contratista es el único responsable de la vinculación de personal, de la celebración de subcontratos y de la destinación de recursos técnicos y materiales a la ejecución del objeto pactado, todo lo cual debe adquirir en su propio nombre;
- Mientras que en el contrato celebrado a precio global, el contratista recibe como única contraprestación una suma global fija, incluidos sus honorarios, en el convenio celebrado a precios unitarios se paga un precio predefinido particular e individualmente para unidades de ejecución.

En últimas, la conclusión es simple: el pacto de un precio global implica el acuerdo de un precio cerrado, cierto e inalterable como única remuneración por el objeto contratado; las partes conocen con certeza el precio del contrato desde su celebración. Cuando se adopta como remuneración el sistema de precios unitarios, este acuerdo implica el pacto de unos valores estimados según el precio de las unidades de los recursos destinados a la ejecución del objeto pactado; en este caso, las partes no conocen con certeza el precio del contrato; ellas estiman un valor referido a las cantidades de los recursos que, suponen, se requerirán para la ejecución del contrato; el precio solo será cierto y definitivo al finalizar el contrato, cuando en una operación matemática simple, se multiplique el valor de las unidades utilizadas en el desarrollo del objeto contractual, por el precio unitario de cada una de ellas.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que nada se opone a que las partes de un contrato estatal en el que la remuneración del contratista obedezca o responda a la modalidad de precio global o alzado, dejen por fuera de su comprensión ítems o actividades cuya remuneración debe realizarse bajo otra modalidad distinta y, en consecuencia, los efectos predicables respecto de la cobertura del precio diferirán de los cobijados bajo el primer supuesto. Igualmente, las partes del contrato a precio global, pueden referirlo a cantidades de ejecución, previendo el aumento o disminución de la remuneración en proporción a los avances en el desarrollo del trabajo objeto del contrato. En el presente caso, ninguna previsión hicieron las partes sobre este aspecto. A pesar de regular en la misma estipulación en que se previó la forma de pago, las obligaciones del consultor de adoptar y cumplir con un cronograma y de presentar un informe de avance con aprobación del interventor, estas exigencias se encontraban referidas a la acreditación de cumplimiento como requisito de procedibilidad del pago acordado, pero no en punto a la cuantía del mismo, que se encontraba preestablecida con relación a momentos (tiempo) de ejecución dentro del plazo y no a cantidades de avance de los trabajos. Los porcentajes se definieron por las partes en la negociación, referidos al valor total del contrato y no a ítems específicos, y su cancelación debía tener lugar en los plazos preestablecidos en el contrato, previa acreditación de cumplimiento por el consultor.

Tampoco se encuentra sujeto el precio global como pacto de precios en un contrato a un régimen prestacional inamovible. La cobertura del precio, los alcances y la responsabilidad derivada del contratista, así como el régimen de distribución de riesgos del contrato bajo este sistema de remuneración dependerá, en últimas, de las previsiones consignadas por la entidad contratante en los términos de referencia, de la manera como haya sido concebido y redactado el contrato y de las obligaciones adquiridas por el contratista, de acuerdo con los términos de referencia, con su propuesta y con el texto mismo del convenio, que debe ser reflejo de los antecedentes del negocio jurídico y de los resultados obtenidos por las partes en la etapa de negociación.

En el caso concreto que ocupa la atención del Tribunal, a los efectos de establecer si las actividades requeridas del contratista - consultor en cumplimiento del objeto pactado se comprenden bajo la modalidad de “precio global”, o mejor si fue esta la modalidad de remuneración adoptada por las partes, y si en tal caso, fue la única pactada con exclusión de otras posibilidades, debemos, en primer lugar analizar la manera como está concebido o redactado el contrato, pues de tal análisis dependerán las conclusiones del Tribunal sobre este aspecto y, forzosamente, de ellas derivará las consecuencias que definirán las pretensiones de la demanda.

## 2.7. La tipología de precio adoptada por las partes en el contrato de consultoría N° 386 de 1999

Tal como ya lo advirtiera el Tribunal, el contrato estatal es presidido por el principio de la autonomía de la voluntad, y por lo mismo, es lícito, permitido y esperado de las partes desarrollar libremente las estipulaciones que mejor respondan al objetivo propuesto con la contratación. De esta manera, el precio o mejor, la forma o tipología adoptada por las partes en punto a la remuneración acordada, en nada afecta la naturaleza y régimen jurídico del contrato.

Partiendo de esta premisa entra el Tribunal a analizar las previsiones y negociaciones de las partes que las llevaron a pactar el precio del contrato de consultoría N° 386 de 1999, en los términos de la cláusula segunda del documento en que se contiene, todo de conformidad con las pruebas del proceso, y en especial de las previsiones de los términos de referencia que ya fueron objeto de análisis en este laudo:

### 2.7.1. La oferta económica del consorcio consultor

A folios 99 a 103 del cuaderno de pruebas N° 1 del expediente obra la oferta presentada por el Consorcio integrado

por las firmas convocantes. En ella, el consorcio formuló su ofrecimiento económico atendiendo el requerimiento de los términos de referencia, ya analizado por el Tribunal, discriminando “en forma detallada, los costos de personal, costos directos y factores multiplicadores y el impuesto al valor agregado, IVA”, con el respectivo “factor multiplicador”.

Así mismo, el consorcio proponente ofreció un plazo de duración de los trabajos de 18 meses.

De esta manera y a los efectos de la evaluación, el consorcio cumplió con la discriminación de costos que le exigiera el numeral 3.3 de los términos de referencia.

Consta en el expediente que en el concurso público convocado por el ministerio se presentaron dos ofertas <sup>(20)</sup> , obteniendo la mejor calificación, en punto a las exigencias y requerimientos técnicos de los términos de referencia, la oferta presentada por el consorcio integrado por las firmas convocantes. No obstante, la oferta económica del consorcio mejor calificado no se ajustaba al presupuesto oficial del ministerio <sup>(21)</sup> .

#### 2.7.2. La negociación de las condiciones del contrato

Los términos de referencia del concurso público N° 06/99 previeron una etapa de negociación posterior a la evaluación técnica, con aquel proponente que, de conformidad con el puntaje obtenido en la misma, ocupara el primer orden de elegibilidad. En efecto, el numeral 4.7.2 de los términos de referencia dispuso:

##### “4.7.2. Negociación

El proponente que ocupó el primer lugar en la evaluación técnica, de acuerdo al orden de elegibilidad, será invitado a la apertura del sobre 2 de su propuesta. Este hecho tendrá lugar el día hábil siguiente a la notificación oficial de los resultados de la evaluación del sobre 1.

Los sobres 2 de los demás proponentes permanecerán sellados y no serán devueltos hasta que concluyan las negociaciones con el proponente seleccionado y la firma del contrato.

El objeto de la negociación es que el Ministerio de Salud y el proponente seleccionado lleguen a un acuerdo sobre todos los aspectos relativos a la ejecución y al precio de los servicios de consultoría a contratarse. Las negociaciones no podrán tener como resultado desmejoras en la calidad de las condiciones técnicas ofrecidas en la propuesta técnica.

“Si no se llegase a un acuerdo en la negociación se le notificará por escrito que su propuesta ha sido rechazada y se iniciarán negociaciones con el proponente que ocupe el segundo lugar y así sucesivamente hasta lograr un acuerdo satisfactorio”.

Se encuentra igualmente establecido en el expediente que la suma pactada a título de remuneración fue producto de las negociaciones directas adelantadas por las partes para su determinación. En este período de conversaciones, las partes no modificaron la modalidad o sistema de precio que desde los términos de referencia habría adoptado el ministerio: las partes discutieron el monto, a los efectos de ajustar la cuantía al presupuesto oficial, mas no la forma, modo y condiciones en que se pactaría y pagaría el precio del contrato (Actas 1 y 2 de nov. 23/99 y nov. 26/99, respectivamente, fls. 104 a 113, cdno. de pbas. N° 1).

De esta manera, en esas negociaciones, las partes, manteniendo la modalidad de precio global adoptada por los términos de referencia y consignada en la oferta económica del consultor, redefinieron la suma global que integraría el precio del contrato, sin que en tal definición se establecieran ítems específicos de pago por recursos destinados a la ejecución del contrato o por determinadas actividades. La suma que se pactó fue integral para un producto final: el objeto pactado.

#### 2.7.3. Las estipulaciones contractuales

El 15 de diciembre de 1999, las partes suscribieron el respectivo contrato de consultoría, y en relación al precio de la remuneración acordada, consignaron en el documento contractual (cláusula segunda):

**“VALOR DEL CONTRATO:** El valor del presente contrato es de dos mil quinientos noventa y siete millones doscientos setenta y dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos colombianos (\$2.597.272.449) incluido el IVA, más doscientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y siete dólares americanos (US\$245.757)”.

Y en cuanto al modo como debía reconocerse o pagarse la remuneración pactada, conservaron las partes la modalidad inicialmente concebida por el ministerio y consignada en la oferta del contratista. Así, dispusieron las partes en la cláusula tercera del documento contractual:

“a) El treinta y dos por ciento (32%) del valor del contrato equivalente a novecientos noventa y nueve millones ciento sesenta y cuatro mil trescientos cuarenta y cuatro pesos colombianos (\$999.164.344) en calidad de anticipo, pagadero en pesos colombianos distribuidos así: el veintiocho por ciento (28%), una vez aprobada la garantía única y e cuatro por ciento restante (4%) como reserva de apropiación; b) el veintidós por ciento (22%) del valor total del contrato al séptimo (7) mes de iniciada la ejecución del contrato, previa presentación de la factura y de un informe de avance aprobado por los interventores y en concordancia con el cumplimiento de cronograma de actividades a la fecha de corte de pago, de acuerdo con la siguiente distribución: en pesos colombianos la suma de cuatrocientos catorce millones novecientos veinticuatro mil quinientos cinco (\$414.924.505) y e dólares americanos la suma de ciento treinta y dos mil setecientos nueve (US\$132.709); c) el veintiocho por ciento (28%) del valor total del contrato al décimo séptimo mes de iniciada la ejecución del contrato, previa presentación de la factura y de un informe de avance y en concordancia con el cumplimiento del cronograma de actividades a la fecha de corte de pago aprobado por los interventores, de acuerdo con la siguiente distribución: en pesos colombianos setecientos veinte millones ciento noventa y ocho mil setecientos treinta y tres (\$720.1978.733) y en dólares americanos la suma de sesenta y ocho mil ochocientos doce (US\$68.812), y d) el dieciocho por ciento (18%) restante del valor total del contrato contra entrega a satisfacción de los productos contratados, previo visto bueno de los interventores y la correspondiente factura de acuerdo con la siguiente distribución: en pesos colombianos cuatrocientos sesenta y dos millones novecientos ochenta y cuatro mil ochocientos sesenta y siete (\$462.984.867) y en dólares americanos la suma de cuarenta y cuatro mil doscientos treinta y seis (US\$44.236)”.

La estipulación citada, y la relativa al valor total del contrato, fueron objeto de modificación por las partes mediante la suscripción del documento denominado por ellas “contrato modificatorio N° 1” (fls. 164 a 167, cdno. de pbas. N° 1), en los siguiente términos:

**“CLÁUSULA PRIMERA:** La cláusula segunda del contrato en mención quedará así:

**SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO:** El valor del presente contrato, es de dos mil quinientos noventa y siete millones doscientos setenta y dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos colombianos (\$2.597.272.449) incluido el IVA, más doscientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta siete dólares americanos (US\$245.757), para un total en pesos colombianos de tres mil ciento veintidós millones trescientos ochenta y seis mil ochocientos setenta y seis (\$3.122.387.287,00) (sic).

PAR.—El presente valor en detalle será con cargo a:

Valor en \$	Valor en US\$
Con cargo al préstamo (...)	2.267.522.828,00 245.757,00
Con cargo a la contrapartida nacional	329.749.621,00”

En esta oportunidad, tampoco modificaron las partes la modalidad de remuneración adoptada, conservando la de “precio global”, inicialmente pactada.

Del texto transcrito surge de manera inequívoca que fue la clara y expresa intención de las partes pactar un precio global a título de remuneración para el Consultor por la realización de los trabajos objeto del contrato. Y sabido es que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1618 del Código Civil “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Y en cualquier caso, si alguna ambigüedad en la interpretación de la estipulación se derivara de su redacción, el Tribunal deberá dar aplicación a lo dispuesto

en el artículo 1624 del Estatuto Civil que ordena interpretar las cláusulas ambiguas a favor del deudor, y en todo caso, en contra de quien las hubiere extendido, dictado o redactado.

En este contexto normativo, contractual y conceptual, no encuentra el Tribunal que las partes del contrato de consultoría N° 386 de 1999 hayan adoptado como remuneración un precio unitario; por el contrario, como lo demuestran las pruebas del proceso, el precio pactado fue global, cerrado y cierto, pagado en instalamentos determinados en el contrato, previo acreditación de cumplimiento por el consultor, pero siempre referido al valor total de los trabajos que constituían su objeto.

En este punto recuerda el Tribunal que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1627 del Código Civil “El pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación.”

### 3. Del modo como las partes dieron cumplimiento a sus obligaciones bajo el contrato

Con base en el marco de referencia legal y conceptual que se ha establecido, procede el Tribunal a pronunciarse sobre los siguientes aspectos de esta controversia:

#### 3.1. De las obligaciones de pago a cargo del ministerio

Sobre la ejecución del contrato vinculada con el pago del precio acordado, parte el Tribunal del análisis de las pretensiones 5ª y 6ª de la solicitud de convocatoria en relación con el pacto contractual que hicieron las partes sobre este aspecto de la ejecución del contrato, y para pronunciarse sobre las mismas tiene en cuenta lo siguiente:

Como quedó reseñado en el capítulo de antecedentes de esta providencia, a manera de fundamentos de hecho de estas pretensiones la parte convocante indica la forma y los tiempos en los cuales entregó cada uno de los informes de avance durante la ejecución del contrato y los productos contratados (al finalizar su ejecución) para someterlos a la aprobación del Interventor que, a nombre de la parte convocada debía —de acuerdo con lo establecido en el contrato— pronunciarse sobre los mismos, y para acreditar el incumplimiento que alega de la convocada por no impartir oportunamente su aprobación a los productos objeto de ese contrato solicitó el decreto y la práctica de un peritaje técnico, con el fin de establecer “el plazo a partir del cual razonablemente debían aprobarse los documentos que permitían determinar el avance del proyecto y la viabilidad de presentar las facturas de cobro correspondientes”.

A esta pretensión, la parte convocada se opuso en forma genérica cuando, en su contestación, manifestó:

“Me opongo a que se efectúen las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora en razón a los motivos de hecho y de derecho que más adelante efectuaré”.

Así las cosas, el Tribunal observa que esta —como cualquier pretensión o excepción alegada en todo proceso— debe analizarse con fundamento en la ley, primero y de modo principal, y adicionalmente con base en los elementos aportados al expediente para definirla, especialmente la documentación aportada al proceso en la cual las partes recogieron integralmente su pacto contractual, así como el dictamen pericial rendido por solicitud de la parte convocante.

Partirá el Tribunal en su análisis de las pruebas del proceso:

a) En relación con los documentos aportados al proceso, el Tribunal tiene en cuenta no solo el escrito que contiene el contrato mismo, sino su modificación y las piezas aportadas al expediente sobre lo sucedido en la fase previa a su celebración, es decir la documentación que acredita la forma como las partes —en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad— pactaron su relación contractual y, en este caso en particular, las obligaciones a las cuales se refieren las pretensiones que son objeto de estudio por el Tribunal en esta parte del laudo, en particular en lo que atañe a los pagos en los meses séptimo y décimo séptimo, toda vez que sobre el pago del anticipo no existe discrepancia entre las partes.

b) En relación con el dictamen pericial, el Tribunal analizará su contenido y su valor probatorio en el proceso, en especial en lo que se refiere al último pago pactado en el contrato.

En consecuencia, considerando que el contrato 386 del 22 de diciembre de 1999 es un contrato válidamente celebrado y por lo tanto válida la forma como se pactaron las obligaciones a las cuales se refieren estas pretensiones, es preciso examinar su alcance jurídico <sup>(22)</sup> . Para ello, en relación con el punto en cuestión, examina el Tribunal.

### 3.1.1. El acuerdo de las partes. Los pagos en los meses séptimo y décimo séptimo

Se encuentra plasmado en la cláusula tercera (3ª) del contrato de consultoría, según su modificación por la cláusula segunda del modificatorio N° 1, antes transcrita, que el ministerio pagará la suma acordada como precio por las prestaciones contratadas con la parte convocante, previa presentación de la factura y de los informes de avance sobre su ejecución contrato aprobado por el Interventor (en el caso de los pagos durante su ejecución) y previa presentación del visto bueno del mismo Interventor sobre la entrega a satisfacción de los productos contratados (al vencimiento del plazo de ejecución).

En relación con este punto el Tribunal remite a las consideraciones que realizó a propósito de la modalidad de precio pactado en lo que hace a la diferenciación que estableció entre el plazo estipulado para su pago y la condición de exigibilidad de la obligación consistente en la acreditación de cumplimiento por parte del interventor.

En este caso, encuentra el Tribunal, que, a los efectos de los pagos debidos en los meses séptimo y décimo séptimo las partes dieron cumplimiento a los requisitos establecidos para el pago a modo de condición, esto es, el consultor presentó al ministerio junto con su factura los informes de avance respectivos debidamente aprobados por el interventor, en la fecha exigida por la estipulación contractual: “a la fecha de corte de pago”.

Cosa distinta es la circunstancia de que el pago, esto es la satisfacción de las facturas presentadas, no se haya producido en la misma fecha, evento que generó parte de la reclamación que en este proceso ha formulado la convocante para obtener el reconocimiento de intereses moratorios por lo que ella ha considerado “cumplimiento tardío de la obligación” de pago.

En este punto, el Tribunal se ocupará de los pagos correspondientes a los meses séptimo y décimo séptimo.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1551 del Código Civil, “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirse”.

Recuerda igualmente el Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1553 del Código Civil, “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo”, salvo en los supuestos previstos en la misma norma, que no son los que aquí se discuten.

Así las cosas, resulta claro para el Tribunal, según la estipulación contractual correspondiente, que el consultor debía, a los efectos de los pagos que se analizan, presentar las facturas respectivas conjuntamente con los informes de avance debidamente aprobados por el Interventor, referidos a la actividad desplegada hasta la fecha de corte del pago, esto es a la fecha de vencimiento prevista en el contrato. De esta manera, por la misma condición contractual, no podía el contratista adelantarse en el cobro, puesto que los informes de avance requeridos por el contrato debían reflejar los trabajos realizados hasta la fecha, conforme con el cronograma adoptado en el contrato.

Encuentra el Tribunal que esto fue lo que realizó el contratista, de lo cual necesariamente se desprende que, de la misma manera, el interventor fue expedito en las aprobaciones de los informes toda vez, que como se ha acreditado en el expediente —especialmente con el dictamen pericial y la prueba documental—, fueron impartidas en las mismas fechas en que fueron presentados.

En este caso, dan cuenta las pruebas del proceso de que el consorcio presentó oportunamente los informes cuatrimestrales de avance en las siguientes fechas: el primero, el 24 de mayo de 2000; el segundo, el 4 de septiembre de 2000 <sup>(23)</sup> ; el tercero, el 29 de enero de 2001; el cuarto, el 24 de abril de 2001 <sup>(24)</sup> .

En cuanto a las aprobaciones impartidas por la interventoría a dichos informes, el Tribunal, con apoyo en el dictamen pericial, encuentra que ellas ocurrieron en las mismas fechas en que los informes fueron presentados por el contratista, así: el primer informe cuatrimestral fue aprobado el 24 de mayo de 2000; el segundo informe

cuatrimestral fue aprobado el 4 de septiembre de 2000; el tercer informe cuatrimestral fue aprobado el 29 de enero de 2001 y el cuarto informe cuatrimestral fue aprobado el 24 de abril de 2001.

Resulta igualmente claro para el Tribunal de la redacción del texto de la cláusula en análisis que así como el Consultor no podía anticipar en el tiempo el cumplimiento de la condición pactada para el pago, tampoco podía el ministerio adelantar gestión alguna con este objeto, toda vez que la prestación a su cargo dependía de la realización de dicha condición.

De otra parte, entiende el Tribunal que la obligación de pago a cargo del ministerio no es una obligación a plazo pura y simple. Basta leer el contenido de la estipulación contractual para concluir que el pacto de las partes se construye sobre dos elementos diferenciados que debían realizarse necesariamente: uno el plazo previsto y otro el cumplimiento de una condición. De esta manera, el solo vencimiento del plazo no hacía exigible la obligación de pago. Para este efecto, hacía falta el cumplimiento de la condición descrita.

Corresponde ahora analizar si, como lo pretende la convocante, ocurrida la condición debía el ministerio concurrir al pago en forma inmediata. A estos efectos considera el Tribunal:

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley 153 de 1887, “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, principio legal que se cumple en la contratación que se analiza. En consecuencia, la normativa que en materia presupuestal rige a los entes públicos fue incorporada al contrato de consultoría 0386 de 1999 aunque sobre el particular las partes no hubieran consignado pacto expreso en el texto del contrato <sup>(25)</sup> .

Adicionalmente, en el proceso se encuentra acreditado que el ministerio debía adelantar trámites de diversa índole al interior de la propia entidad y ante el Ministerio de Hacienda, con el objeto de realizar los pagos al contratista, documentos que llevan al Tribunal a la convicción de que las diligencias de pago no podían adelantarse con la rapidez que echa de menos la parte convocante, sino que por el contrario, como lo apunta la contestación de la demanda, debían ajustarse a las normas y a los controles a los que alude la convocada <sup>(26)</sup> .

Así las cosas, de conformidad con las normas transcritas y con los elementos probatorios, es claro que al vencimiento del plazo previsto para el pago, previa acreditación de cumplimiento por parte del Interventor, el ministerio debía iniciar los trámites correspondientes para alcanzar este fin. Dicha tramitación lógicamente suponía un término razonable, plazo este que resultaba “indispensable para el cumplimiento” de la obligación de pago (C.C., art. 1551).

Fue por ello que previeron las partes en el parágrafo de la cláusula tercera del contrato, estipulación que refrendaron en el parágrafo segundo de la cláusula tercera del contrato modificatorio, que “los pagos a que se refiere la presente cláusula, se realizarán una vez la Dirección del Tesoro Nacional sitúe los recursos en la tesorería del Ministerio de Salud”. En ese orden de cosas, el Tribunal no encuentra que el pago de las facturas le fuera exigible al ministerio en la misma fecha de su presentación, toda vez que dicha circunstancia resultaría contraria a las disposiciones legales y contractuales invocadas y naturalmente, a la realidad práctica del comercio. En consecuencia, con fundamento en el artículo 1551 del Código Civil y las pruebas del proceso, el Tribunal tendrá como plazo razonable para el cumplimiento de las obligaciones de pago a cargo del ministerio, un término de treinta (30) días contados a partir del cumplimiento de los requisitos de su exigibilidad.

Las anteriores consideraciones constituyen el referente normativo y conceptual del análisis de las pretensiones encaminadas a la declaración del cumplimiento tardío de la obligación de pago a cargo del ministerio de la que se ocupará el Tribunal en otro aparte de esta providencia.

De esta manera, encuentra el Tribunal que, de acuerdo con los principios propios de nuestro régimen constitucional y legal vigente, los contratos deben ejecutarse de conformidad con el principio de la buena fe, rector de la actividad contractual y que tiene consagración legal especialmente en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio y en cuya virtud, los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella.

Así las cosas , el Tribunal entra a analizar, de una parte el dictamen pericial que se aportó al proceso, como prueba

solicitada por la parte convocante para establecer precisamente la “razonabilidad” del tiempo que debía transcurrir para que las partes realizaran las actividades a su cargo, de modo tal que pudiera darse cumplimiento a las estipulaciones contenidas en la cláusula tercera del Contrato, en punto a la oportunidad del pago del precio pactado.

### 3.1.2. El dictamen pericial. El último pago convenido

En relación con el último pago convenido en el contrato, encuentra el Tribunal que la situación es distinta. En efecto, si como antes se analizó, pactaron las partes plazos expresos y determinados para los pagos correspondientes a los meses 7º y 17º, no hicieron lo mismo respecto del último pago. En efecto, el literal d) de la cláusula tercera del contrato según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificatorio N° 1 previó que el dieciocho por ciento (18%) del valor total del contrato, se cancelaría con cargo al presupuesto de la vigencia de 2001 “contra entrega a satisfacción de los productos contratados, previo visto bueno de los interventores”, de acuerdo con la distribución que en pesos y dólares se consigna en la misma estipulación.

De esta manera, deberá el Tribunal dar aplicación al artículo 1551 del Estatuto Civil, en cuya virtud, “... No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

Encuentra el Tribunal que es precisamente el supuesto previsto en la norma que viene de citarse el que enfrenta a las partes en esta controversia, en cuanto hace a la oportunidad en que debió darse el último pago del precio pactado en el contrato, razón por la cual, y solamente ante la discordancia de las partes, el Tribunal procede a interpretar las cláusulas contractuales con el fin de establecer su verdadera intención respecto del término en el que debió cumplirse la referida obligación.

Para el Tribunal es claro que dada la forma como las partes desarrollaron el proyecto, y su permanente interacción, nada nuevo ni imprevisible debió presentarse al momento de la entrega del producto final, máxime si, como se ha evidenciado en el debate probatorio de este proceso, a lo largo de la ejecución contractual el Interventor impartió su aprobación a los informes mensuales y cuatrimestrales de manera casi simultánea a su presentación por el contratista —en la mayoría de las veces—, seguramente por el conocimiento que aquel tenía de su contenido y por su constante participación en el desarrollo de los trabajos.

Ahora bien, considerando que el contrato tenía establecido un plazo único de ejecución (18 meses) y que las partes no previeron plazos parciales o de entregas anticipadas de los trabajos, entiende el Tribunal que era el derecho del consultor cumplir con sus obligaciones dentro de ese término hasta su vencimiento; vale decir, que, de conformidad con el contrato, el consultor podía entregar los productos contratados hasta el último día del plazo de ejecución pactado, esto es el 23 de junio de 2001.

En consecuencia, las partes han debido establecer un criterio de razonabilidad a los efectos de realizar las revisiones de los productos finales por parte del ministerio (interventoría) y las correcciones o precisiones a que hubiere lugar por el contratista, como resultado de las primeras, dentro del plazo pactado por ellas para finiquitar la relación contractual, esto es, 3 meses contados a partir del vencimiento del plazo de ejecución.

Conforme al criterio de la experticia, que en este punto se acoge, considera el Tribunal que a partir de la entrega por el consultor de los productos finales, el Interventor hubiera podido razonablemente realizar la revisión de los mismos en un término de un mes, a lo sumo. Ahora bien, si algo nuevo surgió en la presentación final de los trabajos, ello no podía justificar una demora que rebasara los plazos prefijados por las partes para finiquitar la relación contractual, previo cumplimiento de las tareas de verificación a cargo del interventor.

Y si la interventoría o el ministerio requerían de más tiempo a los efectos de realizar la revisión e impartir la aprobación o improbación de los trabajos finales, oportunamente presentados por el contratista, así ha debido manifestárselo y acordar con él un mayor plazo; de lo contrario, incurriría en incumplimiento de una estipulación contractual expresa. Encuentra el Tribunal que esto precisamente fue lo que sucedió: nada dijeron ni el ministerio ni el interventor, dejaron transcurrir el término previsto en el contrato para efectuar la liquidación, sin modificar el



plazo previsto al efecto y, en consecuencia, se dio el vencimiento del término pactado sin que el ministerio cumpliera con su obligación.

Obra en el expediente abundante prueba documental sobre el cumplimiento del contratista en la entrega de los trabajos finales; igualmente se encuentra acreditado que en relación con muchos de los productos, fueron oportunas las observaciones formuladas por el interventor y oportunas las correcciones que en atención a las mismas realizó el consultor. Estos hechos no parecen tener controversia en el proceso y existe consenso entre las partes respecto del incumplimiento del plazo establecido en el contrato para adelantar las labores de revisión y aprobación a cargo de la interventoría con fines de liquidación. Las diferencias de las partes se concretan en las razones que en sentir del Ministerio, justificaban tales demoras, las cuales hace consistir en el gran volumen de información a revisar, frente al cual, el plazo pactado resultaba insuficiente <sup>(27)</sup> .

Lo cierto es que, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el contratista cumplió a satisfacción del ministerio con el objeto pactado, prueba de lo cual se encuentra en el recibo final que se produjo con plena aprobación de los productos entregados por el contratista. De este hecho, dan cuenta en el proceso, no solo las manifestaciones expresas de la convocada, sino las declaraciones de los testigos que a petición de las partes recibió este Tribunal durante el trámite.

De esta manera, el Tribunal no encuentra en las pruebas del proceso, justificación alguna de la demora en que incurrió el ministerio y/o la interventoría para cumplir con sus labores de revisión de los trabajos finales, oportunamente presentados por el contratista, demora que incidió en el retraso en el pago parcial del saldo final del precio pactado, y en la no cancelación del resto adeudado.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que el pago final ha debido producirse el 23 de septiembre de 2001, fecha en la que venció el plazo de vigencia contractual, y en la que, por lo mismo, debió liquidarse el contrato de consultoría N° 0386/99, incluyéndose en ella el reconocimiento y pago del último contado del precio pactado.

En suma, es claro para el Tribunal que surge de la naturaleza de la obligación de pago acordada en el contrato, que las partes debieron prever un término razonable para el cumplimiento de la condición a que estaba sometida la exigibilidad de esa obligación; en efecto, ellas debían desarrollar, a los efectos del pago, tareas previas conducentes a acreditar el cumplimiento de un cronograma de actividades, para lo cual debían necesariamente contar con un plazo que les permitiera el cumplimiento de sus mutuas prestaciones: al consultor la elaboración de los informes de avance, al interventor su aprobación, y al ministerio el pago.

Conforme se indicó en esta providencia, el Tribunal arriba a estas conclusiones con apoyo en las pruebas practicadas en el trámite y en especial en el dictamen pericial —que no fue objetado por las partes—, experticia que después de referirse a las preguntas formuladas por ellas, en relación con el punto concreto al que se refiere la pretensión que se analiza, conceptuó así:

A la pregunta “Se determine si de acuerdo con las cláusulas contractuales se señaló término o plazo alguno para revisión o aprobación de los productos objeto del contrato”, el perito dictaminó:

“No, no se fijó plazo alguno para la revisión o aprobación de los productos objeto del contrato. Sin embargo, el contrato estipuló que debía liquidarse tres meses después de la fecha prevista para la entrega del producto final, y dicha aprobación o improbación era necesaria para efectos de la liquidación, por lo que quizá pueda inferirse un plazo máximo para la revisión del informe final.”

A la pregunta “El señor perito debe precisar en qué consistieron las labores de interventoría en lo que se refiere a la aprobación de trabajos o resultados a cargo del contratista”, el perito conceptuó:

“Las evaluaciones realizadas, tanto por los miembros del GLAT como por la interventoría, implicaban la lectura completa de los documentos para determinar su claridad y consistencia interna, su congruencia con las políticas del sistema general de seguridad social en salud, el grado de cumplimiento de los objetivos de cada producto, la oportunidad en su entrega, la presentación general del producto y el cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas tanto en los términos de referencia del proyecto como en la propuesta técnica presentada por el consorcio contratista”.

A la pregunta “¿Qué documentos exigió la interventoría para aprobar los informes y trabajos e impartir las órdenes de pago correspondientes?”, el perito conceptuó:

“...para expedir las autorizaciones de pago, el interventor evaluaba el cumplimiento del consorcio con respecto a la entrega inicial de los productos esperados para el período, de conformidad con el cronograma del proyecto así como de la factura correspondiente y de los informes de avance pactados en la cláusula tercera del contrato. En este sentido debe precisarse que las autorizaciones de los pagos intermedios procedieron sin dilaciones, porque los productos e informes del consorcio se recibieron dentro de los plazos previstos, y que el proceso de revisión de los productos intermedios no se constituyó en factor de demora para la autorización de los pagos intermedios.

Con respecto al pago final al consorcio se presentó una situación completamente diferente: El contrato establecía en el literal d de la mencionada cláusula tercera, que este pago se efectuaría “contra entrega a satisfacción de los productos contratados, previo visto bueno de los interventores y la correspondiente factura”. En este sentido, para autorizar este pago era necesario haber aprobado los productos finales en su versión definitiva.

“Este último párrafo del interventor (refiere al informe que transcribe) apunta a que el tiempo que, según él, tomaba revisar los 21 informes era muy superior a la carga previa de trabajo sobre la interventoría, lo que necesariamente implicaría demoras importantes en la aprobación de dichos informes. Como se observa en el cuadro 1, muchos de estos informes solo fueron aprobados el 31 de octubre de 2001, más de 4 meses después de entregados por el consultor”.

Por otra parte, el perito precisó:

“Por lo tanto, considero que en este caso la interventoría podría realizar una rápida revisión de los informes entregados, para constatar que no había material nuevo o desconocido para ella, y si tal era el caso, dar su aprobación a los informes. Si era necesaria la participación del GLAT, con los buenos oficios del interventor y su dedicación de tiempo completo al asunto **no se debía requerir más allá de un mes para la aprobación (o improbación) de los informes**. Y si algunos de ellos presentaban material nuevo no conocido por el interventor, era posible comenzar dando aprobación a los demás, y demorar unos pocos días más en revisar el material novedoso. En todo caso, la decisión final no debería sobrepasar los dos meses en ningún caso” (énfasis fuera del texto).

### 3.1.3. Conclusiones

Con base en lo anterior, el Tribunal tiene establecido:

- Es claro el concepto del dictamen cuando, después de analizar el proceso que siguió la aprobación de los informes de ejecución del contrato determinó “que el proceso de revisión de los productos intermedios no se constituyó en factor de mora para la autorización de los pagos intermedios...”.
- No obstante, en su condición de experto, el perito dictaminó mediante concepto que ningún reparo generó a las partes en este proceso, que en condiciones normales de ejecución, y especialmente por la dedicación (de tiempo completo), presencia constante del Interventor y el apoyo técnico con que contaba, el plazo razonable para revisar los productos presentados a su consideración por el contratista, e impartir respecto de ellos su aprobación o improbación a los efectos contractuales, no debía ser superior a un mes; y solo en casos en que se presentara material nuevo no conocido por el interventor para su revisión, tal procedimiento podía superar ese término razonable, pero nunca sobrepasar el de dos meses.
- En este caso, ello no sucedió. Tal como lo precisó el experto en el dictamen pericial que se viene de analizar, y de conformidad con la prueba documental del proceso, fue permanente la presencia del interventor en el desarrollo del contrato, y constante fue su conocimiento de los avances del mismo. Por esta razón, ninguna prueba obra en el expediente que al momento de presentarse los productos finales al interventor se le remitiera “material nuevo no conocido” por él, que ameritara o justificara un término mayor a los efectos de su revisión y aprobación o improbación.
- En consecuencia, considera el Tribunal que no existiendo disposición contractual, dando cumplimiento al artículo

1551 del Código Civil y con apoyo en la prueba pericial que obra en el proceso, el Ministerio ha debido realizar el pago final pactado al vencimiento del plazo previsto en el contrato para su liquidación.

· En atención al dictamen pericial, en el sentido que “a pesar de lo voluminoso de los informes finales, es de suponer que en el momento de su entrega el interventor probablemente conocía la mayor parte de su contenido y de sus propuestas.”, observa el Tribunal que, si bien en la cláusula 3ª del contrato modificatorio no se estipuló un plazo para que el Interventor impartiera su aprobación o improbación, en su caso, a los productos objeto del contrato, surge de la misma cláusula que dentro del término estipulado para realizar la liquidación del contrato debían las partes adelantar las gestiones tendientes a efectuarla, y dentro de ellas, de manera principal debía darse la entrega por el contratista de los productos finales, así como la aprobación por el interventor de los mismos, labor que no debía representarles mayor dificultad si, como pudo verificarse en la experticia practicada, el consultor y el Interventor estuvieron en contacto permanente durante la ejecución del contrato, y este último tuvo pleno conocimiento de los trabajos que adelantaba el contratista y que debieron plasmarse en los documentos finales.

· Adicionalmente, tampoco encuentra el Tribunal razón a la convocada cuando, a manera de justificación del incumplimiento del plazo contractual para la liquidación del contrato, atribuye al contratista haber obstruido la labor de la interventoría financiera que, en criterio del ministerio, resultaba necesaria para efectuar la liquidación.

· De los hechos, cuya ocurrencia ha podido establecerse en este proceso, de conformidad con la prueba documental aportada y el dictamen pericial practicado, encuentra el Tribunal que la liquidación del contrato no se dio dentro del término estipulado por las partes, en razón precisamente a la conducta que cada una de ellas desplegó en ese período, en defensa de su posición contractual que dio lugar a la controversia que hoy se define, pero fundamentalmente, por dos circunstancias específicas: de una parte, las exigencias que en punto a la información financiera de la ejecución del precio pactado formulara la interventoría al consultor, que este último se negó a suministrar, entendiéndolo que tal obligación no le era propia en razón de la modalidad de precio global pactado; y por otra, por la mora de la interventoría en la revisión de los productos entregados, que finalmente impartió su aprobación a los mismos, el 11 de diciembre de 2001, superando con ello, el término establecido por las partes para la liquidación final, dentro del cual, como antes lo analizó el Tribunal, debió darse la mencionada revisión.

### 3.2. El cumplimiento del contratista y el pretendido control fiscal de los recursos públicos

Del análisis probatorio realizado en este laudo, encuentra el Tribunal demostrado el cumplimiento del contratista de sus obligaciones. Adicionalmente, ninguna oposición a este aspecto propuso la convocada, salvo en lo que hace a la conducta desplegada por el contratista relativa al suministro de información financiera que, en su criterio, constituyó el impedimento para que el ministerio realizara el pago final del contrato, razón por la cual —según la convocada— ningún incumplimiento podrá predicarse de la entidad contratante en este punto, toda vez que —como lo afirma la convocada en su alegato de conclusión <sup>(28)</sup>— “lo no pagado por el Ministerio de Salud, efectivamente correspondía a valores no ejecutados en el desarrollo del mismo (contrato) y que por lo tanto no había obligación de cancelar, dada la modalidad del contrato...”.

En capítulo anterior de este laudo, el Tribunal realizó un análisis sobre la modalidad de precio global pactada por las partes como remuneración del contratista, y a él remite en este punto, como fundamento de sus consideraciones.

El precio pactado en el contrato correspondió de manera integral y global a la contraprestación estipulada por los trabajos que constituyeron su objeto, y en tal virtud sobre dicha remuneración mal podía predicarse un malentendido “control fiscal”, toda vez que la misma ingresó desde la celebración del contrato al patrimonio del consultor, como un derecho suyo, de contenido económico, y de libre disposición, sobre cuyo destino mal puede el Estado ejercer ningún tipo de control. Por ello, no encuentra el Tribunal razón a la convocada en su pretendida justificación para no pagar el último contado del precio pactado, so pretexto de que no le fue comprobado el “gasto” o “inversión” de los recursos que integraban la remuneración del contratista en el desarrollo del contrato. Ninguna obligación tenía este último en ese sentido por las razones ya expuestas en este laudo sobre las consecuencias jurídicas de la tipología de precio adoptada por las partes.

Para el Tribunal la convocada confunde el control fiscal que sobre los recursos públicos debe ejercer el Estado, con

el fin de cumplir su función verificadora de su ejecución presupuestal, con lo que, en su criterio, considera control sobre el precio del contrato que en su entender participa del concepto de “recursos públicos”. Ello no es así, puesto que en materia contractual, el control fiscal de la ejecución de los recursos estatales se ejerce con la verificación de su destino al pago de las obligaciones contraídas por el ente público en el contrato. Perfeccionado este, el precio pactado constituye la remuneración del contratista, y sobre su ejecución, destino o gasto, no podrá ejercerse, el mencionado “control fiscal”, salvo que se trate de contratos de “ejecución gradual” en los que debe acreditarse el gasto como requisito para el pago <sup>(29)</sup>, que no es la controversia que se ha sometido a la decisión de este Tribunal.

De esta manera, no encuentra el Tribunal justificado el incumplimiento del ministerio de sus obligaciones pecuniarias correspondientes al último pago pactado en el contrato, derivando de la oposición del contratista al suministro de información financiera relativa a los “costos” correspondientes a la ejecución del contrato, un impedimento para concurrir al cumplimiento de su compromiso en el término pactado al efecto, circunstancia que no ha sido acreditada en la instancia arbitral.

En la misma línea, tampoco se considera de recibo la afirmación consignada por la parte convocada en su alegato de conclusión, cuando se lamenta de “que no se cumplió con la prueba solicitada y decreta (sic) que consistía en oficiar a la representante del consorcio...” para que remitiera los documentos que soportan los cobros efectuados por la convocante. Dicha afirmación carece de todo sustento, por cuanto obra en los autos que el oficio al que se refiere la convocada fue oportunamente librado por el Tribunal, entregado al propio apoderado de la convocada y su respuesta fue aportada por el representante legal del consorcio en la audiencia en la que rindió su declaración. Tales documentos fueron incorporados al expediente a folios 161 a 183 del cuaderno principal 2, sin que el apoderado de la convocada, al tener oportuno conocimiento de los mismos hiciera ninguna manifestación en torno a su contenido. En ese orden de cosas, no se encuentra fundamento alguno a la manifestación consignada por el apoderado de la convocada, con respecto al punto bajo examen.

Por todo lo anterior, el Tribunal reitera que se encuentra plenamente acreditado en este proceso el cumplimiento del consultor de sus obligaciones bajo el contrato de consultoría N° 0386/99 y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo. Igualmente, el Tribunal recaba que, en este punto, se encuentra demostrado el incumplimiento del ministerio, y así mismo lo declarará en la decisión que adopte.

#### 4. Del perjuicio y su prueba

Previene el Tribunal en este punto que su análisis se restringirá a los contados del precio, distintos al anticipo, por cuanto en relación con este último, ninguna reclamación formula la convocante, tal como ella misma lo precisa en el alegato de conclusión, cuando afirma que:

“Aunque EL CONSORCIO no reclama mora, ni perjuicios de ninguna naturaleza en relación con el pago del anticipo, se hará referencia al mismo con el fin de evidenciar ante el Tribunal que, al contrario de lo que se predica de los trámites legales, el ministerio está en capacidad de cumplir dentro de los plazos pactados, vale decir que si no lo hace, como efectivamente ocurrió en relación con los demás pagos, no puede el juez imputar esa mora a la ley, ni a disposición administrativa alguna” <sup>(30)</sup>.

Con esta precisión, entra el Tribunal a decidir sobre las pretensiones que buscan la declaración de incumplimiento del pago de la porción del precio pactada en pesos (pretensiones sexta y décima de la demanda).

Precisado el aspecto concerniente a la aprobación de los mencionados informes y visto bueno por el Interventor del contrato, el Tribunal pasa a resolver el aspecto relacionado con la oportunidad en la cancelación de los contados —distintos al pago del anticipo— en los cuales se pactó el pago del valor de la ejecución del contrato.

##### 4.1. Del componente en pesos del precio

En relación con este punto observa el Tribunal que, de acuerdo con la cláusula 3ª del contrato de consultoría según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificatorio número 1, el ministerio se obligó a hacer el pago de la porción en pesos del precio, así:

A) Para el pago consignado en el ordinal b) de la misma cláusula, al séptimo (7º) mes de iniciada la ejecución del

contrato, previa presentación de la factura y de un informe de avance aprobado por los interventores, y en concordancia con el cumplimiento del cronograma de actividades a la fecha de corte de pago.

Al respecto el Tribunal encuentra que el 26 de julio de 2000 la parte convocante remitió la factura de venta número 6116 por valor de \$414.924.837 correspondiente al componente en pesos colombianos (fls. 236 y 239 del cdno. de pbas. 4), la cual fue cancelada por el ministerio mediante órdenes de pago números 5405 y 5406 de 25 de agosto de 2000, que sumadas ascienden al mismo valor de la factura. El 4 de septiembre de 2000, el ministerio pagó a la convocante la suma de \$314.094.656, esto es la suma facturada por el contratista previas las deducciones de ley (reteiva y reteica).

En consecuencia, el ministerio incurrió en mora de 8 días al cancelar por fuera de los treinta (30) de que disponía para hacer el pago de la porción en pesos colombianos a la que se refiere la cláusula que se analiza, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta providencia. Dicho término se tendrá en cuenta para la liquidación de dicha mora en la parte resolutive de este laudo.

B) En cuanto al pago pactado en la letra c) de la cláusula tercera del contrato, el ministerio debía realizarlo, al décimo séptimo (17) mes de iniciada la ejecución del contrato, previa presentación de la factura y de un informe de avance, y en concordancia con el cumplimiento del cronograma de actividades a la fecha de corte de pago, aprobado por los interventores.

El 15 de mayo de 2001, el consorcio presentó la factura de venta número 6322 por valor de \$ 720.198.372 correspondiente al componente en pesos colombianos, la cual fue cancelada por el ministerio mediante órdenes de pago números 1654 y 1657 de 25 de mayo de 2000, que sumadas ascienden al mismo valor de la factura. el 12 de junio de 2001, el ministerio pagó a la convocante la suma de \$645.360.347, esto es la suma facturada por el contratista, previas las deducciones de ley (reteiva y reteica) <sup>(31)</sup>.

En tanto el décimo séptimo mes de ejecución del contrato vencía el 31 de mayo de 2001, el ministerio disponía de treinta días para efectuar el pago de los montos correspondientes al componente en pesos, conforme se ha establecido en esta providencia. En la medida en que dicho pago se efectuó el 12 de junio de 2000, el ministerio lo hizo en tiempo y por tanto no habrá lugar al reconocimiento de mora por este pago.

c) Finalmente, para el pago pactado en el ordinal d) de la misma estipulación, que debía realizarse contra entrega a satisfacción de los productos contratados, previo visto bueno de los interventores y de la correspondiente factura, el Tribunal encuentra que la obligación de pago por este concepto se hizo exigible para el ministerio al vencimiento de la vigencia del contrato, esto es al expirar el plazo de ejecución (18 meses) más tres (3) meses más, conforme a la cláusulas cuarta y novena del contrato. En suma, en tanto la garantía única de cumplimiento fue aprobada el 23 de diciembre de 1999, dicho plazo expiró el 23 de septiembre de 2001.

Del saldo final del contrato, el ministerio mediante orden de pago N° 7362 de 28 de diciembre de 2001, autorizó el pago de \$314.789.766, monto del cual canceló el 2 de enero de 2002 la suma de \$282.079.003, previas las deducciones de ley.

En consecuencia, del saldo final correspondiente al último pago quedó pendiente una suma de \$148.195.542 cuya cancelación no se acreditó ante el Tribunal, por lo cual su reconocimiento será ordenado en la parte resolutive de esta providencia, con los correspondientes intereses, de conformidad con la liquidación del contrato que se practica por el Tribunal en este laudo.

#### 4.2. El componente en dólares del precio

Respecto de las pretensiones relativas a la porción del precio pactada en dólares en el contrato, el Tribunal observa:

a) En cuanto al pago pactado en la letra b) de la cláusula tercera del contrato, la convocante pretende la declaración de incumplimiento del ministerio, por el pago parcial y tardío de esta obligación.

Considera la convocante que si el 26 de julio de 2000, el consorcio presentó la cuenta de cobro por US\$132.709,

correspondiente al pago previsto en la mencionada estipulación, con las instrucciones para su consignación, el ministerio ha debido cancelarla a más tardar el 27 de agosto del mismo año, teniendo en cuenta la fecha en que se allegó el respectivo certificado de interventoría (27 de julio de 2000).

El Tribunal encuentra probado en el expediente, los hechos que vienen de enunciarse y en los que fundamenta la convocante su pretensión, razón por la cual procede analizar si, en este caso, la misma debe prosperar.

Considera el Tribunal que en la cláusula tercera del contrato de consultoría, literal b), pactaron las partes un pago al Consultor de US\$132.709, al séptimo mes de iniciada la ejecución del contrato, previa presentación de la factura y de un informe de avance. Igualmente, previeron las partes la “tasa de incorporación” a la que debían liquidarse las divisas a los efectos de su monetización, la cual fijaron en \$2.049,6 por dólar, para un total en pesos de la obligación de \$272.000.366 a pesos de diciembre de 1999.

El 27 de julio de 2000, el interventor expidió el correspondiente certificado de cumplimiento a los efectos del pago que se viene comentando, y de la suma pactada, autorizó la cancelación de US\$132.709.

Por las dificultades surgidas entre las partes en relación con la procedencia del pago del IVA correspondiente a esta porción del precio en dólares, el contratista presentó nuevamente una cuenta de cobro por el mismo concepto, descontando el IVA, por valor de US\$115.377,14. La suma descontada por concepto del IVA ascendió a US\$17.309,87, valor respecto del cual, el Consorcio se reservó el derecho de reclamar con posterioridad <sup>(32)</sup> .

Debe precisar el Tribunal en este punto que a los efectos de esta reclamación tendrá en cuenta que la obligación de pago del impuesto al valor agregado IVA surge para el responsable de su recaudo al momento de presentar la respectiva facturación. En este caso concreto encuentra el Tribunal que en lo que hace al valor del IVA que se reclama dicha obligación surgió con la presentación de la segunda cuenta de cobro, esto es la que fue radicada el 13 de diciembre de 2000 y que obra a folios 239 y 240 del cuaderno de pruebas 1.

No hará lo mismo el Tribunal respecto de la reclamación que sobre este pago se formula, relacionada con la mora de la porción en dólares del precio del contrato. A este efecto el Tribunal considerará la fecha en que ha debido realizarse el pago.

Mediante órdenes de pago 9260 y 9814 del 13 y 29 de diciembre de 2000, respectivamente <sup>(33)</sup> , el ministerio, autorizó el pago de la mencionada cuenta de cobro, por un valor total de US\$102.705, previa deducción de los impuestos correspondientes. El pago efectivo se realizó por el Ministerio los días 6 y 8 de febrero de 2001, mediante transferencias bancarias a las sociedades Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed, siguiendo las instrucciones de consignación impartidas por el consorcio.

En este proceso, la convocante pretende el reconocimiento de los intereses moratorios causados por el pago tardío de esta obligación y del IVA descontado del pago en dólares previsto en el literal b) de la cláusula tercera del contrato, a lo cual accederá el Tribunal, por las razones que se exponen en el capítulo denominado “El reconocimiento del IVA del componente en dólares del precio pactado”, cifra respecto de la cual se liquidarán los intereses de ley, de conformidad con las consideraciones antes expuestas en relación con el término en el que se causaron dichos intereses, sin perjuicio de la actualización ordenada por la ley en estos casos, todo lo cual se incluirá en la liquidación del contrato que se practica por este Tribunal.

b) En relación con el pago pactado en la letra c) de la cláusula tercera del contrato, pretende la convocada el reconocimiento de US\$8.975,48 “descontados por el ministerio con el fin de trasladar al contratista su error de información en relación sobre como debía tramitarse el IVA”, de la suma estipulada de US\$68.812 que liquidados a la “tasa de incorporación” de \$2.239 por dólar, ascendía a un valor de \$154.070.068.

Encuentra el Tribunal que el 15 de mayo de 2001, fecha contractualmente estipulada a este efecto, la convocante presentó la respectiva cuenta de cobro <sup>(34)</sup> , por un valor de US\$59.836,52 que resultaba de haber descontado de la suma pactada de US\$68.812 la cantidad correspondiente al IVA por valor de US\$8.975,48, previa reserva de reclamarla posteriormente.

Consta igualmente en el expediente, que el interventor expidió la certificación de cumplimiento requerida a los

efectos del pago, el 18 de mayo de 2001 <sup>(35)</sup>, autorizando el pago de US\$68.812.

El 23 de julio de 2001, según consta en prueba documental que obra a folios 203 y 204 del cuaderno de pruebas N° 4, el ministerio expidió las órdenes de pago 3163 y 3165 autorizando el pago por un valor total de US\$53.254,50, previos los descuentos correspondientes a impuestos. Esta suma fue efectivamente pagada por el ministerio, mediante transferencias bancarias a las firmas extranjeras integrantes del consorcio, siguiendo las instrucciones de consignación del mismo en este sentido.

En este proceso, la convocante pretende el reconocimiento del IVA descontado del pago en dólares previsto en el literal c) de la cláusula tercera del contrato, a lo cual accederá el Tribunal, por las razones que se exponen en el capítulo denominado “El reconocimiento del IVA del componente en dólares del precio pactado”, cifra respecto de la cual se liquidarán los intereses de ley, de conformidad con las consideraciones antes expuestas en relación con el término en el que se causaron dichos intereses, sin perjuicio de la actualización ordenada por la ley en estos casos, todo lo cual se incluirá en la liquidación del contrato que se practica por este Tribunal.

c) En relación con el pago pactado en la letra d) de la cláusula tercera del contrato, pretende la convocada el reconocimiento de US\$5.769,91 que en criterio de la convocante le fueron descontados indebidamente al consorcio, por concepto del IVA.

Observa el Tribunal, en primer término que este contado en dólares correspondía al último pago contractualmente pactado y, por ello, de conformidad con lo establecido por el Tribunal en relación con la porción en pesos de este instalamento, debió en principio cancelarse a más tardar el 23 de septiembre de 2001.

Encuentra el Tribunal acreditado en el proceso que solo hasta el 2 de noviembre de 2001 el consorcio presentó la cuenta de cobro por la porción en dólares del último pago que le era debido por el ministerio, por valor de US\$38.466, previo descuento de la suma correspondiente al IVA que reclama, con la misma reserva antes formulada en relación con su posterior reclamación.

Por otra parte, consta en el expediente <sup>(36)</sup>, que solo hasta el 11 de diciembre de 2001, el interventor expidió el certificado de cumplimiento requerido para el pago. En relación con este hecho y respecto de la incidencia del mismo en la pretensión que se analiza, el Tribunal se atiene a lo ya expresado al estudiar el pedimento formulado por la convocante respecto de la porción en pesos de este último pago. Por lo mismo, no encuentra que la expedición extemporánea del certificado de cumplimiento por el Interventor, sin justificación probada, sea elemento a considerarse en el análisis de la causación y exigibilidad de la obligación de pago del Ministerio en este punto.

También se encuentra probado que presentada la cuenta de cobro por el Consultor por valor de US\$38.466, previo descuento del IVA, como antes se vio, el Interventor autorizó el pago de la suma de US\$43.236.38.

Mediante órdenes de pago 7408 y 7409 de 19 de diciembre de 2001, el ministerio autorizó el pago de US\$29.111,24 y de US\$4.349,45 para ser consignados a las empresas extranjeras integrantes del consorcio, para un total de US\$33.461. Esta suma es la resultante de restar al valor correspondiente al último pago en dólares de US\$44.236, el valor de las deducciones por impuestos que constan a folios 269 y 270 del cuaderno de pruebas N° 4 por la suma de US\$9.775,19, y la suma de US\$999 que fueron descontados del valor inicial por el Interventor al autorizar el pago, porque en criterio del mismo —plasmado en su informe final y acogido por el ministerio— “los recursos no ejecutados corresponden a la suma de \$148.195.542 y US\$999.62 por no haber sido utilizados durante la ejecución” <sup>(37)</sup>.

En relación con el descuento de US\$999.62 el Tribunal se atiene a sus consideraciones respecto del precio global pactado en el contrato, y por lo mismo, procederá a su reconocimiento con los intereses correspondientes.

El pago efectivo de la suma autorizada por el interventor, previos los descuentos por impuestos, se realizó por el ministerio mediante las respectivas transferencias bancarias el 20 de febrero de 2002.

#### 4.3. El reconocimiento del IVA del componente en dólares del precio pactado

El objeto del derecho tributario es la obligación tributaria sustancial, como vínculo de derecho público. En virtud de este vínculo y por expresa disposición legal, surge para el sujeto pasivo (contribuyente) una obligación de pago frente al sujeto activo (El Estado), por concepto del impuesto, en cuanto realice **la conducta** que la ley ha establecido como presupuesto del hecho generador de la obligación tributaria.

El tributo, en estos términos, se fundamenta en el ejercicio del poder soberano del Estado. Para que la obligación tributaria sea predicable válidamente del sujeto pasivo de la misma, se requiere que el legislador precise de modo inequívoco: Los sujetos de la obligación; el hecho y la base imponible y por último el tipo impositivo.

Los hechos sobre los que recae el impuesto al valor agregado (IVA) (o hechos generadores de la obligación tributaria), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del estatuto tributario, son los siguientes: (i) Las ventas de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidas expresamente; (ii) La prestación de servicios en el territorio nacional; (iii) La importación de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidos expresamente. Su imposición determina un vínculo de derecho público que somete a todas las personas que desarrollen las actividades previstas en la ley como situaciones de hecho generadoras del impuesto.

El artículo 437 del estatuto tributario tiene como sujeto pasivo del impuesto, entre otros, a los comerciantes y a los agentes económicos que, de manera general, “presten servicios”.

Impone el Estado la obligación de retención del impuesto al valor agregado IVA, entre otros agentes, a los organismos o dependencias estatales a los que la ley otorgue la capacidad para celebrar contratos.

Por su parte, el legislador también prevé el “momento de causación” del impuesto, que en materia de prestación de servicios, será “la fecha de emisión de la factura o documento equivalente, o en la fecha de terminación de los servicios o del pago o abono en cuenta, la que fuere anterior” (E.T., art. 429).

En cuanto a la base gravable del impuesto, es claro el artículo 447 de la ley tributaria, al establecer que “En la venta y prestación de servicios la base gravable será el valor total de la operación sea que esta se realice de contado o a crédito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiación ordinaria o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones, seguros, comisiones, garantías y demás erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y, aunque considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposición”.

Corresponde a este Tribunal decidir sobre la pretensión señalada por la parte convocante que busca que se reconozca el valor correspondiente al impuesto de valor agregado de la parte acordada en dólares del precio del contrato, que se descontó indebidamente —en criterio de la convocante— de aquella que se pactó como contraprestación a la consultoría contratada.

Aparece en la cláusula segunda del contrato de consultoría la determinación del valor de este así:

“VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato es de dos mil quinientos noventa y siete millones, doscientos setenta y dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos colombianos (\$2.597.272.449) incluido del IVA, más doscientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y siete dólares americanos (US\$ 245.757)”.

De la cláusula transcrita infiere el Tribunal que las partes contratantes dejaron expresada claramente su voluntad en cuanto a que en el componente en pesos colombianos del valor del contrato, se había incorporado el impuesto de valor agregado, IVA; pero, en cambio el componente en dólares no lo había incluido.

El Tribunal ha examinado los diferentes documentos que al respecto existen en el proceso y encuentra que el hecho de no haber estipulado explícitamente en la cláusula mencionada que la parte en dólares no incluía el IVA, se fundamentaba en el criterio que mantenía el Ministerio de que los pagos en el exterior excluían tal impuesto, ya que el giro lo realizaba el BID directamente al contratista, y por ello, a pesar de que el consorcio lo había incluido en su propuesta, esta se modificó excluyéndolo con el fundamento anteriormente señalado.

En este punto, el Tribunal se limita a dar aplicación a la ley y a los expuestos pactos de las partes sobre la materia. Es por ello, que no comparte el Tribunal la posición del agente del Ministerio Público cuando en su alegato de conclusión advierte la “Incompetencia del Tribunal para conocer de lo concerniente al IVA”, por cuanto, en su



criterio, considera que el asunto fue resuelto en acto administrativo (la resolución de adjudicación), “acerca del cual el Tribunal carece de competencia para decidir”. Encuentra el Tribunal, que no le asiste razón al delegado del Ministerio Público, por cuanto, adjudicado el concurso sobre las bases que han sido objeto de análisis por el Tribunal en capítulo anterior de este Laudo, las partes expresamente consignaron en el documento contractual el modo como se pagaría el precio del contrato. Y este pacto no supone la modificación del acto administrativo de adjudicación, por cuanto a lo que este se limitó, siguiendo en ello la ley, fue a reconocer el precio del contrato en los términos en que fue ofrecido por el contratista, declarando que a dicho precio integralmente considerado, sería adicionado el IVA, según el mandato legal sobre la materia. Posteriormente, al suscribir el contrato, las partes distribuyeron la carga Tributaria en la forma como les resultó más conveniente a sus mutuos intereses.

Sin embargo, en desarrollo del contrato y cuando el consorcio debía recibir en las fechas acordadas el pago de su consultoría, el ministerio, ante inquietudes y controversias que se presentaron sobre el tema y luego de formular consultas al Ministerio de Hacienda, optó por cubrir su error o su equivocada interpretación, y procedió a descontarle al consorcio el valor correspondiente al IVA, del monto que debía cancelarle en dólares.

Para el Tribunal, el impuesto al valor agregado es una gravamen que la ley ha establecido; como tal afecta determinados productos y servicios y no puede ser desconocido por quien tiene la obligación de reconocerlo, liquidarlo y pagarlo.

En los contratos estatales es deber del ente público contratante estimar la carga tributaria que afecta el presupuesto del contrato; igualmente es responsabilidad del contratista sopesar el impacto tributario en el precio ofertado. De esta manera, se establece la ecuación en cuanto hace a los gravámenes que deben ser previstos por las partes al pactar el precio contractual.

Ahora bien, como lo reseñara el Tribunal, en materia tributaria distintos son los responsables de los tributos en cuanto a su recaudo y pago, asignación de responsabilidades que compete exclusivamente al legislador y que, por lo mismo, escapa a la capacidad de disposición de las partes contractuales. En el caso que ocupa la atención de este Tribunal, corresponde al ministerio la carga tributaria correspondiente, en su condición de receptor del servicio contratado; la responsabilidad del recaudo del impuesto —a favor y con destino al Estado— es del prestador de ese servicio, vale decir el contratista consultor.

Es por ello que el impuesto que afecte el precio de un contrato y cuya liquidación tenga como base el valor de la remuneración pactada por el bien o servicio objeto del negocio jurídico, no se integra al monto de la contraprestación. En otras palabras, el gravamen no es un elemento del precio ni tiene vocación remuneratoria.

Ahora bien, atendiendo los principios de libertad negocial y de autonomía de la voluntad que gobierna la contratación en general y la actividad contractual pública les es permitido a las partes contractuales asignar y asumir las cargas del contrato relativas a los gravámenes que lo afectan. Ello no implica que las partes tenga capacidad para cambiar, sustituir o modificar los sujetos pasivos y activos de una obligación tributaria; esta es tarea legislativa. Lo que sí pueden hacer las partes de un contrato es asumir en términos económicos el valor total o parcial de un impuesto con independencia de la responsabilidad que en punto a su titularidad haya asignado el legislador. Y esto fue precisamente lo que hicieron las partes del contrato 386 de 1999, en relación con el componente en pesos del precio pactado.

En efecto, como de manera inequívoca surge de la estipulación contractual respectiva, el contratista consultor asumió la carga económica correspondiente al IVA que gravó la parte en pesos del valor del contrato, costo que debió prever en el precio global ofrecido. No sucedió lo mismo en relación con el componente en dólares de la remuneración pactada, respecto del cual nada estipularon las partes frente a la asunción del valor del gravamen.

Ante el silencio de las partes, acude el Tribunal a la ley y encuentra que al ser el ministerio el sujeto pasivo del IVA, le corresponde asumir su pago, el cual por disposición legislativa deberá realizarse a quien es responsable del recaudo, que no es otro que el contratista.

Por todo lo anterior, no encuentra el Tribunal procedente la interpretación analógica que pretende hacer el ministerio ante la ausencia de estipulación expresa sobre a quién correspondía esta carga tributaria del IVA en

moneda extranjera. En esta materia, no es de recibo la analogía puesto que existe norma expresa que regula el supuesto en discusión.

La interpretación equivocada del ministerio —que no mala fe, pues esta entidad asumió esta conducta con experiencias que anteriormente en tal sentido se habían presentado, pero que no por ello justifican su error—, lo llevaron a realizar descuentos de la porción en dólares del precio pactado por concepto del IVA, cuando los valores correspondientes a este impuesto no se encontraban incluidos en la misma. De esta manera, el ministerio disminuyó la remuneración correspondiente a la porción en dólares causando al contratista el perjuicio cuya reparación pretende y que se concreta en la pretensión de pago de los saldos correspondientes a los valores dejados de recibir con ocasión de los mencionados descuentos.

Vale la pena destacar que desde la primera cuenta que formuló el consorcio al observar el descuento que por el IVA en dólares estaba haciendo el ministerio, dejó permanentemente constancia y protesta de su desacuerdo y exigencias para que se completara el pago total acordado de las cuotas respectivas sin afectación o disminución de ninguna clase.

#### 5. La liquidación del contrato de consultoría N° 386 del 22 de diciembre de 1999

En cuanto hace a la liquidación del contrato estatal de consultoría N° 0386 del 22 de diciembre de 1999, la convocante reclama de este Tribunal, de una parte, algunos pronunciamientos relativos al incumplimiento que atribuye a la entidad contratante respecto de lo que entiende su obligación de liquidar el contrato, pedimentos que concreta en las pretensiones séptima, octava y novena de su demanda. En efecto, reclama la convocante de este Tribunal los siguientes pronunciamientos:

“Que se declare que el ministerio no efectuó la liquidación del contrato en los términos pactados en la cláusula vigésima del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 —dentro de los tres meses siguientes contados a partir de la finalización del contrato—, esto es, a más tardar el 23 de septiembre de 2001” (pretensión séptima).

“Que se declare que el ministerio no efectuó la liquidación del contrato dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para la liquidación en la cláusula vigésima del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999, es decir, dentro del plazo establecido en la letra (d) del Código Contencioso Administrativo” (pretensión octava).

“Que se declare que a la fecha de presentación de la demanda, el ministerio no efectuó labor alguna tendiente a la liquidación del contrato, no obstante haber sido requerido para efectuarla, según consta en la prueba que se anexa” (pretensión novena).

En relación con estas pretensiones declarativas, el Tribunal considera:

##### 5.1. La oportunidad de la liquidación del contrato en el plazo pactado por las partes a este efecto: (pretensión séptima)

Observa el Tribunal en este punto que es facultad autónoma y libre de las partes de un contrato estatal, determinar el plazo a los efectos de su liquidación; la ley, en este caso, es simplemente supletiva de la voluntad de los contratantes, cuando ellos guarden silencio respecto del término en que habrá de darse la liquidación del contrato.

Téngase en cuenta que el acto de liquidación de un contrato es sencillamente un acto de ejecución; en él debe constar la historia de su desarrollo; siendo por ello, un mero cruce de cuentas, y en sí mismo no constituye una “decisión” administrativa, que ponga fin a una actuación de la misma índole. Cuando el legislador le concede a la entidad la potestad unilateral de liquidar el contrato estatal, lo hace con el claro propósito de que estos no se queden sin cumplir con esta instancia que cierra completamente el círculo contractual.

En el presente caso, encuentra el Tribunal que las partes, de manera expresa, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24, numeral 5°, literal f), 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, regularon lo concerniente a la liquidación del contrato en la cláusula vigésima del mismo, en los siguientes términos:

**“LIQUIDACIÓN:** La liquidación final del presente contrato se adelantará dentro de los tres meses siguientes contados a partir de la finalización del plazo de ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta que el plazo de ejecución contractual venció el 23 de junio de 2001, <sup>(38)</sup> la liquidación del contrato estatal de consultoría debió darse, de conformidad con el pacto contractual, a más tardar el 23 de septiembre de 2001.

No obra en el expediente constancia alguna de haberse realizado la liquidación del contrato; por el contrario, es hecho reconocido por las partes que la misma no se dio, por las razones que cada una expone en defensa de su posición procesal.

Por todo lo anterior, teniendo en cuenta las consideraciones del Tribunal en capítulo anterior de este laudo, la fecha de entrega de los trabajos finales y el vencimiento del plazo de ejecución contractual, concluye el Tribunal del acervo probatorio del proceso, que, en efecto, el ministerio no efectuó la liquidación del contrato N° 386 de 1999 dentro del plazo contractual previsto a este efecto, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

## 5.2. La oportunidad de la liquidación del contrato en el término legal (pretensión octava)

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que como se vio es norma supletiva de la voluntad de las partes, dispone:

“Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o en su defecto, a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación. (...)”.

Sobre este tema precisó, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 1° de diciembre de 1999 (consulta radicación N° 1.230):

“Uno de los principios de la contratación estatal es el de transparencia que desarrolla el artículo 24 de la Ley 80. En el numeral 5° letra f) de este artículo se especifica que, en virtud de ese principio en los pliegos de condiciones o términos de referencia se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Y agrega: “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral , o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

(...).

“En cuanto al término dentro del cual debe procederse a la liquidación puede advertirse que el régimen normativo, partiendo desde el establecimiento convencional del término para ello hasta llegar a la liquidación judicial del contrato, pretende que la relación jurídica contractual quede sometida finalmente a un corte de cuentas en el que se establezcan los saldos a favor o en contra de las partes, sin que esta situación sea indefinida.

“Dentro de una interpretación finalista del estatuto de contratación administrativa y de las normas del derecho común, no debe aceptarse a la luz de la lógica jurídica que el contrato quede sin posibilidad de liquidarse y de conocerse la realidad económica de los extremos contratantes, por lo menos antes del vencimiento del término de caducidad de la acción contractual respectiva.

“El vencimiento de los términos indicados en la ley trae consecuencias de orden disciplinario, y aún de tipo penal, para los servidores públicos responsables, pero no lleva a la imposibilidad de lograr la certeza de las obligaciones mutuas derivadas del contrato y que deben quedar precisadas en el acta de liquidación.

“Esta conclusión se refuerza con el preciso mandato de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que trae un término de dos (2) años siguientes “al incumplimiento de la obligación de liquidar”, para incoar la acción en sede judicial.

“Pero vencido el término de caducidad de la acción contractual, y por tanto, pérdida la oportunidad para alegar

judicialmente que se liquide el contrato, ya no es posible, de ninguna manera la liquidación del mismo. En este caso, se insiste, si hubiera existido negligencia de la administración, el jefe o representante legal de la entidad respectiva, o cualquier servidor público que así llegare a determinarse, podrán incurrir en la responsabilidad legal a que haya lugar, por el no cumplimiento oportuno de sus deberes”.

Por su parte, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según su modificación por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, dispone:

“Caducidad de las acciones.

“(…).

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
- b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;
- c) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;
- d) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

De conformidad con el acervo probatorio del proceso que ha sido objeto de análisis por el Tribunal, se encuentra que el ministerio no efectuó la liquidación del contrato dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para la liquidación en la cláusula vigésima del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999, es decir, dentro del plazo establecido en la letra (d) del Código Contencioso Administrativo, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

### 5.3. La gestión de la entidad contratante para efectuar la liquidación del contrato (pretensión novena)

En relación con este punto encuentra el Tribunal de conformidad con la prueba documental allegada al proceso y de los testimonios recibidos en el trámite, que en efecto, el ministerio sí adelantó la gestión que en su criterio resultaba indispensable para efectuar la liquidación del contrato <sup>(39)</sup>. Esta gestión se refirió sustancialmente a los requerimientos reiterados que formulara al contratista en relación con la información financiera de la ejecución del contrato, la cual consideraba necesaria para establecer los saldos del mismo. El contratista se negó al suministro de esta información, puesto que en su criterio, tal obligación no le era exigible en razón de la modalidad del precio global pactado.

Obra en el expediente prueba de que el contratista solo remitió la información requerida por su contratante hasta el 22 de noviembre de 2001, hecho este que en sentir de la convocada “decisivamente incidió para retrasar el último pago y la liquidación, toda vez que cualquier acción al respecto, sin los soportes mínimos sobre la ejecución de recursos públicos, podría ser lesiva para los intereses económicos de la entidad contratante” <sup>(40)</sup>.

Encuentra el Tribunal que fueron precisamente estas posiciones contractuales de las partes las que impidieron la liquidación del contrato y que finalmente generaron la controversia que se define en este laudo, y si bien el Tribunal no comparte la posición de la convocada, por las razones expuestas anteriormente en esta providencia en relación con las consecuencias jurídicas derivadas del pacto del precio del contrato bajo la modalidad de “precio

global”, no encuentra que el ministerio no hubiere adelantado las gestiones que creyó necesarias para efectuar la liquidación del contrato, según su entendimiento de sus estipulaciones.

Por las consideraciones que anteceden, el Tribunal no accederá a la pretensión novena de la demanda.

III. Consideraciones del tribunal en relación con las pretensiones de condena. Liquidación del contrato (pretensión décima)

En sentir de la convocante <sup>(41)</sup> :

“La experiencia en contratación estatal demuestra que la administración a instancia de una debida interpretación ha decidido que todo contrato debe liquidarse. En efecto, en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por la Ley 446 de 1998, se señala para efectos de la caducidad de la acción, a partir de cuando corre el término de la misma, según se requiera o no liquidación. Este es uno de los casos donde la liquidación no debía pactarse, pero el ministerio, como todas las entidades decidió incluirla y ello implica atender tal previsión”.

No entra el Tribunal a analizar —porque ello no le ha sido solicitado— si en el contrato de consultoría N° 0386/99, atendiendo su naturaleza y objeto, procedía o no de conformidad con la normativa vigente sobre la materia, la instancia de liquidación del contrato, en los términos establecidos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Encuentra el Tribunal que esa fue la intención clara y expresa de las partes (cláusula vigésima del contrato) y a ella se atenderá en la presente providencia, toda vez que nada se opone al acuerdo de las partes en este sentido, y sabido es, que en contratación estatal, podrán incluirse “las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes” <sup>(42)</sup> , para la ejecución del contrato, todo dentro del principio de la autonomía de la voluntad, imperante en esta materia, que permite a las partes del contrato estatal cualquier estipulación lícita que consideren conveniente para la debida ejecución del contrato que celebran, como ya lo advirtiera el Tribunal en este laudo.

En la pretensión décima reclama de este Tribunal la liquidación judicial del contrato de consultoría N° 0386 del 22 de diciembre de 1999. Reitera esta solicitud la convocante en el alegato de conclusión y solicita que en dicha liquidación se incluyan las condenas derivadas de las declaraciones que impetra de este Tribunal.

A los efectos de este pedimento, el Tribunal, de conformidad con el análisis que en este sentido realizó en capítulo anterior de este laudo, considera que es oportuna la petición formulada, y habida cuenta de su procedencia, y de así establecerlo, efectuará la liquidación del contrato, de conformidad con la ley, en los términos solicitados en la demanda, e incluyendo en ella las condenas que proferirá en este Laudo, de las cuales ya se ha realizado el respectivo análisis en relación con su viabilidad.

Para realizar la liquidación del contrato estatal de consultoría N° 386 de 1999, tendrá en cuenta:

- El plazo razonable para el pago oportuno de los instalamentos correspondientes a los meses 7 y 17 del precio pactado es de treinta (30) días contados a partir de la presentación de la factura o cuenta de cobro respectivas por el consultor y la acreditación de cumplimiento impartida por el interventor, de conformidad con lo expuesto en capítulo anterior de este laudo.
- En relación con el último pago previsto en el literal d) de la cláusula tercera del contrato, el Tribunal tendrá en cuenta que el mismo debió realizarse, en cuanto hace al componente en pesos, dentro de los tres meses pactados por las partes a los efectos de la liquidación del contrato, habida cuenta que los productos finales y la respectiva factura se presentaron por el consultor el 22 de junio de 2001, y el vencimiento del término de ejecución contractual ocurrió el 23 de junio de 2001. En todo caso, el Tribunal para el cálculo de la mora en relación con este último pago, tendrá en cuenta el plazo de treinta (30) días como término razonable en el que ha debido producirse el pago, contados a partir de la fecha en que de conformidad con lo establecido en este laudo, se hubiere hecho exigible la obligación.
- En cuanto hace al impuesto de valor agregado - IVA que se reclama por la convocante en relación con el componente en dólares del precio pactado, el Tribunal tendrá en cuenta la fecha de presentación de la respectiva

cuenta de cobro, a los efectos del reconocimiento que se decretará en este laudo.

· Respecto de la actualización sobre las sumas que integrarán la condena que se profiere en este laudo, el Tribunal aplicará el índice de precios al consumidor, IPC, tomando como referentes las fechas en que se causó la obligación y la de esta providencia, respectivamente.

· Las cifras que se consignan en esta liquidación se encuentran debidamente actualizadas con el último índice disponible: mayo de 2003 (143,74).

· Para el cálculo de la mora, el Tribunal dará aplicación al parágrafo de la cláusula décima novena del contrato, en cuanto dispone que “en caso de incumplimiento de los pagos por parte del Ministerio de Salud, se causarán intereses moratorios iguales a la tasa de interés legal civil” (6%).

De conformidad con lo anterior, y lo expuesto en esta providencia en relación con cada una de las pretensiones de la demanda, el Tribunal liquida el contrato estatal de consultoría N° 0386 de 1999, en los siguientes términos.

#### 1. Porción del precio pactada en pesos colombianos

1.1. Pago pactado en la letra b) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 0386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificadorio N° 1

Valor pactado: \$414'924.837 (incluido IVA):

Valor pagado: \$314'094.656 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Fecha de presentación de la factura y acreditación de cumplimiento: 26 de julio de 2000.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago (30 días siguientes): 26 de agosto de 2000.

Fecha efectiva de pago: 4 de septiembre de 2000.

Días de mora: 8 días.

Valor actualizado a la fecha efectiva del pago: \$315.432.501

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a septiembre 4 de 2000 (fecha de pago): \$408.707

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$499.231

1.2. Pago pactado en la letra c) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificadorio N° 1:

Valor pactado: \$720.198.372 (incluido IVA):

Valor pagado: \$639.370.600 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Fecha de presentación de la factura: 15 de mayo de 2001.

Fecha de acreditación de cumplimiento: 18 de mayo de 2001.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago (30 días siguientes): 18 de junio de 2001.

Fecha efectiva de pago: 12 de junio de 2000.

Días de Mora: 0 días.

1.3. Pago pactado en la letra d) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificadorio N° 1

Valor pactado: \$462.985.308 (incluido IVA):

Valor pagado: \$282.079.003 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Fecha de presentación de la factura: 2 de noviembre de 2001.

Fecha de acreditación de cumplimiento: 11 de diciembre de 2001.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago (30 días siguientes al vencimiento del término para la liquidación del contrato, que debió ocurrir el 23 de septiembre de 2001): 23 de octubre de 2001.

Fecha efectiva de pago: 2 de enero de 2002.

Días de mora: 71 días.

Valor actualizado a la fecha efectiva del pago: \$468.798.001

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a 2 de enero de 2002 (fecha de pago): \$5.418.465

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$ 6.042.840

1.4. Saldo del pago pactado en la letra d) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 0386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificatorio N° 1.

Valor pactado: \$462.985.308 (incluido IVA):

Valor pagado: \$282.079.003 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Saldo a favor del contratista: \$148.195.542

Fecha de presentación de la factura: 2 de noviembre de 2001.

Fecha de acreditación de cumplimiento: 11 de diciembre de 2001.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago (30 días siguientes al vencimiento del término para la liquidación del contrato, que debió ocurrir el 23 de septiembre de 2001): 23 de octubre de 2001.

Fecha efectiva de pago parcial (de \$ 282.079.003): 2 de enero de 2002.

Días de mora (entre el 23 de octubre de 2001 y el 2 de enero de 2002): 71 días.

**Valor actualizado a la fecha efectiva del pago (2 de enero de 2002) : \$ 165.272.254,59**

Pago del saldo pendiente: No ha ocurrido.

Días de mora (de enero 2 de 2002 a 24 de junio de 2003): 538 días.

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$ 14.267.673,13

2. Porción pactada en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica

2.1. Pago pactado en la letra b) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificatorio N° 1

Valor pactado: US\$132.709.

Tasa de incorporación: \$2.049.6 por dólar.

Valor pactado en pesos: \$272.000.366,40.

Valor pagado en dólares: US\$102.705,22

Valor pagado en pesos: \$210.504.618 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Fecha de presentación de la cuenta de cobro: 26 de julio de 2000.

Fecha de acreditación de cumplimiento: 27 de julio de 2000.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago (30 días siguientes): 27 de agosto de 2000.

Fecha efectiva de pago: 8 de febrero de 2001.

Días de mora: 166 días.

Valor actualizado a la fecha efectiva del pago: \$219.722.112

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a 8 de febrero de 2001 (fecha de pago): \$5.823.371,62

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$ 6.843.805

Valor IVA en dólares: US\$ 17.309.87

Valor IVA en pesos: \$ 35.478.309,55

Fecha de presentación de la segunda cuenta de cobro: 13 de diciembre 2000.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago (30 días siguientes): 13 de enero de 2001.

Fecha efectiva de pago: no ha ocurrido.

Días de mora: 892 días.

**Valor actualizado a la fecha efectiva del laudo : \$42.484.426**

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a la fecha del Laudo: \$ 5.897.288,23

2.2. Pago pactado en la letra c) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificadorio N° 1

Valor pactado: US\$68.812.

Tasa de incorporación: \$2.239 por dólar.

Valor pactado en pesos: \$154.070.068.

Valor pagado en dólares: US\$53.254,50 <sup>(43)</sup>

Valor pagado en pesos: \$119.236.826 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Fecha de presentación de la cuenta de cobro: 15 de mayo de 2001.

Fecha de acreditación de cumplimiento: 18 de mayo de 2001.



Fecha en que ha debido efectuarse el pago (30 días siguientes): 18 de junio de 2001.

Fecha efectiva de pago: 20 de agosto de 2001.

Días de mora: 63 días.

Valor actualizado a la fecha efectiva del pago: \$119.677.960

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a 20 de agosto de 2001 (fecha de pago): \$1.226.606,47

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$ 1.392.821

Valor IVA en dólares: US\$ 8.975,48

Valor IVA en pesos: \$ 20.096.099,72

Fecha de presentación de la cuenta de cobro: 15 de mayo 2001.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago: 18 de junio de 2001.

Fecha efectiva de pago: no ha ocurrido.

Días de mora: 763 días.

**Valor actualizado a la fecha efectiva del pago:\$22.903.685,49**

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$ 2.641.464,13

2.3. Saldo del pago pactado en la letra d) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificatorio N° 1

Valor pactado: US\$44.236.

Tasa de incorporación: \$2.239 por dólar.

Valor pactado en pesos: \$99.044.404.

Valor pagado en dólares: US\$38.460,69

Valor pagado en pesos: \$74.918.485 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Fecha de presentación de la cuenta de cobro: 2 de noviembre de 2001.

Fecha de acreditación de cumplimiento: 11 de diciembre de 2001.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago: 23 de octubre de 2001.

Fecha efectiva de pago: 20 de febrero de 2002.

Días de mora: 120 días.

Valor actualizado a la fecha efectiva del pago: \$ 76.812.310

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a 20 de febrero de 2002 (fecha de pago): \$1.481.922,90

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$ 1.632.177

Valor IVA en dólares: US\$ 5.769,91

Valor IVA en pesos: \$ 12.918.835

Fecha de presentación de la cuenta de cobro: 2 de noviembre de 2001.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago: 2 de diciembre de 2001.

Fecha efectiva de pago: no ha ocurrido.

Días de mora: 569 días.

Valor actualizado a la fecha efectiva del pago: \$14.522.152,58

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a la fecha del laudo (con actualización): \$ 1.319.200,85

2.4. Valor descontado del pago pactado en la letra d) de la cláusula tercera del contrato de consultoría N° 386 de 1999, según su modificación por la cláusula segunda del contrato modificadorio N° 1

Valor pactado: US\$44.236.

Tasa de incorporación: \$2.239 por dólar.

Valor pactado en pesos: \$99.044.404.

Valor pagado en dólares: US\$33.461

Valor pagado en pesos: \$74.919.179 (monto pagado, previa deducción de impuestos).

Fecha de presentación de la cuenta de cobro: 2 de noviembre de 2001.

Fecha de acreditación de cumplimiento: 11 de diciembre de 2001.

Fecha en que ha debido efectuarse el pago: 23 de octubre de 2001.

Descuento por inexecución: US\$999.00

Valor descuento en pesos: \$2'236.761

Fecha efectiva de pago: No ha ocurrido.

Días de mora: 609 días.

**Valor actualizado a la fecha efectiva del pago: \$2.525.823**

Tasa de interés anual: 6%.

Valor intereses a la fecha del Laudo (con actualización): \$ 244.111

**TOTAL A FAVOR DEL CONTRATISTA: \$285.719.019,00**

#### IV. Costas

Este tribunal ha afirmado en anteriores consideraciones de este laudo, y en especial en las relacionadas con los acuerdos de las partes a los efectos del pago del precio pactado en el contrato, así como en los planteamientos que sirven de fundamento al reconocimiento del IVA del componente en dólares del precio pactado, que con

fundamento en los artículos 83 de la Constitución Política colombiana, 1603 del Código Civil aplicables a la contratación administrativa, las partes deben obrar de buena fe en el desarrollo de su relación negocial.

La buena fe entendida como el comportamiento claro, transparente, honesto, leal, respetuoso de la ley y del contrato, deja sus huellas en las actividades diarias que las entidades en cabeza de sus representantes o apoderados o los individuos realizan.

En este proceso las partes y sus apoderados, si bien han tenido divergencias y puntos de vista y de interpretación jurídica y probatoria disímiles, han obrado con respeto, tolerancia y claridad, y con la fortaleza de sus argumentaciones respaldando sus afirmaciones, pero sin que ello conlleve ni permita deducir de sus conductas actitudes torticeras, engañosas o de mala fe que pudieran llevar al tribunal a descalificarlas o sancionarlas, reconociendo antes, por el contrario, su buen proceder y obrar en el desarrollo del contrato como en el de este proceso, lo que implica desestimar las solicitudes de declarar la mala fe en la conducta de alguna de ellas.

Por lo anterior, el tribunal, con fundamento en los artículos 393 del Código de Procedimiento Civil y 171 del Código contencioso Administrativo, no condenará en costas.

Sin embargo, dado que está acreditado en el proceso que la convocante pagó la parte correspondiente del Ministerio por concepto de honorarios y gastos del proceso, el Tribunal ordenará al Ministerio de Protección Social (antes Ministerio de Salud) reintegrar esa suma con los respectivos intereses moratorios a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignarla hasta el momento en que efectivamente se cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo (D. 1818/98, art. 144).

Consta en el expediente que la convocante consignó por este concepto dentro del término de ley a órdenes del Tribunal la suma de veinte millones quinientos noventa y tres mil pesos trescientos (\$20.593.300). Por consiguiente, la convocada deberá cancelar el cincuenta por ciento (50%) de esta suma, esto es diez millones doscientos noventa y seis mil seiscientos cincuenta pesos (\$10.296.650) junto con los intereses moratorios causados en la forma ordenada en la ley y correrán desde el día en que se efectuó la consignación hasta el día en que se haga el pago correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.

### c) Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias contractuales entre Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, Corporación Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed S.A. de C.V., y La Nación - Ministerio de Salud (Hoy, Ministerio de la Protección Social), debidamente habilitado por las partes, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

1. Declarar que el contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 es un contrato estatal y por lo tanto sometido a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En consecuencia, prospera la pretensión primera de la demanda.
2. Declarar que el contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 terminó el 23 de junio de 2001, por vencimiento del plazo pactado. En consecuencia, prospera la pretensión segunda de la demanda.
3. Declarar que entre la fecha de terminación del contrato y la fecha de la presentación de la demanda que dio origen a este proceso transcurrieron siete meses, esto es, más del término previsto en el contrato para efectuar su liquidación. En consecuencia, prospera la pretensión tercera de la demanda.
4. Declarar que los productos contratados por La Nación - Ministerio de la Protección Social en virtud del contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 fueron entregados por el contratista dentro del plazo de ejecución pactado, conforme a la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, prospera la pretensión cuarta de la demanda.
5. Declarar que La Nación - Ministerio de la Protección Social incurrió en incumplimiento del contrato de

consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 al no impartir oportunamente la aprobación de los productos contratados, en los términos de la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, prospera la pretensión quinta de la demanda.

6. Declarar que La Nación - Ministerio de la Protección Social incumplió el contrato de consultoría N° 386 de 22 de diciembre de 1999 al haber pagado al contratista de manera parcial y/o tardía las sumas a que tenía derecho, conforme se ha expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, prospera la pretensión sexta de la demanda.

7. Declarar que La Nación - Ministerio de la Protección Social no efectuó la liquidación del contrato N° 386 de 22 de diciembre de 1999 dentro del término estipulado por las partes para ese efecto, ni dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de dicho plazo. En consecuencia, prosperan las pretensiones séptima y octava de la demanda.

8. Se liquida el contrato N° 386 de 22 de diciembre de 1999 en los términos consignados en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia prospera la pretensión décima.

9. De conformidad con dicha liquidación se condena a La Nación - Ministerio de la Protección Social a pagar, dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, a Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, Corporación Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed S.A. de C.V., la suma de doscientos ochenta y cinco millones setecientos diecinueve mil diecinueve pesos (\$285.719.019), monto que incluye los accesorios (actualización e intereses) y que devengará intereses moratorios a partir del vencimiento de este término, de acuerdo con las normas monetarias y bancarias correspondientes. En consecuencia, prospera la pretensión décima primera de la demanda.

10. Conforme a lo expuesto en esta providencia, el Tribunal encuentra demostrado que La Nación - Ministerio de la Protección Social cumplió parcialmente las obligaciones de pago a su cargo y efectuó gestiones con el objeto de liquidar el Contrato, en los términos de la parte motiva de este laudo.

11. Declarar no probada la excepción de indebida representación de la parte demandante, formulada por La Nación - Ministerio de la Protección Social.

12. No prosperan las pretensiones novena y décima segunda de la demanda.

13. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, no hay condena en costas. Sin embargo, La Nación - Ministerio de la Protección Social deberá cancelar a Asociación Centro de Gestión Hospitalaria, Corporación Canadian Council on Health Services Accreditation y Qualimed S.A. de C.V. la suma de diez millones doscientos noventa y seis mil seiscientos cincuenta pesos (\$10.296.650) junto con los intereses moratorios causados en la forma ordenada en la ley, conforme a lo expuesto en el capítulo de costas de esta providencia.

14. Ordenar que por secretaría se entreguen copias auténticas de este laudo a las partes, al Ministerio Público y se remita copia para la Cámara de Comercio de Bogotá.

15. En firme esta providencia, protocolícese el expediente por la Presidente en una de las notarías del círculo de Bogotá, efecto para el cual se previene a las partes sobre su obligación de sufragar los gastos que se requieran, en el evento en que la partida decretada para el efecto no llegare a ser suficiente.

Esta providencia queda notificada en audiencia.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil tres (2003).

---