

**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Ibagué, primero (1º) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)**

Medio de control:	Controversias Contractuales
Demandante:	Unión Temporal Nutrir Tolima 2015
Demandado:	Departamento del Tolima
Radicación:	73001-33-33-003-2017-00287-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Controversias Contractuales de la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 contra el Departamento del Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La demandante ***Unión Temporal Nutrir Tolima 2015*** actuando por intermedio de apoderado judicial, formula demanda en contra del Departamento del Tolima, pretendiendo que:

- Se declaren nulos los actos administrativos: Resolución No. 0500 del 7 de febrero de 2017 por la cual se declaró la terminación unilateral y anticipada del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015, con efectos de liquidación, y Resolución No. 1445 del 15 de marzo de 2015 por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior.
- Que se declare el incumplimiento, por parte del Departamento del Tolima, de las obligaciones contractuales establecidas en el Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015 celebrado entre las partes, al no permitir la ejecución total del negocio jurídico por situaciones, actuaciones y decisiones imputables única y exclusivamente a la administración departamental.
- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de pago de los perjuicios causados a la actora, le sean reconocidos y pagados los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante por la suma \$73'854.158 m/cte., valor equivalente a la utilidad esperada y dejada de percibir en el referido contrato; así mismo, la suma de \$51'920.054 m/cte. en la modalidad de daño emergente, correspondiente a lo invertido por la parte actora para cumplir con los gastos técnicos, operativos, logísticos y de materias primas necesarias para el reinicio del contrato, el cual finalmente no fue permitido por el Departamento del Tolima; que tales valores sean debidamente actualizados conforme al IPC.
- Que se proceda a realizar la liquidación del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015, revisándose el estado financiero de contrato y se establezcan las sumas

de dinero que deban ser reajustadas y verificadas, conforme los hechos, actos acciones y omisiones que se presentaron durante el desarrollo del referido negocio jurídico, donde se reconozcan al demandante los valores dejados de percibir.

- Que se reconozca y paguen los intereses legales que se generen con ocasión del pago de la pretensión anterior, desde la fecha que se causó hasta el momento en que se expida la sentencia; y finalmente que se condene en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS:

Como sustento fáctico relevante, se dice que entre el Departamento del Tolima y la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 se celebró el Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015 cuyo objeto fue la *“Prestación del servicio de alimentación escolar para brindar un complemento alimentario (ración servida de almuerzo en sitio) y refrigerio a niños, niñas y adolescentes matriculados en las Instituciones Educativas Oficiales de los municipios no certificados del Departamento del Tolima, acorde con los lineamientos técnicos administrativos y estándares del programa de alimentación escolar, para el desarrollo de la jornada escolar complementaria y/o jornada única, de conformidad con el proyecto -Apoyo a la prestación del servicio de alimentación escolar 2015 para los estudiantes de 46 municipios no certificados del Departamento del Tolima-”*.

Que el 3 de agosto de 2015, una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del Contrato No. 1165 de 2015, se expidió el certificado de legalización del referido contrato, suscribiéndose la respectiva Acta de Inicio el mismo 3 de agosto, estipulándose allí que el término de ejecución sería de 95 días desde la suscripción de dicha acta, por lo que se estableció igualmente que la finalización del contrato sería el 21 de diciembre de 2015; empero, dicho acuerdo de voluntades contaba con la anotación de que *“El programa se atenderá de acuerdo al calendario escolar establecido por la Secretaría de Educación”*.

Que es notoria la falta de planeación, previsión y organización del Departamento del Tolima al momento de determinar el plazo de ejecución del Contrato No. 1165 de 2015, esto es, el 21 de diciembre de 2015, con lo cual llevaron al contratista a una situación de imposible cumplimiento, toda vez no tuvieron en cuenta lo estipulado en el artículo segundo de la Resolución No. 7084 del 24 de octubre de 2014 proferida por la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima, en el que se estableció que el trabajo académico finalizaba el 6 de diciembre de 2015.

Aclara que la unión temporal demandante presentó su propuesta contractual bajo los parámetros establecidos por el ente territorial demandado, pues de lo contrario su propuesta hubiese sido rechazada desde la etapa precontractual del proceso licitatorio.

Que el valor del Contrato No. 1165 de 2015 es de \$3.375'344.100 m/cte., IVA incluido, el cual sería pagado así: *i)* un primer pago equivalente al 30%, una vez evidenciado el 25% de la ejecución del contrato; *ii)* un segundo pago equivalente al 30%, una vez evidenciado el 50% de la ejecución del contrato; *iii)* un tercer pago

equivalente al 25%, una vez evidenciado el 75% de la ejecución del contrato; *iii*) un último pago equivalente al 15%, una vez evidenciado el 100% de la ejecución del contrato.

Que de acuerdo con la forma de pago y conforme lo estipulado en el referido contrato, la supervisión realizó tres informes, a efectos de demostrar el cumplimiento del objeto contractual y para llevar a cabo los pagos, esto es, el 9 de octubre, el 9 de noviembre y el 3 de diciembre de 2015.

Que conforme el Acta del 10 de noviembre de 2015, se discutió con funcionarios del Departamento del Tolima, las implicaciones y consecuencias derivadas de la prestación del servicio por el tiempo pactado de 95 días y el calendario escolar vigente, en la que se consideró la atención dentro de la cotidianidad académica con el 100% de la población estudiantil hasta el 27 de noviembre de 2015, situación esta ajena a la Unión Temporal, aceptando en su momento el ente territorial demandado dicha situación como un alea ajeno a la responsabilidad del contratista, siendo consciente la administración departamental a través de sus agentes, de la imposibilidad de ejecutar el 100% del contrato hasta la fecha de finalización pactada.

Que visto lo anterior, el Secretario de Educación y Cultura Departamental de la época, junto con la Unión Temporal contratista, de común acuerdo consideraron la suspensión de la ejecución del Contrato No. 1165 de 2015, quedando pendientes 20 días por ejecutar, por lo que se reiniciaría la ejecución del mismo a partir del 1° de febrero de 2016 y hasta el 26 de febrero de dicha anualidad, teniendo en cuenta el calendario académico establecido para el año 2016 a través de la Resolución No. 6508 del 6 de octubre de 2015 de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental.

Que con tal expectativa y para dar cumplimiento al objeto contractual, la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 mantuvo los diferentes frentes administrativos, logísticos, operativos y comerciales; no solo porque por mandato legal, sino también por estrategia comercial y contractual, no se podían suspender los contratos con proveedores, empleados y demás, lo que constituye un mayor costo económico y operativo.

Que por lo anterior, mediante oficio fechado 27 de noviembre de 2015, la Unión Temporal contratista manifestó que a partir de dicha fecha se suspendía la prestación del servicio de alimentación escolar en todos los establecimientos educativos oficiales de los municipios no certificados en educación donde opera el programa, en cumplimiento de lo establecido en la cláusula octava del Contrato No. 1165 de 2015; por lo anterior, se suscribió la respectiva Acta de suspensión No. 1 del 27 de noviembre de 2015, en la que se estableció, entre otras, que el contratista y los supervisores realizarían una evaluación del estado del contrato al momento de su reanudación, de la cual se dejaría registro, la cual finalmente no se llevó a cabo debido a la renuencia del Departamento del Tolima.

Que el Departamento de Tolima, amparándose en una supuesta justificación del procedimiento OCAD, cambió su posición frente a la reanudación del contrato, generando un menoscabo de los derechos contractuales, al vulnerar, transgredir y quebrantar el equilibrio económico del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015.

Que el 20 de enero de 2016, ante la cercanía de la fecha estipulada para la reanudación del referido contrato, se le solicitó a la Secretaría de Educación Departamental que realizara las gestiones pertinentes para reiniciar con la ejecución de este, solicitud que a la fecha de presentación del presente medio de control no fue contestada.

Que a partir de ese momento, se generó todo un proceso mediático e ilegal por parte de la administración departamental, con el único fin de evitar la continuación del contratista, para así poder contratar con la misma entidad que lo venía haciendo durante dicha administración.

Que el 27 de enero de 2016, el Departamento del Tolima propuso unilateralmente prorrogar el Acta de Suspensión No. 1 de 27 de noviembre de 2015 hasta la existencia de un concepto técnico de la OCAD, arguyendo que el proyecto se había planteado y fijado para ser desarrollado en la vigencia fiscal 2015 y que el OCAD no permitía desarrollar el porcentaje de ejecución restante en la vigencia 2016; que ante esta situación, el contratista dejó de manifiesto su ánimo de continuar con la ejecución del contrato, por lo que solicitó se estudiaran todas las alternativas posibles.

Que ni la Unión Temporal ni el Departamento del Tolima plantearon la liquidación unilateral del contrato, sino que la administración departamental planteaba era la continuación de la suspensión del contrato, por lo que el ente territorial el 29 de enero de 2016 radicó ante la OCAD consulta sobre la posibilidad de continuar con la ejecución de contrato objeto de litis.

Que el 5 de febrero siguiente, la contratista solicitó pronunciamiento frente a la reanudación del Contrato No. 1165 de 2015.

Que el 16 de febrero de 2016, la OCAD emitió respuesta a la consulta elevada por el Departamento del Tolima, de la que se desprende la total responsabilidad del ente territorial en ejercer una adecuada planeación y en producir una solución acertada enmarcada en los principios de la contratación estatal, por lo que la decisión de reanudar el contrato era imputable únicamente al Departamento del Tolima.

Que el 18 de febrero siguiente, se llevó a cabo reunión para analizar la respuesta obtenida de la OCAD, en la que la unión temporal contratista planteó sus argumentos frente a la liquidación del contrato y que en todo caso el representante legal de la contratista no conocía el acta de prórroga de suspensión del contrato, y que su apoderado, al revisarla, señaló que le faltaban elementos para la liquidación del contrato, y que en todo caso la unión temporal reiteró su disposición para reanudar la ejecución del contrato; que en dicha reunión se estableció la conformación de un equipo para analizar la liquidación del contrato, así como la presentación de una propuesta de liquidación por parte de la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015.

Que en dicha reunión la administración departamental requirió la devolución de parte del dinero desembolsado, ante lo cual la contratista expresó que esto no era

posible, por cuanto tales sumas fueron entregadas en calidad de pago, conforme lo pactado en el contrato y en su lugar, Nutrir Tolima 2015 solicitó que se le reconociera la utilidad esperada del 100% de la ejecución del contrato.

Que según Acta del 15 de abril de 2016, se adelantó una nueva reunión en la que participaron los abogados del Departamento del Tolima, pero de la cual nunca fue informada o notificada la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015.

Que desconociendo esta última reunión, la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 presentó el 25 de abril de 2016 propuesta de liquidación del Contrato No. 1165 de 2015, conforme lo estipulado en la reunión del 18 de febrero de 2016, reiterando en el mismo la intención de reanudar de la ejecución de dicho contrato para evitar la afectación del equilibrio contractual, al asumir costos de personal y logísticos frente a la expectativa del reinicio del mismo, y que el hecho de no ejecutarse el 100% de los recursos conforme la propuesta licitatoria, generó mayores costos de legalización del mismo y disminuyó la expectativa de utilidad esperada.

Que el 10 de mayo de 2016, el Secretario de Educación Departamental confirmó el recibido de la propuesta de liquidación, e indicó que era necesaria la devolución de un acta, la cual reitera el apoderado actor, nunca le entregaron.

Que el 2 y el 29 de agosto de 2016 se adelantaron nuevas reuniones, en las cuales se requirió tanto al supervisor y como al interventor del contrato, para que presentaran informes detallados que permitieran verificar el cumplimiento del contrato, los cuales fueron obtenidos el 9 y 16 de agosto y el último el 25 de octubre de 2016.

Que el 18 de enero de 2017 se le notificó a la contratista Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 del proyecto de Acta de Terminación Anticipada de Carácter Bilateral con Efectos de Liquidación del Contrato No. 1165 de 2015, fechada el 10 de enero de 2017, dentro de la cual el ente territorial no tuvo en cuenta la propuesta económica presentada por la contratista para efectos de liquidación bilateral, por lo que la misma no fue aceptada ni firmada por el representante legal de la unión temporal contratista, ya que los costos y las utilidades equivalían a \$223'564.873 m/cte.

Que ante tal situación, la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual tenía por objeto la liquidación judicial del contrato, sin embargo, a pesar de estar notificado desde el 3 de febrero de tal solicitud de conciliación, el Departamento del Tolima profirió la Resolución No. 0500 del 7 de febrero de 2017 por la cual se declaró la terminación anticipada de carácter unilateral del Contrato 1165 del 31 julio de 2015.

Que el 3 de marzo de 2017, la contratista interpuso recurso de reposición contra la referida Resolución No. 0500 del 7 de febrero de 2017, la cual fue resuelta mediante la Resolución No. 1445 del 15 de marzo de 2017, confirmando el acto administrativo recurrido

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indica en síntesis que con la expedición de los actos atacados se vulnera lo establecido en los artículos 14, 17, 25, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 29 y 209 de la Constitución Nacional.

Manifiesta que los actos administrativos demandados incurren en desviación del poder y falsa motivación, desconocen abiertamente el principio de economía, ecuación contractual, buena fe e interpretación de las reglas contractuales que rigen los contratos estatales, citando como argumentos, apartes de la sentencia de la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado proferida el 6 de abril de 2011 dentro del expediente 23001-23.33.000-1999-00291-01 (19483), aduciendo que la unión temporal contratista siempre estuvo presta a continuar con la ejecución del contrato hasta su finalización, buscando diferentes alternativas para que el contrato no fuera liquidado y cuando esto acaeció, presentó propuesta de liquidación contractual en la que lo mínimo que solicitó fue el reconocimiento de los perjuicios derivados frente a la expectativa que tenía de culminar el contrato, esto es, el reconocimiento de lucro cesante y daño emergente.

Que pese a lo anterior, el Departamento del Tolima en la expedición de la Resolución No. 0500 de 2017, simplemente se basó en lo consagrado en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, al señalar que las exigencias del servicio público requerían tal actuación, por cuanto sobrevenía una exigencia técnica, toda vez que el proyecto OCAD denominado *Apoyo a la Prestación del Servicio de Alimentación Escolar Año 2015 para los Estudiantes de 46 Municipios no Certificados del Departamento del Tolima*, con código BPIN: 2014000060052, impedía la ejecución de dichos recursos en la vigencia 2016, situación que aduce se hubiese podido manejar como lo indicó la OCAD.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas, argumentando que no se ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno a la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015, toda vez que no existe prueba alguna que demuestre que el Departamento del Tolima incumplió sus obligaciones contractuales dentro del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015.

Propuso las excepciones de mérito que denominó **“Cobro de lo no debido y Pago efectivo de la obligación”**, señalando que al momento de la suspensión del referido contrato el 27 de noviembre de 2015, las partes cumplieron lo que les correspondía dentro del objeto contractual, llegando el contratista a un 79% del suministro de las raciones, de acuerdo a los diferentes informes de supervisión e interventoría del contrato y por su parte la Gobernación del Tolima había girado al contratista el equivalente al 85% del valor del contrato, pactándose el reinicio del contrato para el 1 de febrero de 2016, empero, en reunión sostenida entre las partes el 27 de enero de 2016 se analizó el reinicio y/o continuidad de la suspensión del contrato, por cuanto la administración departamental debía realizar consultas jurídicas con el fin de determinar si era posible que un contrato del año 2015 se pudiera ejecutar en la vigencia del año 2016, estando de acuerdo las partes, por lo que se elevó consulta al Departamento Nacional de Planeación, el cual en su respuesta señaló que las actividades, metas y el producto aprobado en el proyecto, se planearon para ser cumplidas expresamente en la vigencia fiscal 2015, lo que implica que la contratación y puesta en marcha de la ejecución de los recursos del Sistema General de Regalías estaban previstos para ser cumplidos en el calendario escolar del año 2015.

Se afirma que los distintos informes, tanto del supervisor como de la interventoría del contrato, demuestran el cabal cumplimiento contractual de ambas partes y la facturación presentada por el contratista fue pagada en debida forma por el

Departamento; aunado a lo anterior, que en el Contrato No. 1165 de 2015 se estableció la forma de pago, el cual obedecía al porcentaje de la ejecución del contrato, y al momento la suspensión de dicho contrato el 27 de noviembre de 2015, el contratista había ejecutado el 79%(sic) del suministro de las raciones alimentarias y la Gobernación del Tolima para la misma fecha le había girado los recursos equivalentes al 85% del valor del contrato, según se desprende de los informes del supervisor y de la interventoría, en los que se concluyó que el contratista debe hacer una devolución de \$570'173.279 m/cte. al ente territorial.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 12 de septiembre de 2017 (fl. 1 expediente físico). Mediante auto fechado 20 de noviembre de 2017 se inadmitió (fl. 303 expediente físico), y una vez subsanada, a través de auto del 29 de enero de 2018 se admitió, disponiendo lo de ley (fl. 311 expediente físico). Posteriormente vencido el término para contestar, mediante providencia del 31 de agosto de 2018 se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (fl. 507 expediente físico), la cual se llevó a cabo el día 14 de marzo de 2019, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas (fls. 180-181 expediente físico).

El 29 de octubre de 2019 (fls. 532A-534 expediente físico) y 14 de septiembre de 2020 (archivo "A8. 2017-00287 ACTA AUDIENCIA DE PRUEBAS.pdf" del expediente electrónico) se adelantó la audiencia de pruebas y al considerarse innecesario realizar la de alegaciones y juzgamiento, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido para el efecto **las partes guardaron silencio**, conforme se observa en la constancia secretarial del 29 de septiembre de 2020 (A9. 2017-00287 VENGE TERMINO DE ALEGATOS Y PASE AL DESPACHO.pdf).

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 2 del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 5º y 156 numeral 4º *ibidem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se centrará en determinar si el Departamento del Tolima incumplió el contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015 suscrito con la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015, al no reanudar el contrato y así permitir al contratista la ejecución total del negocio

jurídico, y en su lugar haber proferido los actos administrativos acusados, a través de los cuales se declaró la terminación anticipada de carácter unilateral del referido contrato con efectos de liquidación. En caso afirmativo, deberá determinarse cuáles serían los reconocimientos económicos que se debe hacer a favor del contratista.

3. MARCO JURÍDICO

Aclaración previa

Antes de a revisar lo decantado por el Consejo de Estado acerca de la suspensión temporal del contrato estatal, y como quiera que para realizar tal análisis se traerá a colación no una cita jurisprudencial propiamente dicha, sino un pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil de nuestro máximo órgano de cierre, el despacho recordará las funciones y alcance de dicha sala del Consejo de Estado, así:

“En ejercicio de la función de “administración consultiva”, le corresponde al Consejo de Estado “actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.”^{1 2} Tal función es ejercida por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los términos expuestos en los artículos 112 de la Ley 1437 de 2011 (98 del C.C.A.), 237, numeral 3º, de la Ley 270 de 1996 (L.E.A.J.) y 2³1 del Acuerdo No. 058 de 1999 - Reglamento Interno -. El ejercicio de aquella competencia implica, entre otras cosas, la potestad para: i) absolver consultas propiamente dichas; ii) realizar estudios específicos sobre una materia de interés para la administración pública; iii) revisar o preparar proyectos de ley o de códigos; y iv) resolver conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada.

Los conceptos que emite la Sala de Consulta y Servicio Civil, a su vez, se dictan para lo siguiente: i) absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo... ii) sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional... iii) en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional, o entre éstas y entidades del nivel territorial, siempre que el Gobierno Nacional se lo solicite... Es del caso precisar que en el sub examine lo que se demanda es el concepto emitido frente a una consulta formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para los efectos de esta decisión, resulta importante precisar, por una parte, que los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no cumplen funciones jurisdiccionales y, por la otra, que los conceptos que esta emite, por regla general⁷, no son vinculantes, tal y como lo establece el inciso 2º del artículo 112 del C.P.A.C.A. - 98 del C.C.A. -.”⁴

¹ Artículo 237, numeral 3º, de la Constitución Política.

² En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

³ Artículo 21. Funciones. La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que formule el Gobierno Nacional por conducto de los ministros o directores de departamento administrativo.

2. Preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno Nacional. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso.

3. Conceptuar sobre las cuestiones jurídicas relativas al Servicio Civil, en los casos previstos por la ley.(...)”

⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Sentencia proferida el 5 de febrero de 2015 dentro de la acción de tutela 11001-03-15-000-2014-02268-00(AC).

Y si bien, como lo manifiesta la Sección Cuarta del Consejo de Estado, los conceptos de su Sala de Consulta y Servicio Civil en principio no son vinculantes, sí son una manifestación clara y expresa de la postura jurisdiccional del Consejo de Estado frente a aquellos temas particulares que le son puestos de presente como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, y será desde este punto de vista que se analizarán los respectivos pronunciamientos realizados por dicha sala de consulta frente a temas particulares aplicables en el caso sub examine.

a) De la suspensión temporal del contrato estatal.

Con el fin de absolver una consulta elevada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia proferida el 5 de julio de 2016 dentro de la consulta con radicado No. 11001-03-06-000-2016-00001-00(2278) analizó las particularidades de la suspensión temporal del cumplimiento de las obligaciones del contrato estatal, el carácter total o parcial de la respectiva suspensión del contrato, sus causales, así como sus diferencias con la modificación del plazo del contrato, y a su vez si existían mecanismos para conservar la apropiación fiscal:

“En la vida de los contratos administrativos surgen comúnmente imprevistos, en ocasiones ínsitos en el diseño del contrato, que generan interrupciones o alteraciones de la relación contractual en su concepción originaria y desvían el negocio jurídico de la trayectoria inicialmente prevista.

Una de las contingencias más frecuentes del contrato estatal es la suspensión de los efectos en su ejecución. Sin embargo pese a la importancia del tema y a la periodicidad con que se plantea, hay que señalar que el asunto no está considerado en la ley, ni ha sido suficientemente destacado o estudiado por la doctrina. En la jurisprudencia se hace referencia a esta cuestión, a lo sumo, en relación con los perjuicios que pueda llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal cuando es acordada por las partes.

(...)

Advierte la Sala previamente, que la figura de la suspensión en la contratación estatal no es estática ni uniforme en su definición y eficacia. Antes bien, tiene alcance y produce efectos distintos: (i) en función del momento en el que se produce (durante el proceso de selección del contratista⁵, o bien durante la ejecución del contrato); o (ii) por las causas que la originen (fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público), o (iii) en función de ser imputable a los incumplimientos de las partes, o necesaria ante una modificación del contrato, o (iv) por la forma en que ocurre, se acuerde o consigne su ocurrencia (mediante cláusula contractual, por acta acordada entre las partes por razones de interés público, o de facto, ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito), o (v) por sus efectos en el tiempo (transitoria o “indefinida”) y, (vi) por la magnitud de la afectación en el cumplimiento de las obligaciones del contrato (parcial o total).

(...)

Sea pues lo primero advertir que, en estricto sentido, el contrato no cesa con la suspensión sino que sigue vigente, en estado potencial o de latencia, pues mientras la terminación de un contrato afecta como es obvio su subsistencia misma, la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir.

⁵ El Decreto Ley 19 de 2012 contempló expresamente que cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP presentada en la oferta, se podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción en un plazo de veinte (20) días (numeral 6.3 del artículo 221 *ibidem*).

Una vez se ha aclarado que la suspensión no perturba el vínculo contractual sino solamente las obligaciones que de él emanan, también debe señalarse que dependiendo de la magnitud de la causa que la origine puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.

(...)

Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar.

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.

Debe advertirse que actualmente la “suspensión temporal de los contratos estatales” no está expresamente regulada. Lo estuvo en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal, artículo 57, Decreto Ley 222 de 1983 derogado por la Ley 80 de 1993.

(...)

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983⁶ no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución⁷.

Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican de facto la justificada parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato.⁸.

(...)”

Frente a los límites y fundamento de la suspensión temporal del contrato estatal, el Consejo de Estado en el referido pronunciamiento señaló:

“Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo,

⁶ Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios.

⁷ Al efecto se revisaron las reglas de aplicación interna de las entidades estatales en relación con la suspensión de la ejecución del contrato, registradas en distintos conceptos, circulares, manuales y actas. Entre otros: Manual de Contratación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Tomado de: <http://www.minhacienda.gov.co/>; Manual de Procedimientos en Contratación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Tomado de: <http://www.igac.gov.co/>; Manual de Contratación del Departamento Nacional de Planeación. Tomado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/>; actas de suspensión 1 y 2 del contrato de obra No VAL-CON 004-06 entre la Unión Temporal Avenida León Caridi y la Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla y la Región Caribe S.A.- EDUBAR S.A. Tomado de: <http://www.edubar.com.co/>; Manual de Contratación, Supervisión e Interventoría de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Tomado de: <https://www.cnsc.gov.co/>. Memorando de Instrucción Jurídica Interna No DTL-6000-25727 de 12 de junio de 2007 del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá. Tomado de: <http://app.idu.gov.co/> Entre muchos otros.

⁸ Ídem.

con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.⁹

Es por eso que, a más del principio de la autonomía de la voluntad, la aplicación de la figura de la suspensión temporal encuentra sus límites y fundamento en la primacía del interés general como causa de la contratación estatal, y en la consecución de los fines del Estado¹⁰ tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.
(...)

Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos¹¹ reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer “lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla” y acordar “los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente” las situaciones que lleguen a presentarse.

En síntesis, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sin desconocer el principio de legalidad administrativa y dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de suspender justificadamente de forma temporal la ejecución del contrato estatal.
(...)”

Al abordar las diferencias entre la suspensión temporal del contrato estatal con la modificación del plazo de este, indicó:

“Recientemente esta Sala se ocupó en extenso sobre el fundamento legal y las situaciones que posibilitan la modificación del contrato estatal, así como de los procedimientos para hacerla y los límites que deben atenderse para que puedan realizarse dichas modificaciones, según la jurisprudencia y la doctrina¹².

Señaló la Sala en el Concepto 2263, que en atención al mandato de dirección general del contrato que consagra el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal puede acordar con el contratista las modificaciones que resulten necesarias para orientar el cumplimiento de la finalidad del contrato; o puede, con el mismo propósito, ejercer las facultades excepcionales consagradas en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.
(...)

Del Concepto 2263 cuyos apartes fueron parcialmente transcritos y resumidos, se puede afirmar que es viable la modificación del contrato de forma consensuada o unilateral para variar sus límites temporales y, por tanto, para ampliar o reducir los plazos de ejecución del mismo, entre otras razones, por la aparición de circunstancias nuevas o de causas imprevistas que no se contemplaron en el momento de su

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009. v.et. la Sentencia C-088 de 2000 y Sentencia C-932 de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicados: 24715; 25206; 25409; 24524; 27834; 25410; 26105; 28244; 31447 Acumulados, entre otras.

¹⁰ No sobra recordar que los fines del Estado son, entre otros, los enunciados en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, es decir: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional; mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; además de la protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, fines que en su conjunto están orientados al logro del interés general.

¹¹ “El fundamento común de las aplicaciones del principio de conservación reside en considerar que el empleo del instrumento práctico “contrato” por parte de los contratantes tiende siempre a algún resultado (salvo el caso del contrato no serio), y que tal resultado (o eventualmente un resultado menor) debe ser garantizado siempre que fuese posible, aunque por cualquier razón de carácter técnico-jurídico no pudiera, en rigor, lograrse dicho resultado. Es un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que, *utilitatus causa*, deben escapar a las razones de invalidez, de rescisión o de resolución” Cfr. MESSINEO Francesco, Doctrina General del Contrato, Tomo II, Ejea Buenos Aires pag. 116.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de marzo de 2016. “Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014”. Radicación interna: 2263.

celebración, y con el exclusivo objeto de “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos”¹³ a cargo de la entidad contratante.
(...)

Pero también puede ocurrir que, como se verá enseguida, sin acometer ninguna modificación solemne del contrato, la fecha de terminación varíe con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual, mediante el uso de la suspensión como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de interés público, que de forma suficiente y justificada originen un estado de parálisis del contrato estatal (de las obligaciones necesarias para la consecución de la obligación principal)¹⁴.

*Modificación y suspensión son figuras que pueden estar precedidas por situaciones que imposibilitan la continuidad en la ejecución del contrato. Ambas comparten la finalidad del interés general y son supuestos ciertamente excepcionales, ya que la regla general -y el escenario ideal-, es el cumplimiento de los plazos y la ejecución impecable del contrato. Sin embargo es preciso aclarar que no existen elementos comunes entre la modificación de los contratos estatales y la suspensión de los contratos, distintos a los puntos de encuentro antes expuestos.
(...)”*

Al continuar con su análisis, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado abordó las diferencias de la suspensión temporal del contrato estatal con la suspensión de facto causada por incumplimientos contractuales, así como las causales para suspender la ejecución del contrato, indicando que:

*“La suspensión como hecho o contingencia contractual acaece cuando alguno de los contratantes interrumpe el cumplimiento de sus obligaciones sin la presencia de razones de fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público. Para estos efectos, la legislación civil contempla la denominada excepción de contrato no cumplido, propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos y cuyo fundamento se encuentra en el principio de la equidad y de la buena fe¹⁵.
(...)”*

La jurisprudencia pues, ha reconocido que si se configuran incumplimientos graves imputables a la administración y la conducta del contratista se ajusta al principio de la buena fe¹⁶, este pueda suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Fuera del supuesto mencionado no existe norma legal que permita al contratista instar la suspensión o suspender el contrato de forma unilateral.

Por otra parte, si la Administración honra sus obligaciones y es el contratista quien interrumpe de forma unilateral e injustificada el cumplimiento de las suyas con afectación grave y directa sobre la ejecución del contrato, la conducta del contratista puede constituir un incumplimiento que amerite la declaración de la caducidad del contrato, con las consecuencias que de tal declaración se derivan para la parte incumplida.¹⁷

Nótese que, en los eventos antes descritos, las suspensiones de facto son en estricto sentido incumplimientos contractuales cuya responsabilidad y consecuencias deberá asumir la parte que decida suspender sin la ocurrencia de una situación de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público y sin el consenso de su co-contratante.

¹³ Cfr. Artículo 16 Ley 80 de 1993.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1998, radicado: 11.101.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

¹⁶ Código Civil. “Artículo 1603: Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

¹⁷ Ley 80 de 1993. “Artículo 18º.- De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

Por tanto, la suspensión temporal y acordada de la ejecución del contrato se diferencia de las interrupciones e incumplimientos de hecho que ocurren también con relativa frecuencia en los contratos estatales.

Causales para suspender la ejecución de las obligaciones contractuales

En primer lugar insiste la Sala en que el acuerdo sobre la suspensión temporal de la ejecución de los contratos debe resultar siempre provechoso para los intereses públicos.

Por fuerza de la definición y de la finalidad que encierra la suspensión de la ejecución del contrato, es requisito sine qua non la presencia de una causa válida y suficiente que justifique su uso. De lo contrario, podría constituir simple y llanamente una mampara que oculte el incumplimiento injustificado del contrato o un mecanismo para prorrogar indebidamente el plazo.

Aun cuando la ley no regula actualmente la suspensión del contrato estatal, la jurisprudencia ha reconocido que puede producirse por razones de fuerza mayor y caso fortuito, o en procura de la satisfacción del interés público y de la continuidad normal en la ejecución de lo contratado¹⁸.

Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado:

“La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes.¹⁹”²⁰

a. Suspensiones originadas en situaciones constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito

(...)

En torno a esta definición y a la naturaleza misma de la fuerza mayor y del caso fortuito han surgido en nuestro medio algunas discusiones sobre la identidad jurídica de estos dos institutos.²¹²²

A pesar de las diferencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la fuerza mayor y el caso fortuito son supuestos normativos que extinguen las obligaciones²³ y eximen de responsabilidad en los contratos²⁴.

Sin embargo, en materia de contratación estatal, más allá de la exoneración de las obligaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito son institutos que obligan a hacer distinciones en razón de su naturaleza, su intensidad y sus efectos.

¹⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado: 14.287; Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.945; Sentencia del 28 de abril de 2010, radicado: 16.431, entre otras

¹⁹ “[12]Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 16.431.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de abril de 2012, radicado: 17.434.

²¹ La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, históricamente ha sostenido una identidad jurídica con denominaciones disímiles para los dos institutos jurídicos. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril de 2005, expediente: 0829-92. v. et. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de julio de 2005, expediente: 6569-02.

²² *Contrario sensu*, la jurisprudencia del Consejo de Estado los separa como hechos distintos, en principio definiendo el caso fortuito como un suceso interno que se da dentro del campo de actividad de quien produce el daño, mientras que la fuerza mayor lo identifica como un acaecimiento externo a la actividad de quien lo produce; y señala, en términos generales, que la irresistibilidad es el criterio fundamental determinante de la fuerza mayor; mientras que la imprevisibilidad, lo es del caso fortuito. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006 v.et. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002, radicado: 13.477.

²³ Cfr. Código Civil, artículo 1625 numeral 7 y, artículos 1729 y 1739.

²⁴ Cfr. Código Civil. “Artículo 1604. Responsabilidad del deudor. (...) El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. (...)” // “Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios. (...) La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios (...).”

En efecto, hay eventos de fuerza mayor de carácter externo, irresistible e imprevisible, cuya intensidad lleva a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación²⁵.

Pero también hay situaciones calificadas como fuerza mayor, que no imposibilitan la continuación en la ejecución del contrato sino que la hacen excesivamente gravosa y de las que emerge el derecho de las partes al mantenimiento de la ecuación económica del contrato. Estas alteraciones están relacionadas con la teoría del hecho del príncipe²⁶ y de la imprevisión²⁷.

Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en materia de distribución de riesgos previsibles a que se refiere el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007²⁸.

Así las cosas, fuerza mayor y caso fortuito son en la ley civil modos de extinguir las obligaciones y constituyen en la contratación estatal eximentes de responsabilidad. Sin embargo, ante la imposibilidad para ejecutar el contrato estatal, puede ocurrir que las partes modifiquen el efecto extintivo propio de dichas figuras y estipulen, en su lugar, dejar en suspenso las obligaciones hasta que el obstáculo que imposibilita el cumplimiento termine o sea removido.

En efecto, los eventos originados en circunstancias transitorias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito, se han considerado en la jurisprudencia como causas que justifican el uso de la suspensión, en orden a conservar el vínculo contractual.

Al respecto, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha ilustrado sobre la ocurrencia de suspensiones del contrato estatal cuando sobreviene una causa ajena a las partes contratantes, como podrían ser hechos de la naturaleza, v.g. -cambios de las condiciones climatológicas, terremotos, incendios, inundaciones, o acciones del hombre que afectan el desarrollo del contrato, por ejemplo, alteraciones de orden público, protestas, paros y bloqueos⁵⁵, o decisiones derivadas de autoridades con facultad para suspender los contratos, v.g. – la medida preventiva que faculta al Procurador General de la Nación para solicitar la suspensión de los contratos, o su ejecución, cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público, o la suspensión provisional⁵⁶.

²⁵ El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció en el concepto 1792 del 12 de diciembre de 2006, en el cual se pronunció sobre la fuerza mayor en los contratos estatales, definiéndola como aquellos eventos externos, irresistibles e imprevisibles (actos de terrorismo), cuya intensidad llevan a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación.

²⁶ “1.1 El hecho del príncipe // La doctrina, al abordar el estudio del hecho del príncipe o el *factum principis*, (...) sostiene que éste “alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste”. (...). El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: a. La expedición de un acto general y abstracto. b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato. (...)// La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión.(...)// En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2003, radicado: 14.577.

²⁷ *Ibidem*. “1.2 La teoría de la imprevisión.// Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución.(...)// Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: 1. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. 2. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. 3. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato (...) // Como puede verse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes cocontratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante”.

²⁸ La concepción de los riesgos de los CONPES se reprodujo en la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introdujeron medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, que en su artículo 4º estableció que en los pliegos de condiciones deberá realizarse un estudio de los riesgos de la contratación estatal a través de su tipificación, de su asignación y de su estimación.

*Sin embargo las circunstancias antes enunciadas deben analizarse para decidir sobre la suspensión de la ejecución de los contratos: se deberá probar que el suceso sobrevenido no es imputable a alguna de las partes, y verificar si reúne las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad⁵⁷ que acompañan a estas figuras, pues no cualquier hecho por sorpresivo y dificultoso que resulte tiene la virtualidad de suspender el contrato.
(...)*

b. Suspensiones motivadas en procura del interés público

(...)hace notar la Sala que los pronunciamientos judiciales que dan cuenta de las suspensiones originadas en circunstancias distintas a eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pueden evidenciar desatención de la Administración a los estrictos deberes de conducta que exige el desarrollo de la fase preparatoria y de planeación del contrato, descuido que desencadena dificultades en la ejecución, ya sea por ausencia de requisitos indispensables, como serían licencias y permisos ambientales o de construcción, o por la falta de los terrenos indispensables para las obras por demoras en su adquisición²⁹.

Así las cosas, la suspensión acordada de la ejecución de los contratos no puede convertirse en un mecanismo para amparar incumplimientos de cualquiera de las partes, o corregir los efectos del incumplimiento, pues no está concebida como una figura que exonere a la entidad estatal de su deber de planeación, ni el deber del contratista de cumplir cabalmente sus obligaciones. Su finalidad es preservar el vínculo contractual cuando surgen eventos de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan temporalmente la ejecución del negocio jurídico.

*Recuerda la Sala que, si bien la tarea de la Administración en la contratación estatal es velar por la protección del interés público ínsito en los contratos estatales, que compromete el cumplimiento de necesidades impostergables de la comunidad, dicha finalidad no habilita a las entidades para utilizar cualquier medio en el logro del interés público propuesto. Por el contrario, las herramientas jurídicas que decida utilizar el Estado para cumplir este fin deberán ser legítimas y estar plenamente justificadas.
(...)”*

Así mismo analizó los requisitos para que opere la suspensión acordada de la ejecución de las obligaciones contractuales, concluyendo que en tales eventos se requiere del acuerdo de las partes, así:

*“Como se señaló no existe en nuestra legislación una regulación expresa del fenómeno de la suspensión en la ejecución de los contratos, mucho menos un listado taxativo que describa los supuestos de hecho y los tipos de contratos en los que la figura sea procedente, lo que dificulta establecer una regla general al respecto, máxime cuando la amplitud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 admite multiplicidad de hipótesis en el desarrollo de la actividad contractual del Estado⁶⁴
(...)”*

Ahora bien, dado el interés público que gravita sobre la contratación estatal, las partes contratantes deberán en cada caso concreto: (i) ponderar que la naturaleza del contrato estatal admita la posibilidad de suspenderlo, (ii) verificar que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley ni resulte contrario al orden público y a las buenas costumbres, (iii) garantizar que la suspensión tenga por objeto la consecución del interés general y el cumplimiento de los fines estatales; y (iv) demostrar y justificar

²⁹ A manera de ejemplo ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de marzo de 2003, radicado 12.431 (se suspendió el contrato por un error protuberante de la entidad contratista respecto a los cálculos de la cantidad de pavimento en un contrato de obra). En la sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 14.287 (la suspensión obedeció a la oposición de propietarios de predios por donde se trazó la carretera pues la administración no negoció con los propietarios antes de celebrar el contrato). En la sentencia del 31 de agosto de 2011, radicado 18.080 (algunas de las razones de suspensión se dieron en este caso por la necesidad de realizar obras que no estaban previstas, tales como traslado de redes de servicios públicos cuya decisión dependía de otras autoridades y el cambio de los diseños de la obra). En la sentencia del 28 de abril de 2010, radicado 16.431, (se dejó sentado que la interrupción en la ejecución del contrato se debió a una circunstancia estrictamente atribuible a la entidad contratante, consistente en la falta de suministro de los materiales establecidos en el respectivo convenio de obra pública, y que estaban a cargo de la misma), entre otras sentencias.

que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, o caso fortuito, o que procura la satisfacción del interés público.
(...)

*...la suspensión temporal del contrato estatal requiere la concurrencia de la voluntad de los contratistas, lo que excluye la posibilidad de declararla unilateralmente. Lo anterior **sin perjuicio de la suspensión de “facto”, en la cual no hay acuerdos, sino que únicamente se dejan constancias escritas de la ocurrencia de los eventos que impiden continuar con el cumplimiento de la obligación pactada”**.*

Luego de realizar un breve análisis de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de abril de 2010 dentro del radicado interno 16.431, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló los efectos de la suspensión en el tiempo, concluyendo que:

“Se ha establecido que durante la ocurrencia de la suspensión acordada por las partes en la ejecución del contrato, ante la imposibilidad de ejecutarlo, no se hacen exigibles determinadas obligaciones y el plazo que los contratantes tienen para cumplirlas no transcurre. Esto es que el tiempo “se detiene”, y en consecuencia no se contabiliza.

Por consiguiente, al reanudar el cumplimiento de las obligaciones, el vencimiento del plazo que inicialmente estipularon las partes se posterga por un término igual al que duró la parálisis del negocio jurídico, lo que implica que se altera o desplaza la fecha de finalización del contrato.

Ahora bien, debe advertirse que la forma en que la suspensión incide en el plazo de la ejecución del contrato no es modificándolo pues en estricto sentido este continúa siendo el mismo que inicialmente se pactó. Lo que ocurre es que, por el efecto mismo de la figura, se deja de contabilizar el tiempo y reinicia el conteo una vez termina la suspensión del contrato. Lo que cambia entonces no es el plazo, sino el término o la fecha determinada en el contrato para el cumplimiento de la obligación principal.

Por ejemplo, si el cumplimiento de un contrato se sometió a la modalidad de un plazo extintivo de 31 días que inició el 1 de marzo y debía terminar el 31 de ese mes, y el contrato se suspendió desde el 5 de marzo hasta el 11, (e.i., por 6 días), esto implica que el plazo de cumplimiento de las obligaciones no expiró el 31 de marzo pues en esa fecha apenas habían transcurrido 25 días del plazo pactado, sino que se postergó por los 6 días de suspensión y en consecuencia la fecha para cumplir el contrato se trasladó en el tiempo y pasó a ser el 6 de abril, pero como puede advertirse el plazo de ejecución sigue siendo el mismo: los 31 días estipulados.

*Aclara la Sala que **si bien el plazo en la contratación estatal es considerado siempre como un factor relevante del contrato, en algunos casos la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones es absolutamente determinante e inalterable, (v.g.,-el suministro de pantallas gigantes para la inauguración de unos juegos olímpicos, o la provisión de tarjetones electorales para las elecciones presidenciales programadas para un día cierto-), y por tanto, el desplazamiento de la fecha para el cumplimiento del contrato a pesar de la ocurrencia de la suspensión no procede.***

También es improcedente postergar la fecha de terminación del contrato cuando se evidencia la imposibilidad material de cumplir el objeto contratado al reiniciar el contrato suspendido, pues no podría admitirse la extensión del tiempo para cumplir un objeto imposible o que ya no existe.

Pueden existir otros elementos determinantes que hagan imposterizable la fecha de terminación de los contratos estatales a pesar de la ocurrencia de la suspensión o de circunstancias que la permitan. Entiende la Sala que no es posible realizar un inventario que incluya todas las posibilidades por lo que resultará siempre forzoso hacer el análisis caso por caso”.

Finalmente abordó **el principio de anualidad fiscal** en la contratación estatal, así como los posibles mecanismos para conservarla apropiación fiscal.

“En Colombia para el régimen presupuestal (programación y ejecución) rige el principio de anualidad fiscal.

Conforme a la Constitución Política se impone un período o vigencia anual del presupuesto, tanto al momento de prever la obligación del Gobierno de formular anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiações para su presentación al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura (artículo 346), como al regular la repetición del presupuesto del año anterior cuando no hubiera sido presentado dentro del plazo de diez días señalado (artículo 348), y también al ordenar que el proyecto de ley de apropiaciones contenga la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva(artículo 347).

Esta periodicidad se introdujo en la legislación orgánica de presupuesto³⁰ que incluyó entre los principios rectores del presupuesto general de la Nación el de anualidad³¹, conforme al cual el período fiscal corresponde al año calendario³².

*En consecuencia, después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a estas en los períodos fiscales posteriores (artículo 14 del Decreto 111 de 1996 que reproduce el artículo 10 de la Ley 38 de 1989).
(...)*

En síntesis, la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran.

Lo anterior no significa que solo se pueden comprometer recursos apropiados en una vigencia fiscal para ser ejecutados en la misma vigencia, pues la legislación orgánica reguló la posibilidad de comprometer recursos de vigencias presupuestales futuras diferentes a aquella en que se realiza el compromiso.

Este mecanismo denominado vigencias futuras es de dos clases: las vigencias futuras ordinarias, respecto de la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso³³, y las vigencias futuras excepcionales, cuando se asumen

³⁰ Contendida en las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994, 225 de 1995, algunas disposiciones de la 617 de 2000 y en la Ley 819 de 2003, compiladas las tres primeras por el Decreto 111 de 1996.

³¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 111 de 1996, por el cual se estableció el Estatuto Orgánico de Presupuesto, son principios del sistema presupuestal: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macro económica y la homeóstasis (Ley 38 de 1989, artículo 8o. Ley 179 de 1994, artículo 4o.).

³² Decreto 111 de 1996. “Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción” (artículo 10 Ley 38 de 1989).

³³ Ley 819 de 2003. “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones” (...) “Artículo 10. Vigencias futuras ordinarias. El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que: // a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley; // b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas; // c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo. // La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente los declare de importancia estratégica.// Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9º de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia.// El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo (...)”.

*obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización³⁴.
(...)*

Si desde un comienzo se previó que la ejecución de un contrato debía extenderse más allá del período de vigencia anual, se recuerda que a través de la figura del compromiso de vigencias presupuestales futuras es posible hacer una programación del contrato. De esta forma previa autorización, se pueden adquirir compromisos cuando la ejecución del contrato inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en vigencias posteriores³⁵.

Puede ocurrir también que aquellos contratos que debían cumplirse dentro de la respectiva vigencia anual y sobre los cuales no se autorizó previamente comprometer vigencias futuras, al terminar el año no estén concluidos y deban continuarse o pagarse durante la vigencia fiscal subsiguiente, hecho que obliga a preguntarse sobre los mecanismos adecuados para conservar la apropiación presupuestal de los recursos que habían sido presupuestados y que no pudieron ser gastados en la vigencia presupuestal respectiva.

Sea entonces lo primero advertir que el principio de ejecución anual del presupuesto no es absoluto sino que presenta excepciones señaladas en la ley³⁶.

Para el efecto, considera la Sala que son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución del contrato permiten conservar la apropiación presupuestal: a) las reservas presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal; b) las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista”.

b) Del principio de planeación en la contratación estatal.

En sentencia del 28 de mayo de 2012 proferida dentro del expediente 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado analizó el principio de planeación aplicado a la contratación estatal, en el que concluye que todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de decisiones públicas al interior del proceso contractual, suponen una agresión clara del marco jurídico de la contratación estatal en general; sobre el particular concluye:

*3.1. Según lo tiene ya establecido la jurisprudencia⁵, dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado³⁷, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la **planeación**³⁸. Por virtud de ésta la entidad estatal contratante está en el deber legal (Ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los*

³⁴ *Ibidem*. “Artículo 11. Vigencias futuras excepcionales.// El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 1º de esta ley.// (...)”.

³⁵ Cfr. Artículos 10 y ss. de la Ley 819 de 2003.

³⁶ Al respecto ver: NARANJO FLORES, Carlos Eduardo y CELY CUBIDES, Diego Mauricio. “Las excepciones al principio de anualidad en la contratación estatal”. En Revista de Derecho Fiscal No 4 de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 248. En: www.uexternado.edu.co/derechofiscal.

³⁷ El artículo 72 del Decreto 150 de 1976 ya hacía referencia a este punto. Asimismo, el decreto 222 de 1983 implícitamente hacía referencia a él en el numeral 2º del artículo 30, en el artículo 46, en el párrafo 1º del artículo 83 y de manera expresa en el artículo 84 referido a los contratos de obra pública.

³⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715) y otros –acumulados–, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma –si se quiere más significativa- en su etapa de ejecución³⁹. Reglas que imponen, según lo indicado por la jurisprudencia, que:

“[N]o se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume...”⁴⁰

En tal virtud, **el deber de planeación**, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

De otra parte, en cumplimiento también del deber de planeación y del principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25 Ley 80 de 1993); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25 ibídem), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25 ídem).⁴¹

Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones, 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 condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30).

En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica⁴², así como la modalidad de proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales –ínsitas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.

³⁹ Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992. En sentido similar ver Consejo de Estado, sentencia de 19 de junio de 1998, exp.10.439.

⁴¹ Modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y luego por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

⁴² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Proceso número: 25000 23 26 000 9854 01, Radicación número: 14854, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

De allí que si esta manifestación del principio de economía debe orientar los procesos de contratación, resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general.”

c) De la terminación unilateral del contrato

Al estudiar la figura de la terminación unilateral dentro del contrato estatal, la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado en sentencia del 10 de noviembre de 2017 proferida dentro del expediente 68001-23-31-000-2003-01342-01(39536), determinó:

“Pues bien, en el ordenamiento jurídico colombiano las entidades públicas pueden pactar a su favor, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, algunas cláusulas excepcionales al derecho común, entre estas, las de *“interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato”*, según lo establece la Ley 80 de 1993 (modificada por la Ley 1150 de 2007). Tales cláusulas poseen la característica esencial de que pueden ser ejecutadas de *manera unilateral* por la entidad que las pactó a su favor, lo que significa que no debe acudir a instancias judiciales para obtener el cumplimiento de la decisión ni, mucho menos, contar con la aprobación de la otra parte contratante para hacerla efectiva.

Así, pues, tal potestad de ejecución se encuentra reservada exclusivamente para las entidades estatales y, por tanto, sería inoperante su estipulación en los contratos que no se encuentren sometidos a las reglas dispuestas en el mencionado Estatuto General de la Contratación Estatal –Ley 80 de 1993–.

Las distintas previsiones legales permiten identificar la *“terminación unilateral de los contratos estatales”* como un género, dentro del cual, a su turno, se distinguen algunas especies, las cuales participan de ciertas notas comunes, sin que ello signifique que puedan confundirse como una sola y única figura, puesto que –valga aclarar– son muchos y muy variados los aspectos que las diferencian entre sí.

Dentro del aludido género se encuentran las siguientes modalidades o especies de la figura: *i) la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, ii) la terminación unilateral regulada por los artículos 14 y 17 de la Ley 80 y iii) la terminación a cuya aplicación hay lugar cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta del respectivo contrato estatal (artículo 45, inciso 2º, de la Ley 80 de 1993).*
(...)

A su turno, la *terminación unilateral de que trata el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80* es una figura que permite dar por terminado el contrato estatal, cuando respecto del mismo se haya configurado cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de ese mismo estatuto contractual. Así lo dispone el referido artículo 45:

“La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

“En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

La norma legal transcrita evidencia que esta modalidad de terminación tiene cabida en relación con cualquier clase de contrato estatal, independientemente de su objeto, siempre que en la celebración del mismo se haya configurado cualquiera de las causales de nulidad antes referidas, sin que su aplicación pueda extenderse, entonces, a otras causales de nulidad absoluta diferentes a ellas.

Por su parte, la **terminación unilateral propiamente dicha** (que es la que concierne al presente asunto) tiene “... *el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos... y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación ...*” de los mismos¹⁴.

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80, esto es: **a)** “*en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal*”, **b)** en los contratos que tengan por objeto “*la prestación de servicios públicos*”, **c)** en los contratos que tengan por objeto “*la explotación y concesión de bienes del Estado*”, **d)** “*en los contratos de obra*”, **f)** en los “*contratos de suministro*” y **g)** en los contratos “*de prestación de servicios*”. En los dos últimos el ejercicio de tal potestad resulta facultativa (art. 14, inciso 5, ley 80), razón por la cual ésta debe ser expresamente pactada por las partes.

Cada vez que un organismo o entidad estatal ejerce la potestad excepcional de *terminación unilateral* del contrato, debe proceder al reconocimiento y pago de las compensaciones “... *e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial*” (artículo 14, numeral 1, inciso 2, Ley 80). Lo anterior pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos no comporta ninguna sanción y, por tanto, tampoco genera inhabilidad alguna para el contratista afectado (contrario a lo que sucede con la caducidad).”

4. PRUEBAS APORTADAS Y PRACTICADAS

Con base en el anterior marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, dentro de las que se destacan las que a continuación se enuncian, el Despacho procederá a hacer el análisis del caso en particular:

Documentales

- Copia del Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 del 31 de julio de 2015, cuyo objeto es la prestación del servicio de alimentación escolar para brindar un complemento alimentario (ración servida de almuerzo en sitio) y refrigerio a niños, niñas y adolescentes matriculados en las instituciones educativas oficiales de los municipios no certificados del Departamento del Tolima, acorde con los lineamientos técnico administrativos y estándares del programa de alimentación escolar, para el desarrollo de la jornada escolar complementaria y/o jornada única de conformidad con el proyecto “Apoyo a la prestación del servicios de alimentación escolar año 2015 para los estudiantes de 46 municipios no certificados del Departamento del Tolima”, y copia del Acta de Inicio del Contrato No. 1165 de 2015, suscrita el 3 de agosto de 2015 (Fls. 3-18 y 24-25 expediente físico).
- Copia del Registro Presupuestal No. 9107 para la vigencia 2015 por valor de \$3.735'344.100 con fecha de vencimiento del 31 de diciembre de 2015 (Fls. 19 y 27 expediente físico).
- Copia de la Resolución No. 7048 del 24 de octubre de 2014 por el cual se establece el Calendario Académico para el año 2015 en los Establecimientos Educativos Estatales de Educación Preescolar, Básica, Media y Educación de

Adultos de los municipios no certificados del Departamento del Tolima (Fls. 26-29 expediente físico).

- Copia del Informe de Supervisión No. 1 del 9 de octubre de 2015 e informe Detallado de la ejecución de Actividades, en el que se da fe del cumplimiento del 25% de la ejecución del contrato de conformidad con el número de estudiantes beneficiarios por cada institución educativa (Fls. 30-32 y 33-34 expediente físico).
- Copia factura de venta No. W001 del 22 de septiembre de 2015 (\$1.120'603.230) por concepto de primer pago correspondiente al 30% del valor del contrato No. 1165 de 2015; Comprobante de Egreso No. 15699 del 19 de octubre de 2015 proferido por la Gobernación del Tolima por valor de \$1.120'420.860 por concepto de pago del 30% (1/4) del Contrato 1165 de 2015; y Orden de Pago No. 15573 del 14 de octubre de 2015 de la Factura W001 por el pago del 30% del Contrato 1165 de 2015; así como el respectivo comprobante de transferencia bancaria del BBVA a la Cuenta No. 0139000200120778 a nombre de Unión Temporal Nutrir por valor de \$1.120'420.860, menos \$22'000.000 consignados en el Banco Agrario por concepto de embargo; y Certificado fechado 28 de septiembre de 2015 respecto de que *“la cuenta presentada a la gobernación del Tolima corresponde al 30% del valor del contrato nro. 1165 ... de 2015 se encuentran incluidos las raciones ...entregadas en el mes de Agosto”*; (Fls. 35-39 expediente físico).
- Copia del Informe de Supervisión No. 1 del 9 de noviembre de 2015 e Informe detallado de la ejecución de Actividades, en el que se da fe del cumplimiento del 50% de la ejecución del contrato, de conformidad con el número de estudiantes beneficiarios por cada institución educativa (Fls. 53-55 y 56-57 expediente físico).
- Copia factura de venta No. W002 del 23 de octubre de 2015 (\$1.120'603.230) por concepto de segundo pago correspondiente al 30% del valor del contrato No. 1165 de 2015; Certificado fechado 10 de noviembre de 2015 respecto de que *“la cuenta presentada a la gobernación del Tolima corresponde al 50% del valor del contrato nro. 1165 ... de 2015 se encuentran incluidos las raciones ...entregadas en el mes de septiembre”*; Comprobante de Egreso No. 18044 del 20 de noviembre de 2015 proferido por la Gobernación del Tolima por valor de \$1.120'420.860 por concepto de pago del 30% (2/4) del Contrato 1165 de 2015; y Orden de Pago No. 17295 del 11 de noviembre de 2015 de la Factura W002 por el pago del 30% del Contrato 1165 de 2015; (Fls. 58-61 expediente físico).
- Copia del Acta de Suspensión No. 01 del Contrato No. 1165 de 3 de agosto de 2014 (sic), suscrita el 27 de noviembre de 2015, dentro de la cual se indicó que el tiempo de duración del contrato era de 95 días calendario escolar a partir de la suscripción del acta de iniciación, habiéndose ejecutado 75 días; así mismo se indicó que mediante Resolución No. 7048 del 24 de octubre de 2014 la Secretaría de Educación del Departamento estableció que el calendario escolar para el segundo semestre del año 2015 iría del 13 de julio al 6 de diciembre para un total de 95 días de desarrollo curricular; que analizados varios factores se consideró la atención dentro de la cotidianidad académica hasta el viernes 27 de noviembre de 2015 con el 100% de la población estudiantil, y por consiguiente las partes contratantes consideraron procedente suspender la

ejecución del contrato a partir del 27 de noviembre de 2015, fijando como fecha de reanudación el lunes 1 de febrero de 2016 (Fls. 67-70 expediente físico).

- Copia del Informe de Supervisión No. 3 del 3 de diciembre de 2015 e Informe Detallado de la ejecución de Actividades, en el que se da fe del cumplimiento del 75% de la ejecución del contrato de conformidad con el número de estudiantes beneficiarios por cada institución educativa (Fls. 71-73 y 74-75 expediente físico).
- Comprobante de Egreso No. 20214 del 16 de diciembre de 2015 proferido por la Gobernación del Tolima por valor de \$933'552.378 por concepto de pago del 25% (3/4) del Contrato 1165 de 2015; y Orden de Pago No. 19301 del 10 de diciembre de 2015 de la Factura W003 por el pago del 25% del Contrato 1165 de 2015; Copia factura de venta No. W003 del 27 de noviembre de 2015 (\$933'836.025) por concepto de tercer pago correspondiente al 25% del valor del contrato No. 1165 de 2015; y Certificado fechado 3 de diciembre de 2015 respecto de que *"la cuenta presentada a la gobernación del Tolima corresponde al 75% del valor del contrato nro. 1165 ... de 2015 se encuentran incluidos las raciones ...entregadas en el mes de Octubre y Noviembre"*; así como el respectivo comprobante de transferencia bancaria del BBVA a la Cuenta No. 0139000200120778 a nombre de Unión Temporal Nutrir por valor de \$933'552.378 (Fls. 77-80 y 84 expediente físico).
- Copia del Oficio No. 001734 del 23 de diciembre de 2015 dirigido al Secretario de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima, por el cual el Secretario de Planeación y TIC del referido ente territorial le informa sobre a posible inconsistencia en la continuación de la ejecución de los 20 días faltantes en el desarrollo del contrato (1165 de 2015), por cuanto estos sobrepasan la vigencia 2015, toda vez que el programa de alimentación escolar 2015 para los estudiantes de 46 municipios no certificados del Departamento del Tolima fue aprobado por el OCAD Regional Centro Sur Amazonía mediante Acuerdo 23 del 22 de enero de 2015; que consultado vía telefónica con el Líder del OCAD para el Tolima en el Ministerio de Hacienda, se constató que el referido proyecto fue formulado y justificado para su ejecución únicamente en la vigencia 2015, por lo que no era posible ejecutar los días faltantes en el año 2016 (Fls. 86-87 expediente físico).
- Copia del oficio del 20 de enero de 2016 por el cual el representante legal de la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 solicita a la Secretaría de Educación departamental del Tolima reiniciar el Contrato 1165 de 2015 (Fl. 88 expediente físico).
- Copia del Acta de Reunión del 27 de enero de 2016 y registro de asistencia de a la referida reunión, en la cual se analizó el acta de suspensión 01 del 27 de 2015 del Contrato 1165 de 2015 correspondiente al programa de alimentación escolar, en el cual se plasmaron las inquietudes frente a la imposibilidad de continuar con la ejecución del referido contrato por cuanto de os recursos del proyecto están limitados al año 2015, fijándose dentro de los compromisos el elevar oficio de consulta dirigido a la OCAD para que indique si es viable o no continuar con la ejecución de os días faltantes del Contrato 1165 de 2015 en l vigencia del año 2016, así como elaborar el acta de prórroga de la suspensión suscrita entre las partes, lo anterior sujeto al tiempo que demore la respuesta de la OCAD (Fls. 89-93 expediente físico).

Aclara el Despacho que la referida Acta y el registro de asistencia a tal reunión, no se encuentran suscritos por el representante legal de la contratista Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 o apoderado alguno.

- Mediante memorial fechado 28 de enero de 2016 y radicado al día siguiente, la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima (e), previo recuento de los hechos que rodearon el proceso contractual que desembocó en la suscripción, ejecución parcial y suspensión del Contrato 1165 del 31 de julio de 2015 , elevó consulta dirigida a la Secretaría Técnica del Órgano Colegiado de Administración y Decisión - OCAD – Región Centro Sur, respecto de la viabilidad de *“ejecutar en la vigencia 2016 los 20 días calendario escolar restante, teniendo en cuenta que el proyecto fue aprobado para ejecución en la vigencia 2015, sin que se vaya a incurrir en algún tipo de irregularidad y/o ilegalidad, en vista de la existencia del oficio 001734 del 23 de diciembre de 2015 del entonces Secretario de Planeación y TIC del Departamento”* (Fis. 94-98 expediente físico).
- Mediante memorial radicado el 5 de febrero de 2016, el representante legal del consorcio contratista le solicitó a la Secretaría de Educación Departamental que les informe oficialmente cual e la posición de Departamento del Tolima frente al reinicio del Contrato No. 1165 de 2015 (Fis. 102 expediente físico).
- Mediante memorial fechado 16 de febrero de 2016, el Coordinador del Grupo de Coordinación SGR⁴³ del Departamento Nacional de Planeación dio respuesta a la consulta elevada inicialmente a la OCAD, señalando que *“las actividades, metas y el producto aprobado en el proyecto ya citado se planearon para ser cumplidas expresamente en la vigencia fiscal 2015, lo que implica definitivamente que la contratación y puesta en marcha de la ejecución de recursos del Sistema General de Regalías estaba previstas para ser cumplidos en el calendario escolar del año 2015”*, aclarando, reglón seguido, que en todo caso la responsabilidad en la contratación y manejo de tales recursos del SGR, recae sobre las entidades ejecutoras de los respectivos proyectos, en este caso del Departamento del Tolima, y por tanto son los responsables de la dirección y manejo contractual, debiendo en todo caso dar cumplimiento al régimen de contratación pública (Fis. 103-104 expediente físico).
- Copia del Acta de Reunión del 18 de febrero de 2016 y registro de asistencia de a la referida reunión, en la cual se abordó, entre otros puntos, los siguientes *i)* se analizó la respuesta, vía correo electrónico, a la consulta elevada a la OCAD correspondiente al programa de alimentación escolar, respecto de que ésta no era la competente para pronunciarse sobre el particular; *ii)* así mismo aclaró el representante de la interventoría que en la reunión anterior no se acordó ni por la contratista ni por la interventoría elevar consulta a la OCAD, sino que se prorrogaban los contratos (de prestación de servicios y de interventoría) mientras se hacía la consulta a la OCAD; *iii)* el Secretario de Educación propuso *“cancelar el contrato 1165 de 2015 de mutuo acuerdo por inconvenientes jurídicos que impiden continuar ejecutando”* en consideración a las diferentes consultas realizadas por la administración departamental; *iv)* el representante de la Unión Temporal Nutrir señala que como quiera que con la administración anterior se acordó la suspensión del contrato para continuar con su ejecución en la vigencia 2016, siendo la nueva administración la que decidió cambiar lo acordado, producto de las consultas realizadas, por lo que la unión temporal

contratista señaló que presentaría una propuesta de liquidación para llegar a un acuerdo entre las partes, para no salir económicamente perjudicados teniendo en cuenta las expectativas que se tenían así como los gastos administrativos y operativos derivados de la suspensión del contrato con la promesa pactada de reanudar la ejecución del mismo; así mismo la unión temporal contratista hace la salvedad de que al liquidarse el contrato se presenta una pérdida de oportunidad y que en todo caso los errores de planeación en la administración pública no pueden afectar al contratista; **v)** así mismo las partes hicieron alusión a que en el último pago efectuado por la administración departamental con ocasión de la forma de pago pactada, se realizó un pago mayor de 560 millones de pesos frente a la ejecución de las raciones suministradas (Fls. 105-112 expediente físico).

- Mediante oficio radicado el 1° de marzo de 2016, el supervisor del contrato le reiteró al representante legal de la Unión Temporal Nutrir 2015, la urgencia de conocer la propuesta de liquidación del contrato 1165 de 2015 a que se comprometió la contratista en la reunión del 18 de febrero de 2016; así mismo le recordó que está pendiente de su parte la protocolización de la firma de acta de prorrogas (Fl. 113 expediente físico).
- Copia del acta de reunión del 15 de abril de 2016 del comité técnico para establecer los criterios de la liquidación del contrato 1165 de 2015 correspondiente al programa de alimentación escolar (Fls. 131-133 expediente físico).
- Mediante memorial fechado 25 de abril de 2016 el representante legal de la contratista Unión Temporal Nutrir 2015 presentó a la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, propuesta de liquidación del Contrato No. 1165 de 2015; y mediante oficio de 10 de mayo la referida secretaría de educación le confirma el recibido de la propuesta de liquidación y le reitera que se encuentra pendiente de protocolizar la firma del acta de prórroga de suspensión (Fls. 134-137 expediente físico).
- Copia del acta de reunión del 2 de agosto de 2016 respecto de la asesoría por Secretaría de Planeación para liquidación de contratos de alimentación escolar e interventoría del año 2015 (Fls. 138-142 expediente físico).
- El 16 de agosto de 2016 la interventoría presentó informe del Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 de 2015, con corte al 27 de noviembre de 2015 (Fls. 156-172 expediente físico).
- Mediante oficio del 29 de agosto de 2016, el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima requiere a la interventoría del Contrato No. 116 de 2015, para la aclaración del informe presentado el 16 de agosto de dicha anualidad, toda vez que en este se señala que el saldo a devolver por parte del operador del contrato según las raciones suministradas hasta el 27 de noviembre de 2015, es de \$570.173.279, cifra que los supervisores del contrato no encuentran ajustada.

Lo anterior, por cuanto según la forma de pago pactada a la fecha de corte, se habían realizado 3 pagos así: *i)* 30% por el 25% de la ejecución, *ii)* 30% por el 25% de la ejecución, y *iii)* 25% por el 25% de la ejecución; esto es, que por el 75% de la ejecución del contrato se debía haber pagado ya el 85% del valor del contrato, lo que equivale a \$3.175'042.485 m/cte.; y según lo analizado por los supervisores del contrato, el operador del contrato al 27 de noviembre de 2015

había ejecutado efectivamente el 79% del contrato, además porque se debía tener en cuenta que el número de raciones efectivamente entregadas no es necesariamente igual al porcentaje de ejecución del contrato; esto por cuanto si para un establecimiento educativo se determinó la entrega de 120 raciones diarias, se debe tener en cuenta que la asistencia de la población escolar varía día con día, por lo que debe haber certeza es sobre si el operador efectivamente ejecutó toda su actividad según la oferta del contrato para preparar, según el ejemplo, las mismas 120 raciones todos los días, debiendo por tanto explicar la interventoría “¿Qué pasó con esas diferencias de raciones no entregadas, ya que efectivamente fueron ejecutadas por el operador?”.

Por tanto, según el análisis efectuado por los supervisores del contrato, el operador al haber ejecutado el 79% del contrato (\$2.948'995.868 m/cte.) al 27 de noviembre de 2015, el saldo a devolver, inicialmente sería de \$226'086.617 m/cte. (Fls. 143-146 expediente físico).

- A tal requerimiento le fue dada respuesta mediante memorial de aclaración fechado el 5 de septiembre de 2016 (Fls. 147-154 expediente físico), del cual se destaca:

PRONUNCIAMIENTO: Sobre la base de los lineamientos pactados contractualmente, no es viable para la interventoría manifestarse respecto del valor a pagar acorde al cálculo efectuado por el supervisor, toda vez que previamente la Gobernación debió haber tenido en consideración dicha condición en la formulación de la forma de pago, en la estructuración del costo asociado a cada ración, en la tipificación, estimación y asignación de los riesgos contractuales, bajo criterios y condiciones que acorde a su experiencia e indicadores en la ejecución del PAE en el departamento, pudiera haber previsto respecto de las fluctuaciones en la matrícula en el desarrollo del contrato; evaluación que se debió acompañar al estudio de costos o económico, de forma tal que permitiera contener reglas claras, precisas y concretas, para determinar los costos marginales de la operación y sus implicaciones. Atendiendo que dicha condición no se tiene contractualmente, la interventoría realiza la certificación con el número de raciones entregadas, acorde a lo establecido por las partes contractualmente.

En este punto es pertinente precisar que la interventoría no tiene conocimiento de documento allegado por el contratista donde indique novedades y observaciones frente al valor a certificar por la interventoría durante el período de ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 de 2015.

De otra parte la Supervisión del programa contó desde el primer informe con la relación de la entrega diaria por cada institución y sede educativa acorde al costo estimado por ración, lo cual se puede verificar en los anexos consolidados entregados y soportados con las certificaciones de los Docentes, información que se presentó en las mesas de trabajo de seguimiento del contrato, que se ven en el cuadro 2.

- Mediante memorial del 27 de septiembre de 2016 dirigido al Secretario de Educación y Cultura de Departamento del Tolima, el representante legal de la Unión Temporal Nutrir 2015, en respuesta a la solicitud de informe del Contrato 1165 de 2015 le señala que la referida unión temporal dio cabal cumplimiento a sus obligaciones contractuales según se evidencia en los informes de la interventoría, por lo que no fueron objeto de requerimientos ni de apertura de procesos sancionatorios por incumplimiento; que para efectos de la liquidación bilateral del contrato se debe evaluar el oficio radicado el 25 de abril de 2016 donde se indica que el Departamento del Tolima debe reconocer a la contratista la suma de \$223'564.873 m/cte., allí discriminados por concepto de costos de personal administrativo, técnico y operativo, de logística y demás asumidos con

la suspensión del contrato y el no reinicio del mismo, así como la utilidad dejada de percibir por la no ejecución del mismo (Fls. 173-174 expediente físico).

- A través de memorial fechado el 25 de octubre de 2016, la interventoría del contrato objeto de la presente litis, dio respuesta a requerimiento del Secretario de Educación y Cultura de Departamento del Tolima frente al informe presentado por la Contraloría General de la República, en la que se exponen unas observaciones y se concluye que se presentó un mayor valor pagado excluidos costos fijos, de \$420'429.809 m/cte. (Fls. 175-179 expediente físico).
- Con memorial fechado 10 de enero de 2017, suscrito por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento, se le remitió a la contratista Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 el *Acta de Terminación Anticipada de Carácter Bilateral con Efectos de Liquidación* del 30 de diciembre de 2016, requiriéndole la devolución del valor no ejecutado por la suma de \$545'810.279 m/cte. (Fls. 180-193 expediente físico).
- Mediante Resolución No. 0500 del 7 de febrero de 2017, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima declaró la *“terminación anticipada de carácter unilateral al Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015, con efectos de liquidación”* (Fls. 181-199 expediente físico), en la que se concluyó que:

De acuerdo al anterior informe la firma interventora considera que el valor a devolver por parte del operador del programa con corte al 27 de noviembre de 2015, corresponde a:

PAGOS AUTORIZADOS ACORDE A LA FDRMA DE PAGO	3,175,042,485
TOTAL REFRIGERIOS ENTREGADOS	711,775,000
TOTAL ALMUERZOS ENTREGADOS	1,893,094,206
TOTAL SUMINISTROS ENTREGADOS	2,604,869,206
SALDO POR DEVOLVER	570,173,279

Y así mismo dispuso en su artículo tercero:

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar al Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos de la Entidad, adelantar los procesos administrativos y/o judiciales a que haya lugar, con el propósito de hacer reintegrar en cabeza del Contratista UNION TEMPORAL NUTRIR TOLIMA 2015 la suma de **QUINIENTOS SETENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MDA. CTE. (\$570,173,279.00)** a favor del departamento del Tolima.

- Mediante Resolución No. 1445 del 15 de marzo de 2017 proferido por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 contra la Resolución N0. 0500 del 7 de febrero de 2017, confirmando tal acto administrativo (Fls. 201-205 expediente físico).
- Mediante Decreto No. 0098 del 8 de febrero de 2016, el Departamento del Tolima declaró la urgencia manifiesta en el Departamento con el fin de salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes adscritos al sistema educativo oficial en los 46 municipios no certificados del Tolima, así como para conjurar los eventuales perjuicios que se les pudiese ocasionar, por la no ejecución oportuna del Plan de alimentación Escolar PAE (Fls. 213-214 expediente físico).
- A través del Contrato No. 0058 del 19 de febrero de 2016, el Departamento del Tolima contrató la *“Prestación del servicio de alimentación escolar para brindar almuerzo a estudiantes de jornada única y complemento alimentario (ración preparada y servida en sitio e industrializado) a estudiantes matriculados en*

instituciones educativas oficiales de los municipios no certificados del Departamento del Tolima...” (Fls. 215-228 expediente físico).

Dictamen pericial

Aportado por la parte actora, relativo al cálculo del perjuicio patrimonial, daño emergente y lucro cesante pretendido (Fls. 229-256 expediente físico).

En audiencia de pruebas se practicó la sustentación del dictamen pericial por parte del Contador Público Freddy Mauricio Bastidas Ortiz, en el que refiere este el lucro cesante y daño emergente que según su criterio, se causó con ocasión de la terminación unilateral del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015, aduciendo que el porcentaje de ejecución del contrato fue del 79% quedando por ejecutar solo un 21%;

Concluye que el daño emergente asciende a la suma de \$51'000.000, correspondiente a los gastos en que debió incurrir la UT, producto de esta litis, por concepto de honorarios al apoderado del presente proceso, los honorarios para atender un proceso coactivo iniciado por el Departamento del Tolima en contra de Elis del Rio Acosta, los honorarios para atender un proceso que se adelantó por la Contraloría General de la Nación contra Natali Zarate, así como los honorarios del propio perito.

Respecto del lucro cesante, aduce que el saldo a ejecutar corresponde al 21% del valor total del contrato, como quiera que ya se le había ejecutado el 79% de la totalidad del mismo, y que por tanto el lucro cesante corresponde a la esperanza de la utilidad a obtener producto de la ejecución del contrato, la cual estima en el 12% del valor de saldo a ejecutar, esto es, la suma de \$73'000.000. Luego en la audiencia de pruebas, señaló que el lucro cesante se obtuvo fue del 15% que faltó por pagar en dicho contrato.

Testimonios

El señor **Yesid Humberto Callejas Mendoza**, de profesión Administrador de Empresas quien se desempeña como Profesional Universitario del Departamento del Tolima en carrera, desde el 1° de enero de 1996, señaló que ha sido supervisor de diferentes contratos de prestación de servicios en cumplimiento de sus funciones como funcionario del Departamento del Tolima y específicamente se desempeñó como supervisor del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015; respecto de la suspensión de tal contrato, indicó que obedeció a que se culminaron las clases en tal año y por tanto no había alumnos a los cuales hacerle entrega de las raciones contratadas, y que en todo caso, al momento de la suspensión del contrato, no sabían que se podrían presentar problemas para la ejecución del mismo en la siguiente vigencia fiscal, situación que se puso de presente con las observaciones y/o advertencia dadas por el Secretario de Planeación y TIC a la Secretaría de Educación, donde podrían incurrir en una acción irregular de continuar con la

ejecución del contrato; que por tanto, la no terminación de la ejecución del contrato, tuvo su origen en las decisiones de la administración, consecuencia de las observaciones acerca de la imposibilidad de continuar con la ejecución del mismo.

Del **testimonio** rendido por **Carlos Alberto infante Acosta**, Coordinador Técnico y Logística del programa de alimentación escolar, se destaca que dentro del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015 participó en el proceso de planeación, alistamiento, preparación y ejecución de todo lo relacionado con el contrato, encargándose de la coordinación de toda la parte técnica y logística de la ejecución del contrato. Afirmó el testigo que durante el tiempo de ejecución del referido contrato y hasta el momento en que estuvo vinculado la Coordinación Técnica del PAE, se dejó toda la capacidad logística para prestar el servicio, esto es, bodegas, operación logística,, supervisores e ingenieros, con la expectativa de retomar en febrero; que la interventoría no les realizó ningún tipo de requerimiento para que se pudiesen efectuar los pagos del contrato, y que en todo caso, era la interventoría la que presentaba los informes para autorizarse el trámite de los pagos, los cuales incluso hasta el mes de diciembre que se hizo el último pago, no tuvieron inconvenientes.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

- Del principio de planeación

Como se vio, en el caso sub examine se encuentra acreditado que el Departamento del Tolima, a través de la Secretaría de Educación y Cultura, y la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 suscribieron el referido Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 del (viernes) 31 de julio de 2015, con un plazo total de ejecución contratado de 95 días calendario escolar a partir de la suscripción del acta de iniciación, dando inicio a la ejecución del mismo el lunes 3 de agosto de 2015 según consta en el Acta de Inicio del Contrato No. 1165 de 2015; de lo anterior se desprende que, desde la suscripción del contrato y el inicio de la ejecución del mismo, no se presentaron demoras injustificadas atribuibles a la unión temporal contratista.

De otra parte, según se observa en la Resolución No. 7048 del 24 de octubre de 2014 proferida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, el referido ente territorial estableció el Calendario Académico para el año 2015 en los Establecimientos Educativos Estatales de Educación Preescolar, Básica, Media y Educación de Adultos de los municipios no certificados del Departamento del Tolima, para los cuales se estableció 40 semanas de trabajo académico con estudiantes; que las 20 semanas lectivas de trabajo académico con estudiantes del segundo semestre escolar del 2015 iniciaban el 13 de julio y finalizaban el 6 de diciembre de 2015.

Habiéndose ejecutado 75 días calendario escolar de los 95 contratados, y luego de analizarse que la atención dentro de la cotidianidad académica con el 100% de la población estudiantil iría hasta el viernes 27 de noviembre de 2015, las partes contratantes consideraron procedente suspender la ejecución del contrato a partir del 27 de noviembre de 2015, fijando como fecha de reanudación el lunes 1° de febrero de 2016, por tanto, suscribieron el 27 de noviembre de 2015 el Acta de Suspensión No. 01 del referido Contrato No. 1165 de 2015, en la cual se citó la

Resolución No. 7048 del 24 de octubre de 2014 de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Lo anterior denota que en el caso sub examine, efectivamente se presentaron deficiencias en la planeación contractual por parte de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, toda vez que en principio el plazo en que se pretendía ejecutar el referido Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 del 31 de julio de 2015, se pensó, coincidiría o cubriría en su totalidad el segundo semestre escolar del año 2015. Sin embargo, era claro que desde la fijación de dicho calendario escolar en el año 2014, este estaba definido para 40 semanas de trabajo académico con estudiantes entre el **13 de julio y 6 de diciembre de 2015** con una semana de receso estudiantil del 5 al 11 de octubre de 2015, menos días festivos del segundo semestre de dicha anualidad, lo que efectivamente denota que el segundo semestre escolar fijado en 95 días calendario escolar finalizaría antes que los 95 días a los que se refería el contrato 1165 de 2015.

Recuerda el despacho que de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia el 28 de mayo de 2012 proferida dentro del expediente 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), citada líneas atrás, todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de decisiones públicas al interior del proceso contractual, suponen una agresión clara del marco jurídico de la contratación estatal en general, lo cual implica un desconocimiento al principio de planeación en la contratación estatal, pues en voces del Consejo de Estado **“el deber de planeación**, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, (...) qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. (...) igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25 *ibídem*), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25 *ídem*)

Por lo tanto, en el caso sub examine la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima debió adelantar el respectivo proceso precontractual con la suficiente antelación para que el respectivo contrato de prestación de servicios se hubiese suscrito antes al 13 de julio de 2015 y así su ejecución hubiese iniciado en esta fecha para poder dar cabal cumplimiento a los 95 días contratados, o en su defecto, habiéndose suscrito el 31 de julio de 2015 el referido Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 de 2015, su plazo de ejecución contractual debió acogerse desde la etapa precontractual a la realidad del calendario escolar de los Establecimientos Educativos Estatales de Educación Preescolar, Básica y Media de los municipios no certificados del Departamento del Tolima; situación que no se presentó en el caso sub examine.

- Del principio de anualidad

El 27 de noviembre de 2015 se suspendió de mutuo acuerdo la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 de 2015, fijando inicialmente el lunes 1 de febrero de 2016 como la fecha en que se reanudaría la ejecución del mismo, teniendo como fundamento para tal suspensión, la respectiva vacancia escolar de fin de año, empero, durante el proceso de empalme en el cambio de administración, la nueva administración alertó sobre la posibilidad de que no se pudiese seguir con la ejecución del contrato por tratarse de recursos provenientes de regalías, por lo cual se debían ejecutar dentro de la misma vigencia fiscal.

Tal alerta conllevó a una serie de reuniones entre la unión temporal contratista y la administración departamental contratante, previo a definir la suerte del Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 de 2015, lo que ocasionó la prórroga de la suspensión de dicho acuerdo de voluntades mientras se obtenía respuesta de la OCAD frente a la viabilidad o no de continuar con la ejecución del contrato objeto de la presente litis, que estaba sujeto al programa de alimentación escolar para el año 2015 y por ende a los recursos girados para tal fin; la cual no se suscribió formalmente, empero de las reuniones adelanta por las partes contratantes se infiere el acuerdo de ellas en dicha prórroga de suspensión.

A la postre, tal consulta fue resuelta por el Coordinador del Grupo de Coordinación SGR⁴³ del Departamento Nacional de Planeación mediante memorial del 26 de marzo de 2016, señalando que ***“las actividades, metas y el producto aprobado en el proyecto ...se planearon para ser cumplidas expresamente en la vigencia fiscal 2015, lo que implica definitivamente que la contratación y puesta en marcha de la ejecución de recursos del Sistema General de Regalías estaba previstas para ser cumplidos en el calendario escolar del año 2015”***; tal respuesta llevó a que el Departamento del Tolima en la reunión del comité técnico del 15 de abril de 2016, pese a la insistencia de la unión temporal contratista de continuar con la ejecución del referido contrato hasta su culminación, planteara los criterios de la liquidación bilateral del contrato 1165 de 2015 correspondiente al programa de alimentación escolar, por lo que le solicitó a la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 que presentara su propuesta de liquidación del referido contrato.

Como se dijere en el acápite correspondiente del marco jurídico de esta providencia al abordar el principio de anualidad fiscal en la contratación estatal, tal periodicidad se introdujo en el estatuto orgánica del presupuesto, esto es, el Decreto 111 de 1996; tal grupo normativo incluyó como uno de los principios rectores del presupuesto general de la Nación el de la anualidad, lo cual implica que el período fiscal corresponde al año calendario.

Lo anterior, en palabras prácticas implica que después del 31 de diciembre de cada anualidad, no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha, lo que conlleva a que los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a estas en los períodos fiscales posteriores; de lo cual se desprende que la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que ***las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran***.

Aunado a lo anterior, en el caso sub examine se tiene la particularidad de que el Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 de 2015 se deriva del proyecto No.

201400006052 del Banco de Programas y Proyectos de inversión Nacional, cuyo objeto era el apoyo a la prestación del servicio de alimentación escolar año 2015 para los estudiantes de 46 municipio no certificados del Departamento del Tolima, y cuyos recursos de financiación provenían del Sistema General de Partición por concepto de regalías, y en todo caso, el objeto de dicho programa y por consiguiente del contrato de prestación de servicios objeto de litis, estaba restrictivamente condicionado a que su ejecución se diera durante el calendario escolar del año 2015, por lo que aquellos recursos que efectivamente no fueron causados y /o ejecutados dentro de dicho periodo o vigencia, debían ser devueltos por la administración departamental al Sistema General de Participación por cuanto dicho presupuesto expiraría conforme al principio de anualidad fiscal⁴³, lo cual efectivamente imposibilitaba continuar en el año 2016 con la ejecución del referido contrato No. 1165 de 2015, por lo que en efecto se debía proceder con la liquidación bilateral del contrato, so pena de incurrir en conductas de tipo fiscal, disciplinario y/o penal.

Ahora bien, lo anterior no exime de responsabilidad al Departamento del Tolima en el caso sub examine frente a los perjuicios de orden material que se le llegasen a causar al contratista por la liquidación anticipada del contrato y que estén efectivamente demostrados, por cuanto se reitera, la administración departamental estaba en la obligación de dar aplicación al principio de planeación en el marco de la contratación estatal, lo cual no ocurrió en el presente asunto tal como se expuso en líneas anteriores y dicha falta de planeación no puede serle trasladada al contratista, máxime cuando es claro que el yerro al momento de calcular el período escolar en el que se habría de prestar el servicio de alimentación escolar en el segundo semestre del año 2015, es atribuible solo al contratante, que fue incluso el que desde el año 2014 tenía ya fijado dicho calendario escolar.

- De los perjuicios reclamados

Pretende la parte actora que una vez sea declarado el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en el Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015 por parte de la Gobernación del Tolima, al no permitir la ejecución total del negocio jurídico por situaciones, actuaciones y decisiones imputables exclusivamente a la administración departamental, le sea ordenado al ente territorial que a título de los perjuicios causados al actor, reconozca y pague los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en la suma \$73'854.158 m/cte., valor equivalente a la utilidad esperada y dejada de percibir en el referido contrato; así mismo la suma de \$51'920.054 m/cte. en la modalidad de daño emergente, correspondiente a lo invertido por la parte actora para cumplir con los gastos técnicos, operativos, logísticos y de materias primas necesarias para el reinicio del contrato; valores que solicita sean debidamente actualizados conforme al IPC.

Encuentra el Despacho que iniciado el proceso de liquidación bilateral en el caso su examine y luego de varios requerimientos por parte de la administración departamental y de la misma interventoría del Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 de 2015, la contratista Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 presentó a la

43 Para mayor claridad ver a folio 103-104 del expediente físico, la respuesta dada por el Coordinador del Grupo de Coordinación SGR del Departamento Nacional de Planeación a la consulta elevada inicialmente a la OCAD por el Departamento del Tolima.

Secretaría de Educación Departamental del Tolima, mediante memorial fechado 25 de abril de 2016, la propuesta de liquidación de dicho contrato en el que solicita al Departamento del Tolima el reconocimiento \$223'564.873 m/cte., por concepto de costos adicionales por la legalización del contrato (mayor valor pagado por estampillas y pólizas de cumplimiento, ampliación de la vigencia de las pólizas), costos ocasionados por contratos laborales y OPS que no fueron terminados (nóminas y contratos OPS causados durante el periodo de suspensión, liquidaciones causadas, aportes a seguridad social e indemnizaciones), costos ocasionados por el sostenimiento de la logística (arrendamiento de bodegas, servicios públicos, alquiler de vehículos, fumigación de bodega) raciones certificadas pendientes de pago, y utilidad dejada de percibir sobre el valor por ejecutar; empero sin aportar a la administración documentación alguna que soporte la causación de tales costos listados en dicha liquidación.

Al requerirse a la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 el informe del Contrato de Prestación de Servicio No. 1165 de 2015, dio respuesta mediante memorial del 27 de septiembre de 2016, en el que indicó que dio cabal cumplimiento a sus obligaciones contractuales según evidencia de los informes de la interventoría, por lo que no fueron objeto de requerimientos ni de apertura de procesos sancionatorios por incumplimiento; y que en todo caso, para efectos de la liquidación bilateral del referido contrato, se debía evaluar el oficio radicado el 25 de abril de 2016, donde se indicaba que el Departamento del Tolima debía reconocer a la contratista la suma de \$223'564.873 m/cte., allí discriminados, los cuales fueron asumidos por la suspensión del contrato y no reinicio del mismo, así como la utilidad dejada de percibir por la no ejecución del mismo, empero no aportó documental alguna con la cual soportar lo que aducía se le debía reconocer en la liquidación bilateral

A su vez, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima al revisar el informe de la interventoría del Contrato No. 116 de 2015 allegado el 16 de agosto de 2016, solicitó aclaración del mismo, por cuanto en este se indica que el operador del programa de alimentación escolar debe devolver un saldo de \$570'173.279 m/cte. según las raciones suministradas hasta el 27 de noviembre de 2015, cifra que los supervisores de dicho contrato no encuentran ajustadas, quienes aducen que el saldo a devolver sería de \$226'086.617 m/cte., aclaración que fue presentada el 5 de septiembre de 2016, en la cual la interventoría ratifica que conforme a los lineamientos pactados contractualmente, esto es número efectivo de raciones entregadas, el saldo a devolver por parte del operador del contrato es de \$570.173.279 m/cte.

En este punto se observa que según la forma de pago pactada, al momento de suspensión del contrato, esto es el 27 de noviembre de 2015, se habían realizado 3 pagos así: i) 30% por el 25% de la ejecución, ii) 30% por el 25% de la ejecución, y iii) 25% por el 25% de la ejecución; lo que sin mayores elucubraciones permite concluir que por el 75% de la ejecución del contrato se debía haber cancelado ya un porcentaje mayor al mismo, esto es el 85% del valor del contrato, lo que equivale a \$3.175'042.485 m/cte.; de lo cual la interventoría concluye que teniendo en cuenta los lineamientos pactados contractualmente, esto es el número efectivo de raciones entregadas al 27 de noviembre de 2015, del valor contractual ya cancelado se había ejecutado \$2.604'869.206, por lo que el saldo a devolver por parte del contratista es de \$570'173.279 m/cte.

Luego, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima mediante Resolución No. 0500 del 7 de febrero de 2017 declaró la *“terminación anticipada de carácter unilateral al Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015, con efectos de liquidación*, en la que dispuso que, conforme al informe presentado por la interventoría del contrato, existe un saldo a devolver por parte del operador del programa de \$570'173.279; acto administrativo confirmado mediante Resolución No. 1445 del 15 de marzo de 2017 por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015

Por su parte, la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones, encontró unas observaciones frente al Contrato de Prestación de Servicio No. 1165 de 2015, en las que concluye que se presentó un mayor valor pagado frente a lo ejecutado, excluidos costos fijos, de \$420'429.809 m/cte., procediendo a abrir la respectiva investigación fiscal, en la cual mediante Auto 793 del 28 de septiembre de 2019 se ordenó cesar la acción fiscal del proceso fiscal y el archivo del mismo por inexistencia de daño al patrimonio del Estado en favor de la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 y demás investigados fiscales, la interventoría del contrato, los supervisores del mismo y demás funcionarios del Departamento del Tolima vinculados al proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00213, empero, se aclara que la Contraloría llegó a tal conclusión de inexistencia de daño al patrimonio del Estado, no porque la contratista Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 no tuviese un saldo que devolver a la Gobernación del Tolima, sino todo lo contrario; porque existiendo el saldo a devolver por parte del operador del programa en cuantía de \$570'173.279, el Departamento del Tolima actuó de manera diligente para que tal saldo fuese recuperado por la Dirección de Rentas de la administración departamental, librando mandamiento de pago No. 041 del 2 de mayo de 2017 por dicho valor más intereses, proceso de cobro coactivo en el cual se decretaron medidas cautelares y se resolvieron excepciones, entre otras actuaciones, proceso de cobro coactivo al cual la Contraloría General de la República le realizó varias visitas especiales para verificar la evolución del mismo, concluyendo el referido ente de control fiscal que:

Así las cosas, la administración departamental ha hecho y está haciendo lo que la ley le permite para recuperar el recurso que está en manos del contratista y que debería devolver por no haber sido ejecutado, razón por la cual a la fecha no existe daño al patrimonio del Estado que recuperar por parte del ente de control, por cuanto si se siguiera con el proceso se estaría coadministrando.

Luego entonces, **la inexistencia de daño al patrimonio del Estado decretada por la Contraloría General de la República** dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2017-00213 adelantado contra la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 y otros, **no se debe a la inexistencia de saldos a devolver** por un mayor valor pagado frente a lo ejecutado por parte de la contratista; **sino que, existiendo efectivamente este saldo (\$570'173.279) el ente territorial ha iniciado** dentro de sus facultades legales **el respectivo proceso de cobro coactivo contra la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 para la recuperación del mismo**, por lo que la Contraloría no continuaría con otro proceso paralelo para la recuperación del mismo patrimonio del Estado, ordenando por tanto el archivo de su proceso de responsabilidad fiscal..

A partir de lo anterior, se tiene que, de acuerdo a la forma de pago pactada en el Contrato de Prestación de Servicio No. 1165 de 2015, se pagó un mayor valor (85%) frente a lo ejecutado (75%) y certificado por la interventoría del contrato, es decir un 10% del valor del contrato, por lo que la referida unión temporal debe devolver a la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima la suma de \$570'173.279 por concepto de mayor valor pagado frente a lo ejecutado en el referido contrato, sin menoscabo de los perjuicios que la contratista haya podido demostrar que le fueron causados como consecuencia de la terminación anticipada del contrato y que se debió, como se vio, a la falta de planeación del Departamento del Tolima.

Ahora bien, al momento de intentar adelantar la liquidación bilateral del contrato objeto de la presente litis, pese a que la unión temporal contratista presentó a la Secretaría de Educación Departamental una propuesta de liquidación del contrato, se reitera sin ningún tipo de soportes, finalmente las partes del contrato no pudieron llegar a un acuerdo para la liquidación conjunta del mismo, por lo que la administración departamental en ejercicio de sus atribuciones legales profirió la Resolución No. 0500 del 7 de febrero de 2017 por la cual se declaró la terminación anticipada de carácter unilateral del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015, con efectos de liquidación, en la cual se plasmaron los pormenores de lo acaecido con el referido contrato de prestación de servicios, y en el que finalmente se concluyó que:

De acuerdo al anterior informe la firma interventora considera que el valor a devolver por parte del operador del programa con corte al 27 de noviembre de 2015, corresponde a:

PAGOS AUTORIZADOS ACORDE A LA FDRMA DE PAGO	3,175,042,485
TOTAL REFRIGERIOS ENTREGADOS	711,775,000
TOTAL ALMUERZOS ENTREGADOS	1,893,094,206
TOTAL SUMINISTROS ENTREGADOS	2,604,869,206
SALDO POR DEVOLVER	570,173,279

Empero en tal liquidación no se tuvo en cuenta que con la terminación anticipada del contrato se frustró la utilidad esperada sobre el 25% del contrato que faltó por ejecutar y que deberá ser objeto de reconocimiento y pago en este fallo, pues como se indicó previamente, tal terminación anticipada fue producto de la falta de planeación del Departamento del Tolima y es claro que efectivamente se frustró la expectativa real que tenía la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 frente a lo que quedó pendiente de ejecución.

Una vez analizado en su conjunto la totalidad del acervo probatorio allegado al plenario, el Despacho concluye que finalmente del Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 del 31 de julio de 2015 se ejecutó el 75% del contrato conforme lo señalado por la interventoría del contrato en sus diferentes informes, quedando un 25% restante por ejecutar, y es respecto de dicho porcentaje del contrato que se calculará la utilidad esperada que le ha de ser reconocida a la parte actora, por lo cual se deberá declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado únicamente en lo referente a la liquidación del contrato, para que se incluya en esta, el valor que debe reconocer la Secretaría de Educación y Cultura Departamental por tal concepto a la Unión temporal demandante.

Frente a los demás perjuicios materiales que alega la parte actora le fueron causados con terminación anticipada del contrato, pretende demostrarlos a través

del informe pericial que aportó, el cual reposa en folios 215 a 228 del expediente físico.

Al analizar el informe pericial allegado al plenario junto con la sustentación del mismo, el Despacho no encuentra soporte documental alguno que respalde los dichos del perito con relación a:

i) Los gastos en que incurrió la parte actora por concepto de daño emergente en aras de atender los diferentes procesos de jurisdicción coactiva, fiscal y judicial que aduce se desprendieron de Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015;

ii) Tampoco reposa en el expediente documental alguna respecto de los gastos operativos y administrativos que alega la parte actora y señala el perito, incurrió la Unión Temporal Nutrir Tolima 2015 con el fin de mantener la logística requerida para reiniciar la ejecución del referido contrato en el mes de febrero de 2016;

Por lo anterior tal informe pericial con el que pretendía la parte actora demostrar y cuantificar los perjuicios materiales ocasionados por concepto de daño emergente, al no contar con soporte documental que respalde las conclusiones expuestas por el perito, para el despacho no pasan a ser más que el decir de la parte actora a través de un perito, pero se reitera, no se cuenta con soporte documental alguno que dé sustento y veracidad de lo allí expuesto.

Por lo anterior, la parte actora no demostró que efectivamente se hubiesen causado el daño emergente alegado en el presente asunto, por lo que no se accederá al daño emergente alegado por la unión temporal contratista.

6. DE LAS CONDENAS EN CONCRETO.

El Consejo de Estado ha definido en reiterada jurisprudencia la forma de obtener el porcentaje de la utilidad esperada cuando se presenta la terminación anticipada del contrato; es así que en sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021 dentro del proceso radicado 25000-23-26-000-2017-00832-01(66251), señaló que tal ganancia correspondía al 5% del overhead del contrato, así:

*Así pues, acudiendo a un criterio de equidad como el empleado por esta Corporación en oportunidades anteriores para calcular el porcentaje de la utilidad derivado de la ejecución de contrato, del 22% de overhead la Sala **tomará el 5%** como rubro destinado para fortalecer los programas académicos de investigación y extensión de la entidad y será sobre este porcentaje sobre el que recaiga el reconocimiento de los perjuicios irrogados a la Universidad de Cundinamarca con ocasión de la terminación unilateral anticipada.*

En dicha providencia, como se trababa de dos entidades estatales contratantes en las que en principio no se tendría porque esperar una utilidad de tal contrato o convenio interadministrativo, empero por las particulares de dicho caso se concluyó que lo que se esperaba la Universidad de Cundinamarca como fortalecimiento de los programas académicos de investigación y extensión de la entidad, corresponde o se equivale efectivamente a la utilidad esperada propiamente dicha en tratándose de un contratista particular.

Por su parte, el overhead son todos aquellos gastos administrativos que se deben pagar para mantenerse en ejecución el contrato, que van de los más sencillos como servicios públicos, arrendamientos, telecomunicaciones entre otros, hasta los más complejo como son los salarios y honorarios de los colaboradores.

Aclarado lo anterior, se observa que en el Contrato de Prestación de Servicios No. 1165 del 31 de julio de 2015 se pactaron como overhead las sumas de \$617'251.288 por concepto de costos de personal y \$104'634.624 por concepto de gastos administrativos, para un total de \$721'885.912

De esos \$721'885.912 de overhead de todo el contrato, se toma el 25% que corresponde al porcentaje que faltó por ejecutar, lo cual da un valor de \$180'471,478 que corresponde al overhead del porcentaje del contrato que no se ejecutó (25%).

De ese 25% de overhead, aplicando el criterio establecido por el Consejo de Estado, se tomó el 5% como rubro destinado a utilidad esperada, arrojando la suma de **\$9'023.573** en favor de la contratista Unión Temporal Nutrir Tolima 2015.

7. INDEXACIÓN E INTERESES

La suma resultante a favor de la Unión Temporal demandante, deberá ser actualizada conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con la siguiente fórmula:

$$VA= Vh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente VA se determinará multiplicando el valor histórico (Vh), que es el que corresponde a las sumas adeudadas por concepto de utilidad esperada, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de finalización del contrato), así:

Los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.AC.A., y las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del ibídem.

8. CONDENA EN COSTAS

Al resultar vencida la parte demandada, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte actora, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018⁴⁴, verificando en consecuencia que el apoderado judicial de la parte actora efectivamente realizó actividades adicionales a la propia presentación de la demanda, tales como la asistencia a la audiencia inicial, en la que participó de todas sus etapas, también asistió a la audiencia de práctica de pruebas y presentó los alegatos de conclusión en la oportunidad debida.

También hubo de incurrir en erogaciones como el pago de la suma establecida por gastos ordinarios del proceso, razón por la cual se fijará la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué Tolima**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la Nulidad parcial del acto administrativo demandado Resolución No. 0500 del 7 de febrero de 2017 por la cual se declaró la terminación unilateral del Contrato No. 1165 del 31 de julio de 2015, con efectos de liquidación, así como de la Resolución 1445 del 15 de marzo de 2017 que resolvió un recurso de reposición, para que dentro de la liquidación se incluya a favor de la unión temporal contratista, debidamente indexada en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia, la suma de **\$9'023.573** por concepto de utilidad esperada. En todo lo demás quedarán incólumes los referidos actos administrativos.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de ***Cobro de lo no debido y Pago efectivo de la obligación***", impetradas por el Departamento del Tolima.

TERCERO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA a reconocer y pagar a favor de la demandante UNIÓN TEMPORAL NUTRIR TOLIMA 2015, por concepto de lucro cesante la suma de **\$9'023.573**, debidamente indexada y que corresponde al monto de la utilidad esperada, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

QUINTO: CONDENAR en costas al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la demandante, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

SEXTO: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

OCTAVO: Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

Diana Carolina Mendez Bernal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Oral 3
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

05a570bc4a3887cb135a1f281858491cee7d64cb6f20d3a6cfb00d2eec05ce34
Documento generado en 01/12/2021 08:32:31 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>