

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00764-01 (67872)
Demandantes: Memphis Products S.A. y otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - División de Sanidad
Naturaleza: Controversias contractuales

Tema: Se modifica la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar: (i) se deniega la anulación de la condena en perjuicios porque en la cláusula de multas se estipuló también una cláusula penal por incumplimiento; (ii) se condena a la entidad al pago de los perjuicios causados por la mora en el pago de las facturas, las facturas dejadas de pagar y los valores no reconocidos en actas de levantamiento de glosas; (iii) se anula el acto de liquidación unilateral porque en el mismo se dejaron de incluir valores que debieron ser reconocidos a la contratista.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de mayo de 2021, que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del CCA. A su vez, el tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía de acuerdo con el numeral 3 del artículo 132 del CCA.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 23 de febrero de 2022. En el auto del 19 de julio de 2022 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente. Las partes presentaron alegatos en término. El Ministerio Público guardó silencio.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 21 de octubre de 2010 las sociedades Laboratorios California S.A., Memphis Products S.A. “en reorganización”, Compañía California S.A. “en reorganización”, Inversiones Gebhush Ltda., Almacенamientos Farmacéuticos Especializados Alfares S.A. “en reorganización” y Drogas América S.A. “en liquidación”, integrantes de la Unión Temporal Alfares (en adelante, <<los demandantes>> o el <<Contratista>> o la <<Unión Temporal>>), presentaron demanda de controversias contractuales contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - División de Sanidad (en adelante, << DISAN >> o la <<demandada>> o la <<Contratante>>). En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

<<A. Principales

Primera: Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 0343 del 26 de marzo de 2007 “por la cual se declara el siniestro de incumplimiento parcial y se hace efectiva la póliza de cumplimiento No. 009588872 dentro del contrato No. 07-8-20136 (sic) suscrito con la UT Alfares” y No. 0619 del 8 de junio de 2007 “Por la cual se da respuesta a los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 343 del 26 de marzo de 2007, mediante la cual se declara el siniestro de incumplimiento parcial y se hace efectiva póliza de cumplimiento No. No. 009588872 dentro del contrato No. 07-8-20136 (sic) suscrito con la UT Alfares”.

Segunda: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nación representada por el Ministerio de Defensa a pagar a Laboratorios California S.A., Memphis Products S.A. “en reorganización”, Compañía California S.A. “en reorganización”, Inversiones Gebhush Ltda, Almacенamientos Farmacéuticos Especializados Alfares S.A. “en reorganización” y Drogas América S.A. “en liquidación” la suma de doscientos sesenta y ocho millones setecientos cincuenta y seis mil setecientos setenta y seis pesos (\$268.756.776), valor que corresponde a las cifras descontadas a la Unión Temporal Alfares en virtud de lo resuelto en las resoluciones No. 0343 del 26 de marzo de 2007 y No. 0619 del 8 de junio de 2007.

Tercera: Que se declare que la Nación representada por el Ministro de Defensa incumplió el contrato No. 07-8-20132 de 2006, suscrito el 12 de octubre cuyo objeto es “contratar el suministro de medicamentos ambulatorios y hospitalarios para la población de usuarios afiliados al subsistema de salud de la Policía Nacional en el ámbito Nacional.

Cuarto: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se ordene a la Nación representada por el Ministerio de Defensa, pagar a Laboratorios California S.A., Memphis Products S.A. “en reorganización”, Compañía California S.A. “en reorganización”, Inversiones Gebhush Ltda, Almacенamientos Farmacéuticos Especializados Alfares S.A. “en reorganización” y Drogas América S.A. “en liquidación” lo siguiente:

- a) La suma de dos mil doscientos setenta y un millones ciento cincuenta y ocho mil novecientos veinticinco pesos (\$2.271.158.925), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de facturas que fueron pagadas de forma extemporánea.*
- b) La suma de ciento sesenta y tres millones novecientos sesenta y cinco mil quinientos ochenta y un pesos con ochenta centavos (\$163.965.581,89), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de no pago de las facturas Nos. 570, 571, 572, 573, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193 y 1194.*
- c) La suma de trescientos cuarenta y un millones setecientos cuarenta y siete mil setecientos ochenta y dos pesos (\$341.747.782) con ochenta y cuatro centavos, o la que resulte probada, por concepto de no pago de las facturas*

Nos. 1204, 1205, 1206 y 1207.

- d) *La suma de treinta y seis millones doscientos setenta y ocho mil ochocientos setenta y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos (\$36.278.879,84), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de glosas levantadas por la seccional de sanidad Antioquia, que no fueron pagadas.*
- e) *La suma de treinta millones veintiséis mil novecientos treinta y siete pesos con treinta y un centavos (\$30.026.937,31), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de las glosas levantadas por la seccional de sanidad Cauca que no fueron pagadas.*
- f) *La suma de seiscientos veinte millones ciento cincuenta y seis mil ochocientos sesenta y tres pesos con veintiún centavos (\$620.156.863,21), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de glosas formuladas por la seccional de sanidad de Bogotá sin que existiera fundamento contractual.*
- g) *La suma de cuatrocientos seis millones veintisiete mil ochocientos treinta y dos pesos con setenta y cinco centavos (\$406.027.832,75), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de glosas formuladas por la seccional de sanidad de Antioquia sin que existiera fundamento contractual.*
- h) *Cualquier otro perjuicio que resulte probado en el proceso*

Quinta: Que sobre las sumas derivadas de las pretensiones segunda y cuarta se ordene la actualización correspondiente, desde la fecha en que se causaron los perjuicios hasta la fecha de pago.

Sexta: Que a las sumas derivadas de las pretensiones segunda y cuarta se adicionen intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, desde el momento en que debieron ser pagadas hasta el momento de su pago efectivo.

Séptima: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0497 de 2008 “por la cual se liquida unilateralmente un contrato”, de la Resolución No. 0602 de 2008 “por la cual se adiciona la Resolución 497 del 13 de mayo de 2008” y de la Resolución No. 0934 “ por la cual se da respuesta a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 497 del 13 de mayo de 2007, mediante la cual se liquida el contrato 07-08-2012(sic) del 2006.

Octava: Que se condene en costas a la parte demandada.

B. Subsidiarias

Primera Subsidiaria: en subsidio de la pretensión sexta principal, solicito que a las sumas derivadas de las pretensiones segunda principal y cuarta principal se adicionen intereses corrientes a la tasa máxima legal permitida, desde el momento en que debieron ser pagadas y hasta el momento de su pago efectivo>>.

2.- Los demandantes basaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

Relacionadas con la celebración y terminación del contrato:

2.1.- El 12 de octubre de 2006 la Unión Temporal suscribió contrato con la DISAN, cuyo objeto correspondió al suministro de medicamentos ambulatorios y hospitalarios para la población de usuarios del sistema de salud de la Policía Nacional del ámbito nacional. El plazo del contrato era de trece meses y su valor de setenta y un mil quinientos millones de pesos (\$71.500.000.000).

2.2.- La ejecución del contrato inició el 13 de octubre de 2006 y culminó el 13 de noviembre de 2007 por vencimiento del plazo.

Relacionadas con las resoluciones de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la póliza de garantía de cumplimiento:

2.3.- El 26 de marzo de 2007 la DISAN expidió la Resolución No. 0343 por medio de la cual declaró el siniestro de incumplimiento parcial e hizo efectiva la póliza de cumplimiento del contrato. La anterior resolución tuvo por fundamento la falta de entrega oportuna de medicamentos y la facturación tardía por parte de la Unión Temporal. En la resolución se fijó un valor de doscientos sesenta y ocho millones setecientos setenta y seis mil setecientos setenta y seis pesos (\$268.776.776), por concepto de perjuicios por el incumplimiento. La suma fijada en el acto administrativo tuvo por fundamento la cláusula quincuagésimo quinta del contrato que establecía las multas por apremio.

2.4.- La Unión temporal presentó recurso de reposición contra la anterior determinación, el cual fue resuelto mediante la Resolución 0619 del 8 de junio de 2007 que confirmó íntegramente la declaratoria de incumplimiento y el valor de los perjuicios.

2.5.- El valor de los perjuicios tasados en los actos administrativos fue descontado de la orden de pago No. 24735 que estaba pendiente de ser cancelada a la Unión Temporal.

2.6.- En la demanda se aduce que los actos de declaratoria de incumplimiento son nulos porque fueron expedidos sin competencia, ya que no existía fundamento normativo o legal que habilitara a la entidad a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la póliza mediante acto administrativo, porque para la fecha de expedición de los actos no se encontraba vigente la Ley 1150 de 2007.

2.7.- Además, los actos demandados adolecían de falsa motivación, pues los retrasos en que se fundamentaron no se dieron por la voluntad de la Unión Temporal, sino a que, por orden de la entidad, esta tuvo que asumir suministros pendientes del anterior contratista.

2.8.- Alega igualmente que la entidad no podía tasar los perjuicios por el incumplimiento con fundamento en la cláusula quincuagésima del contrato, pues la misma refiere exclusivamente a las multas, y no es una cláusula penal que constituya una tasación anticipada de perjuicios.

Relacionadas con el incumplimiento del contrato por parte de la DISAN:

2.9.- El contrato preveía los requisitos que debían cumplir las facturas que se presentaran por parte del Contratista, así como, el procedimiento para el pago. Durante la ejecución del contrato, la DISAN pagó tardíamente facturas que fueron

presentadas para el cobro por la Unión Temporal con el lleno de los requisitos previstos en el contrato.

2.10.- El no reconocimiento de los intereses de mora pactados para estos pagos constituyó un incumplimiento del contrato. El pago tardío se dio en relación con un número aproximado de mil facturas y el monto de los intereses de mora asciende a dos mil doscientos setenta y un millones ciento cincuenta y ocho mil novecientos veinticinco pesos (\$2.271.158.925).

2.11.- De otra parte, la DISAN se abstuvo de pagar facturas que fueron presentadas por la Unión Temporal durante el periodo de liquidación del contrato, sin tener en cuenta que las mismas correspondieron a medicamentos efectivamente suministrados. Las facturas no pagadas fueron las identificadas con los números 570, 571, 572, 573, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1204, 1205, 1206 y 1207, por un total de quinientos cinco millones setecientos trece mil trescientos sesenta y tres mil pesos con ochenta y nueve centavos (\$505.713.363,89).

2.12.- Igualmente, la DISAN dejó de cancelar los valores de glosas que fueron levantadas respecto de facturas presentadas por la Unión Temporal. En el contrato se establecía que una vez presentadas las facturas con sus soportes, la DISAN podía presentar glosas respecto de las mismas, caso en el cual se debía surtir un procedimiento para determinar si se mantenían o no los motivos de no pago.

a.- En desarrollo del procedimiento contractual, la seccional Cauca, mediante acta del 30 de noviembre de 2007, levantó glosas por valor de treinta millones veintiséis mil novecientos treinta y siete pesos con treinta y un centavos (\$30.026.937,31); no obstante lo anterior, la DISAN no canceló dicho valor al Contratista.

b.- Lo mismo aconteció con las glosas levantadas por la seccional Antioquia mediante acta del 18 de abril de 2008, por valor de treinta y seis millones doscientos setenta y ocho mil ochocientos setenta y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos (\$36.278.879,84).

2.13.- Durante la ejecución del contrato la entidad efectuó glosas a las facturas emitidas por la Unión Temporal, sin que las mismas se ajustaran a las causales taxativas previstas en el contrato para el efecto. Los valores que fueron objeto de glosas sin fundamento contractual corresponden a un total de mil veintiséis millones ciento ochenta y cuatro mil seiscientos noventa y cinco pesos con noventa y seis centavos (\$1.026.184.695,96).

Relacionadas con la liquidación unilateral del contrato:

2.14.- El plazo del contrato culminó el 13 de noviembre de 2007. Con posterioridad a dicha fecha las partes intentaron realizar la liquidación bilateral,

pero no llegaron a un acuerdo. En consecuencia, la entidad expidió la Resolución No 0497 de 13 de mayo de 2008, mediante la cual liquidó unilateralmente el contrato.

a.- En la resolución de liquidación la entidad no incluyó el valor correspondiente a las glosas que fueron levantadas por las direcciones de sanidad del Cauca y de Antioquia, con lo cual dejó de pagar quinientos cinco millones setecientos trece mil trescientos sesenta y tres pesos con ochenta y nueve centavos (\$505.713.363,89).

b.- Tampoco reconoció el valor de facturas que, aunque fueron radicadas y cumplían con todos los requisitos, no fueron pagadas por la DISAN, ni los valores facturados con base en glosas que no tenían fundamento contractual.

2.15.- En virtud de lo anterior, la Unión Temporal presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 934 del 4 de agosto de 2008 que confirmó la decisión en todas sus partes.

2.16.- El demandante aduce que la falta de reconocimiento de los valores adeudados implica que la liquidación unilateral adolece de falsa motivación e infringe las normas en las que debía fundarse.

B.- Posición de la parte demandada

3.- La DISAN contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con base en los siguientes argumentos:

3.1.- La Unión Temporal incumplió el contrato, pues durante la ejecución se presentaron inconvenientes y pendientes de entrega de los servicios de dispensación de medicamentos, lo que afectó de forma grave la prestación del servicio. Por esta razón, la expedición del acto de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía de cumplimiento estaba justificada.

3.2.- La mora en el pago de las facturas se debió a que el Contratista radicó de forma inoportuna las cuentas de los medicamentos suministrados entre

noviembre de 2006 y marzo de 2007, lo que implicó una demora en su revisión, reconocimiento y pago. La radicación en tiempo de las facturas era una obligación prevista en el contrato, que establecía que las mismas debían ser presentadas dentro de los 30 días siguientes a la prestación del servicio. Así las cosas, la presentación extemporánea constituyó un incumplimiento de la Unión Temporal, cuyas consecuencias no son imputables a la entidad.

3.3.- Las glosas efectuadas a las facturas presentadas por el Contratista se sujetaron a lo previsto en el contrato, por lo cual su reconocimiento y pago no era procedente.

C.- Sentencia recurrida

4.- En sentencia del 26 de mayo de 2021 Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la caducidad de las pretensiones de nulidad de los actos de declaratoria de incumplimiento y negó las demás pretensiones de la demanda. La decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones:

4.1.- La oportunidad para impugnar los actos administrativos que declararon el incumplimiento del contrato se debe contabilizar desde su ejecutoria y no desde la liquidación del contrato, porque a dicha pretensión le es aplicable el numeral 10 del artículo 136 del CPACA que determina que los dos años deben contabilizarse desde <<los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento>>. Por ello, al haber quedado ejecutoriados los actos demandados el 8 de junio de 2007, la demanda debió presentarse a más tardar el 8 de junio de 2009; sin embargo, la conciliación como requisito de procedibilidad se presentó el 8 de agosto de 2010, esto es, cuando ya habían transcurrido más de dos años.

4.2.- En cuanto a las pretensiones de incumplimiento, señaló que en el proceso no se demostró que la entidad hubiese pagado tardíamente las facturas presentadas por el Contratista; en cualquier caso la demora se debió a que las mismas fueron radicadas de forma inoportuna, lo que llevó estructurar la excepción de contrato no cumplido.

4.3.- Con el mismo argumento negó las pretensiones relacionadas con las facturas no pagadas, las cuales se radicaron cuando el contrato ya había terminado. Por este motivo, la entidad no podía cumplir el procedimiento de verificación de las mismas.

4.4.- Respecto de las glosas levantadas, indicó que la Unión Temporal no señaló concretamente cuáles fueron y a cuánto ascendieron, por lo que el hecho no está probado. Con el mismo razonamiento sustentó la negativa de las pretensiones relacionadas con las glosas no justificadas.

4.5.- Al no haberse accedido a las pretensiones relacionadas con el incumplimiento del contrato por parte de la DISAN, las resoluciones de liquidación unilateral no incurrieron en falsa motivación, pues no desconocieron sumas adeudadas por la entidad.

D. Recurso de apelación

5.- Los demandantes plantean los siguientes argumentos en su escrito de apelación:

5.1.- No hay caducidad de las pretensiones de nulidad de los actos de incumplimiento porque la norma procesal expresamente establece que cuando el contrato es sometido a liquidación, la caducidad de todas las pretensiones de

controversias contractuales debe computarse desde la fecha en que la misma se realice o debiera realizarse. Lo anterior tiene por fundamento que la liquidación es el acto para saldar todas las controversias del contrato, por lo cual sólo a partir de ella se conocen las obligaciones que están pendientes.

5.2.- Se debe resolver de fondo y favorablemente la pretensión de nulidad de los actos de incumplimiento porque la entidad las emitió sin que existiese incumplimiento; sin competencia; y, tasando los perjuicios con base en una cláusula que está prevista para una finalidad distinta, esto es, la imposición de multas.

5.3.- El tribunal reconoce que se probó el no pago de algunas facturas; sin embargo, avala el no reconocimiento de su valor con fundamento en que el Contratista las presentó tarde o las dejó acumular. Lo mismo acontece con las facturas pagadas de forma tardía, pues si bien la sentencia de primera instancia da por probada la existencia de mora, niega el pago de intereses con el fundamento en que la Unión Temporal las presentó tardíamente.

a.- La presentación tardía o la acumulación de facturas no habilita a la entidad a desconocer los plazos en que se deben reconocer y pagar los valores adeudados al Contratista. Por esta razón, el reconocimiento de los intereses moratorios era procedente.

b.- En cuanto a las facturas no pagadas por ser recibidas cuando el contrato había vencido, dicha situación no es justificante para eximir del pago a la entidad, en especial cuando las mismas fueron radicadas durante el plazo de liquidación y cuando el acto de liquidación unilateral se encontraba pendiente de resolver los recursos contra el mismo. Igualmente, porque se trataba del cobro de servicios efectivamente prestados.

5.4.- Los valores adeudados por glosas levantadas y los actos en que se dio el levantamiento fueron claramente delimitados y probados en el proceso. Desde la demanda se estableció que la Dirección Seccional Antioquia levantó glosas por

valor de treinta y seis millones doscientos setenta y ocho mil ochocientos setenta y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos (\$36.278.879,84), y que la seccional Cauca hizo el levantamiento por un valor de treinta millones veintiséis mil novecientos treinta y siete pesos con treinta y un centavos (\$30.026.937,31).

5.5.- En el proceso se practicó dictamen pericial que fue elaborado con fundamento en los documentos recaudados en la inspección judicial ordenada por el tribunal. Dicho dictamen establece claramente las facturas que fueron pagadas tardíamente, las no pagadas y las glosas levantadas no reconocidas. El dictamen es claro en establecer los valores adeudados con base en los documentos que reposan en la entidad, por lo que al no ser objetado, constituye prueba de la existencia de las obligaciones.

II. CONSIDERACIONES

E.- Oportunidad de la acción

6.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda se presentó dentro del término de caducidad. El literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA establece sobre el computo de la caducidad de las controversias contractuales lo siguiente: << d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe>>. El anterior supuesto normativo es aplicable a todas las pretensiones de la demanda del presente proceso porque la norma no introduce ninguna distinción en relación con los actos contractuales.

7.- El acto que resolvió el recurso de reposición contra la liquidación unilateral quedó ejecutoriado el 4 de agosto de 2008, por lo que el término de caducidad de dos años vencía el 5 de agosto de 2010. El 4 de agosto de 2010 la parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida el 20 de octubre de 2010. La demanda fue presentada el 21 de octubre de 2010, esto es, en tiempo.

F. - Decisión a adoptar y plan de exposición

8.- La Sala revocará parcialmente la sentencia de primera instancia y en su lugar: (i) confirmará la negativa de las pretensiones de nulidad del pacto de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la póliza de cumplimiento porque la cláusula contractual con base en la cual se impuso, no obstante denominarse de <<multas>> establecía una sanción contractual por incumplimiento; (ii) declarará el incumplimiento del contrato y condenará a la entidad al pago de los perjuicios causados por la mora en el pago de las facturas, las facturas dejadas de pagar por ser presentadas fuera de la vigencia del contrato y el no pago de los valores reconocidos en las actas que levantaron glosas efectuadas a los cobros del

contratista porque el no pago de dichos valores no tiene sustento contractual; (iii) negará el incumplimiento reclamado por el no pago de las facturas presentadas con posterioridad a la firmeza de la liquidación unilateral del contrato, porque una vez la decisión de liquidar el contrato cobra firmeza la relación contractual queda finiquitada sin que sea posible ejecutar o reconover nuevas prestaciones; (iv) negará la reclamación por el no levantamiento de glosas no justificadas porque los demandantes no probaron la improcedencia de tales glosas, y (v) anulará las resoluciones de liquidación unilateral porque en ellas se dejaron de incluir valores que debieron ser reconocidos a la contratista y por lo tanto adolecen de falsa motivación; por no contener el cruce real de cuentas entre las partes, en su lugar, se ordenará que se paguen al Contratista los valores que previamente fueron definidos en la presente providencia.

9.- En la primera parte de esta providencia se estudiará la nulidad del acto de

declaratoria de incumplimiento del contrato y, en la segunda, se analizarán los incumplimientos alegados en la demanda.

G. El acto de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la póliza de cumplimiento se fundamentó en una estipulación contractual que en realidad contenía una cláusula penal

10.- En la Resolución No 0343 de 2007 la DISAN declaró el incumplimiento del Contratista, y tasó los perjuicios con base en la fórmula prevista en la cláusula denominada en el contrato como cláusula de <<multas>> ; consideró que en esta se <<pactaron unos porcentajes para calcular los perjuicios, toda vez que por el tipo de contrato (prestación de servicios de salud), la afectación del mismo en la vida e integridad de los usuarios del SSM, no puede determinarse con una simple operación aritmética>>.

11.- La cláusula quincuagésima quinta de contrato establecía lo siguiente:

<<Multas.- El contratante verificará el cumplimiento de las obligaciones exigibles al contratista en virtud del presente contrato. Si el contratista no cumple cualquiera de las obligaciones que han sido asignadas en el presente contrato el contratante podrá apremiarlo para la cumplida ejecución del mismo, imponiéndole multas cuyo valor se liquidará desde un cero punto uno por ciento (0.1%) hasta un cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor promedio mensual ejecutado en cada punto de dispensación hasta el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, de acuerdo con la incidencia del incumplimiento o mora en la que se incurra incidencia que será evaluada y cuantificada por el supervisor técnico del contrato.

En caso de incumplimiento no valorable en días la sanción a imponer será entre el cero punto cinco por ciento (0.5%) y el cinco por ciento (5%) del valor promedio mensual ejecutado en cada punto de dispensación, según la incidencia del incumplimiento en la ejecución del mismo, teniendo en cuenta los aspectos como la afectación del

servicio, el número de usuarios afectados, reincidencia en el incumplimiento de las obligaciones, todo lo anterior conforme a la evaluación y tasación que realice el supervisor del contrato.

En todo caso el valor de las multas totales y acumuladas no podrá exceder en ningún evento el diez por ciento (10%) del valor total del contrato. Esta sanción se impondrá mediante acto administrativo motivado, en el que se expresarán las causas que dieron lugar a ella, el cual además estará sujeto al agotamiento de la vía gubernativa.

(...)>>.

12.- De la lectura de la cláusula se extracta que la misma se pactó con dos funciones: la primera como apremio, para aquellas obligaciones cuyo incumplimiento podía determinarse teniendo en cuenta los días de ejecución del contrato, lo que corresponde evidentemente a una multa; y la segunda, como

sanción por incumplimiento, la cual era aplicable a los casos en los cuales el incumplimiento no fuera <<valorable en días>> y no tenía entonces la función de apremio sino que correspondía a una sanción por incumplimiento contractual.

13.- En los actos demandados la entidad impuso al contratista el valor de la cláusula en los términos pactados en la cláusula por el incumplimiento de obligaciones no valorable en días. La sola circunstancia de que la cláusula hubiese sido denominada como <<multa>> no genera la anulación del acto en el cual se impuso la consecuencia prevista en la misma, en la medida en que no es a partir de la simple denominación de una estipulación contractual que se debe establecer cuál es su alcance: es el pacto contenido en ella el que resulta obligatorio para las partes.

14.- La doctrina y la jurisprudencia, con fundamento en el artículo 1618, han establecido que <<los contratos son lo que son y no lo que dicen que son>>, por lo que las cláusulas contractuales son obligatorias en su contenido sin que resulte relevante que la denominación jurídica que se les otorgue sea distinta. Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema¹ de Justicia ha indicado:

<<Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5 y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse>>.

H.- Los incumplimientos alegados en la demanda

La falta de pago y la mora en el pago de facturas

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de julio de 2012.

15.- La cláusula cuadragésima primera del contrato establecía que el pago por parte de la entidad se realizaría dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura comercial en la ventanilla única central de cuentas del contratante; adicionalmente, el párrafo primero de la misma cláusula preveía los anexos que debía contener la factura para proceder a su pago. A su vez, los párrafos cuarto y quinto contenían el procedimiento de glosas y las causales de no pago al Contratista.

16.- En las referidas estipulaciones contractuales no se previó que la entrega tardía de las facturas o la acumulación de las mismas exoneraran a la entidad de su obligación de pago, ni tampoco que, cuando se presentaran los anteriores supuestos, ella estuviera legitimada a pagar por fuera del término previsto o que su pago tardío no generara intereses de mora. No hay ninguna estipulación contractual en la que se acuerde la regla según la cual <<la mora purga la mora>>

y que legitime a la Contratante a pagar por fuera del término previsto desde la presentación de las facturas cuando ellas fueran presentadas tardíamente. La obligación de pagar dentro de los 30 días siguientes a su presentación no se modificaba por el hecho de que las facturas hubieran sido presentadas tardíamente.

16.1.- El contrato no estipuló ni una fecha fija de entrega de facturas, ni una para el pago; lo que se acordó fue que la suma contenida en la factura debía pagarse dentro de los 30 días siguientes a su presentación. Por lo anterior, así las facturas hubiesen sido presentadas tardíamente, la entidad debía -a partir de su radicación- hacer el pago en el plazo estipulado contractualmente, so pena de tener que pagar los intereses de mora correspondientes.

16.2.- Por lo anterior no era procedente que el tribunal se abstuviera de reconocer el incumplimiento en la fecha del pago de las facturas y los correspondientes intereses por el hecho de que las mismas supuestamente se hubieran radicado tardíamente.

17.- En relación con las facturas que se alega fueron pagadas con mora, en el proceso se practicó una inspección judicial con dictamen pericial, que fue rendido con fundamento en las facturas debidamente radicadas en la entidad, la fecha de pago de las mismas y la cláusula contractual de plazo de pago.

17.1.- Con base en lo anterior, el perito estableció, en cada una de las facturas, cuál fue su fecha de presentación, cuál era la fecha máxima de pago y cuándo fue pagada. Con estos datos concluyó los días de mora y el valor de los intereses moratorios a reconocer.

17.2.- La operación realizada por el perito tiene sustento en el contrato y aplica la tasa de interés moratorio prevista en la Ley 80 de 1993 por lo que, para la Sala, sus cálculos resultan acertados. Además de lo anterior, el dictamen no fue objetado ni debatido por la entidad demandada.

17.3.- En consecuencia, con base en el dictamen pericial, el valor total de los intereses adeudados por el pago tardío de las facturas al Contratista asciende a un total de cinco mil setecientos cincuenta y un millones trescientos tres mil setecientos setenta y cuatro pesos (\$5.751.303.774).

18.- En cuanto a las facturas presentadas después del vencimiento del plazo del contrato y durante su etapa de liquidación, (i) en primer lugar debe indicarse que el contrato no prevé que la presentación por fuera de su vigencia sea una causal de no pago, y (ii) en segundo lugar, la finalidad de la liquidación del contrato es justamente que las partes puedan definir si existen o no obligaciones pendientes y proceder a su revisión, reconocimiento y pago, por lo cual lo que correspondía respecto de estas facturas, era proceder a su revisión.

18.1.- En relación con estas facturas, el dictamen pericial estableció que el 13 de

mayo de 2008 se entregaron un total de 22 facturas, de las cuales solo una fue pagada; y el 11 de agosto de 2008 se presentaron cuatro facturas, ninguna de las cuales fue pagada.

18.2.- En relación con las facturas presentadas el 13 de mayo de 2008, el perito estableció que cumplieron con los requisitos contractuales para el pago. Entonces, al ser presentadas antes de que el acto de liquidación unilateral quedara en firme, la entidad debió verificar si cumplían los requisitos para su pago.

18.3.- Por el contrario, el pago de las facturas presentadas el 11 de agosto de 2008² no era procedente porque para esa fecha la liquidación unilateral ya se encontraba en firme³. Por este motivo, no era posible proceder a la revisión de los requisitos para su reconocimiento y pago, pues la relación contractual no solo había terminado, sino que ya había sido liquidada en un acto que tiene por finalidad determinar el saldo **final** del contrato estableciendo de manera definitiva quién le debe a quién y cuánto le debe.

18.4.- Por lo anterior, sólo se reconocerá el valor no pagado por las facturas presentadas el 13 de mayo de 2008, que corresponden a los siguientes números: 570, 571, 572, 573, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193 y 1194. Su valor asciende a ciento sesentay tres millones novecientos sesenta y cinco mil quinientos ochenta y un pesos con ochenta y nueve centavos (\$163.965.581,89).

19.- El párrafo cuarto de la cláusula cuadragésima primera del contrato establecía el procedimiento de objeción y glosas a las facturas presentadas para el cobro. Señalaba que una vez realizada una glosa por la entidad, el Contratista

² Esas facturas tienen fecha del 4 de agosto de 2008, pero solo fueron presentadas el once.

³ Esta Subsección en sentencia del 18 de noviembre del 2021 con radicado interno 61641 admitió el pago de las prestaciones ejecutadas después de vencido el plazo contractual. Ese supuesto no es aplicable a este caso, porque lo que se pretende aquí es el pago de una obligación que se cobra luego de que el contrato ya había sido liquidado.

debía rendir las explicaciones correspondientes, y estas debían ser revisadas por la entidad para determinar si la glosa se volvía definitiva; en caso contrario, se debía proceder al trámite del pago de la factura.

19.1.- En el expediente obra el acta del 18 de abril de 2008, mediante la cual la Seccional Antioquia levantó glosas por valor de treinta y seis millones doscientos setenta y ocho mil ochocientos setenta y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos (\$36.278.879,84). Igualmente, obra el acta del 30 de noviembre de 2007 en el que la Seccional Cauca levantó glosas por valor de treinta millones veintiséis mil novecientos treinta y siete pesos con treinta y un centavos (\$30.026.937,31). Los anteriores documentos dan cuenta de que, una vez agotado el procedimiento contractual, la entidad aceptó los valores inicialmente glosados, por lo cual debía proceder a su reconocimiento y pago.

19.2.- Al no haberse efectuado el pago de los valores contenidos en las glosas levantadas, la entidad incurrió en incumplimiento. Por este motivo se condenará al pago de las referidas sumas.

20.- En la demanda se plantea que la DISAN levantó glosas sin fundamento contractual. Si bien los demandantes indicaron las actas en las que estaban contenidas, al proceso no se allegaron pruebas que permitan evidenciar que ellas fueron indebidamente formuladas o que, pese a que las facturas cumplían con la totalidad de los requisitos para el pago, la entidad se abstuvo de reconocerlas y cancelarlas debidamente.

21.- En el proceso está probado que una vez formuladas las glosas, el Contratista manifestó su desacuerdo con las mismas y presentó la correspondiente justificación; sin embargo, la entidad mantuvo la determinación de no pago. Como lo anterior no es suficiente para determinar que las glosas eran injustificadas, no se encuentra acreditado el incumplimiento alegado por los demandantes por este concepto.

I.- Actualización y consolidación de los valores reconocidos

22.- Por concepto de intereses moratorios dejados de cancelar se reconocerá la suma de cinco mil setecientos cincuenta y un millones trescientos tres mil setecientos setenta y cuatro pesos (\$5.751.303.774). Dicha suma será traída a valor presente con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{Ri \times IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

23.- Donde Ra (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, Ri (renta inicial) es el valor de intereses moratorios calculado por el perito, el IPC inicial es el vigente a la fecha en que se rindió el peritaje (junio de 2015) y el IPC final es aquel vigente al momento de proferirse la presente providencia (el último conocido para esta fecha: diciembre de 2022).

$$Ra = \frac{\$5.751.303.774 \times 126,03}{85,21}$$

$$Ra = \$8.506.475.937$$

24.- Por concepto de glosas levantadas por la sección Antioquia y no pagadas se reconocerá el valor de treinta y seis millones doscientos setenta y ocho mil ochocientos setenta y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos (\$36.278.879,84). Dicha suma será traída a valor presente con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{Ri \times IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

IPC inicial

25.- Donde Ra (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, Ri (renta inicial) es el valor de las glosas levantadas no pagadas, el IPC inicial es el vigente a la fecha en que se levantaron las glosas (abril de 2008) y el IPC final es aquel vigente al momento de proferirse la presente providencia (el último conocido para esta fecha: diciembre de 2022).

$$Ra = \frac{\$36.278.879,84 \times 126,03}{67,51}$$

$$Ra = \$67.726.666$$

26.- Por concepto de glosas levantadas por la seccional Cauca se reconocerá el valor de treinta millones veintiséis mil novecientos treinta y siete pesos con treinta y un centavos (\$30.026.937,31). Dicha suma será traída a valor presente con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{Ri \times IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

27.- Donde Ra (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, Ri (renta inicial) es el valor de las glosas levantadas no pagadas, el IPC inicial es el vigente a la fecha en que se levantaron las glosas (noviembre de 2007) y el IPC final es aquel vigente al momento de proferirse la presente providencia (el último conocido para esta fecha: diciembre de 2022).

$$Ra = \frac{\$30.026.937,31 \times 126,03}{64,51}$$

$$Ra = \$58.662.144$$

28.- De conformidad con las anteriores sumas, el valor total de la condena es de ocho mil seiscientos treinta y dos millones ochocientos sesenta y cuatro mil setecientos cuarenta y siete pesos (\$8.632.864.747).

J.- Condena en costas

29.- En consideración a la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de mayo de 2021 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE el incumplimiento del contrato No. 07-8-20132 por parte de la División de Sanidad de la Policía Nacional por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de las resoluciones No. 0497 de 13 de mayo de 2008, No. 0602 de 2008 y No. 934 del 4 de agosto de 2008, mediante las cuales la División de Sanidad de la Policía Nacional liquidó unilateralmente el contrato No. 07-8-20132.

CUARTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, **CONDÉNASE** a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional- División de Sanidad a pagar a Laboratorios California S.A., Memphis Products S.A. “en reorganización”, Compañía California S.A. “en reorganización”, Inversiones Gebhush Ltda, Almacенamientos Farmacéuticos Especializados Alfares S.A. “en reorganización” y Drogas América S.A. “en liquidación”, integrantes de la Unión Temporal Alfares, la suma de ocho mil seiscientos treinta y dos millones ochocientos sesenta y cuatro mil setecientos cuarenta y siete pesos (\$8.632.864.747), de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: NIEGÁNSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.

SÉPTIMO: Sin condena en costas por no aparecer causadas.

OCTAVO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTINEZ

Magistrado

Con salvamento de voto