**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Jurisdicción – Competencia y acción procedente**

Como en el presente asunto funge como parte el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, su conocimiento corresponde a esta jurisdicción, siendo esta Corporación la competente, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos. De otro lado, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo prescribe que la acción procedente, para adelantar el juicio de legalidad de los actos censurados, es la de controversias contractuales. (…) La Sala debe verificar, según la apelación de la parte actora, si el a quo erró: (i) cuando dispuso que la actora debía reintegrar parte del anticipo, junto con sus rendimientos financieros, a pesar de haber declarado la nulidad de los actos acusados que a ello la obligaban, de que el anticipo fue amortizado en su totalidad y que este no produjo rendimientos de ningún tipo y (ii) por no reconocer en su totalidad los perjuicios materiales y morales derivados de la terminación unilateral del contrato

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 80 de 1993**

La Sala precisa que el contrato suscrito por las partes el 29 de diciembre de 2003 está sometido a las previsiones de la Ley 80 de 1993, pues respecto de este no se verifica la aplicación de alguna excepción. Ahora, en atención a la apelación, la Sala se abstendrá de estudiar lo relacionado con el juicio de legalidad de los actos, ese punto quedó fijado en el fallo recurrido y no fue controvertido en la alzada, por tanto, se carece de competencia para analizarlo. Solo se detendrá en las consecuencias que se desprenden de la anulación declarada, en consideración a que la apelante requirió que: (i) se disminuyeran los valores que en su contra se liquidaron, (ii) se reconocieran las pretensiones negadas por el a quo y (iii) se aumentaran los valores que a su favor se ordenaron

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Acto administrativo particular – Finalidad – Regulación normativa – Anticipo – Ilegalidad del acta de liquidación**

Los valores liquidados en contra de la actora estaban contenidos en la liquidación unilateral, la que, a su juicio, fue avalada sin más por el a quo. Por ello, la apelante sostuvo que la consecuencia de la anulación de los actos que la obligaban a devolver parte del anticipo solo podía ser que se la eximiera de pagar tales rubros. En principio la afirmación de la demandante es correcta, la anulación de la decisión que le imponía pagar unas sumas, la exime de sufragarlas; sin embargo, el juicio de legalidad de actos administrativos que recaen sobre situaciones particulares no se limita a sacar el acto administrativo del ordenamiento –como lo sostiene la actora–, sino que además busca dejar al afectado en la situación que tendría si el acto no hubiese sido expedido –restablecimiento del derecho–. Por ello, el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo prevé que “para restablecer el derecho particular, los Organismos de los Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas”. Así, el juez cuenta con un amplio margen de decisión para disponer cómo debe restablecerse el derecho vulnerado por el acto administrativo anulado. (…) De tal suerte que el restablecimiento del derecho, una vez se verificó la ilegalidad de la liquidación, debía propender por dejar a la contratista en las condiciones en que estuviese si los actos no se hubiesen expedido.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Ilegalidad del acta de liquidación – Anticipo**

Así, si se obvia la liquidación, se tiene que la contratista tenía en su poder el anticipo, dinero que nunca ingresa a su patrimonio, y que solo podía destinar a la ejecución del contrato. La sola ilegalidad del acto de liquidación no es suficiente para que la contratista tenga derecho a retener el anticipo, comoquiera que ese dinero nunca fue suyo y la nulidad declarada no varía la finalidad propia de esos valores –ejecución del contrato–. Por ende, a la actora le corresponde acreditar que el anticipo fue amortizado, de lo contrario debe reintegrarlo. 23.4. Precisamente, en virtud del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, “el fallador adquiere la potestad para solucionar los conflictos que se plantean con el objeto de lograr una correcta administración de justicia, realizar la equidad y cumplir la finalidad del derecho” . Por ello, es que el restablecimiento, producto de la nulidad, no puede desconocer la realidad que pretende impactar. 23.5. De ahí que el a quo debía, como lo hizo, verificar que el anticipo fue invertido en lo que correspondía y si no fue así estaba obligado a disponer que la actora lo reintegrara. Esa orden no desconoce el principio de congruencia, ya que definir el restablecimiento del derecho en las condiciones que conforme a la ley corresponde, es la materialización de una facultad otorgada al juez y el cumplimiento de una obligación por parte de este.

**ANTICIPO – Amortización del anticipo por parte del contratista – Liquidación unilateral**

En ese orden, la Sala encuentra que el valor del contrato ascendía a $1.699.312.000 –supra párr. 21.4–. El 50% de ese monto es $849.656.000, la contratista recibió como anticipo $767.993.520, luego de que se le descontaran $81.662.480 por gravámenes –supra párr. 21.6–. Así, a la actora le correspondía acreditar que gastó $767.993.520 en ejecutar el contrato y aquello que no se destinó a este propósito debía volver a la entidad contratante. En principio, para lograr ese propósito, a la contratista le bastaba, según la cláusula decimosexta del contrato, presentar la documentación expedida por la interventoría, que era la encargada de certificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante. Sin embargo, el ente territorial no designó al encargado de adelantar la interventoría del contrato, por lo que, al margen de la legalidad de ello, la contratista acudió a una veeduría ciudadana para que vigilara el correcto desarrollo del contrato. Es así que las certificaciones de la interventoría nunca fueron expedidas. (…) Por su parte el a quo se limitó a sostener que la demandante debía reintegrar los valores no amortizados; sin embargo, no analizó en qué proporción la demandante ejecutó sus obligaciones, le dio total credibilidad al monto señalado por el ente contratante en su liquidación unilateral. La Sala no comparte el ejercicio efectuado en la primera instancia, y en eso le asiste razón a la apelante, lo procedente era verificar lo ejecutado por la actora con fundamento en el acervo probatorio, cosa distinta es que lo acreditado no favorezca los intereses de la apelante

**CERTIFICACIONES DE LOS CONTADORES – Pruebas adicionales que acrediten las certificaciones de los contadores – Valor probatorio de las certificaciones firmadas por los contadores contables – Estados financieros – Libros contables**

Efectivamente, las certificaciones de los contadores públicos sobre el estado contable deberán apoyarse, entre otros, en los estados financieros o los libros contables. La jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación así lo ha puesto de presente: Sobre este tema considera la Sala que, en el caso presente, se hacían indispensables pruebas adicionales que no sólo corroboraran, sino que explicaran y justificaran los cambios realizados a los registros contables para poder entender comprobados los pasivos aducidos por la contribuyente y por ende su procedencia para disminuir las cuentas por cobrar y el patrimonio declarado. (…) Así mismo, la Sala ha precisado que el carácter de prueba contable suficiente del certificado del contador o revisor fiscal se sujeta a que tenga algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse. (…) La certificación del contador público requiere de un grado de certeza que permita llevar al juez al convencimiento de que lo que allí se acredita corresponde con la realidad. (…) 25.5. De igual forma, esta Sección, frente a los estados financieros certificados por contador público, llamó la atención de que no es suficiente con la firma de ese profesional, sino que, según lo conceptuado por el Consejo Técnico de Contaduría Pública, se requiere que se declare que se verificaron las aseveraciones contenidas en ese documento, con base en los reglamentos, y los libros contables. (…) Así, en el presente asunto, sin perder de vista que se acreditó, con la respectiva tarjeta profesional (fl. 192, c. ppal.), la calidad de contadora pública de quien suscribe la certificación se echa de menos esa exigencia, por cuanto dicho documento no da cuenta de sus fundamentos. En efecto, se limita a señalar unos gastos sin que se conozca la fuente de esa información y, en todo caso, no obran los soportes que respalden tales conclusiones. Así, la certificación de la contadora pública aportada para acreditar a qué se destinó el anticipo es insuficiente, se desconoce los fundamentos de las afirmaciones ahí contenidas, por lo que, a diferencia de lo indicado por en el recurso de apelación, no es plena prueba de la amortización. No se trata de exigir una tarifa legal en el caso en estudio, sino de que las pruebas que se aporten al proceso cuenten con los fundamentos necesarios para llevar al juez la convicción de lo que pretenden probar las partes. A la contratista le correspondía demostrar en qué invirtió el anticipo, obligación parcialmente cumplida con las certificaciones de los rectores y directores de los establecimientos educativos estatales aportadas al plenario, las que en todo caso son posteriores a la certificación de la contadora

**ANTICIPO − Rendimientos financieros del anticipo – Posición jurisprudencial**

En efecto, se limita a señalar unos gastos sin que se conozca la fuente de esa información y, en todo caso, no obran los soportes que respalden tales conclusiones. Así, la certificación de la contadora pública aportada para acreditar a qué se destinó el anticipo es insuficiente, se desconoce los fundamentos de las afirmaciones ahí contenidas, por lo que, a diferencia de lo indicado por en el recurso de apelación, no es plena prueba de la amortización. (…) de los $767.993.520 que la actora recibió como anticipo, solo acreditó que amortizó $64.442.700, por lo que en principio estaría obligada a devolver $703.550.820; sin embargo, en virtud de la non reformatio in pejus se mantendrá la orden de reintegro por valor de $377.426.000 –supra párr. 9.3.1–, a pesar de que la contratista acreditó un menor valor amortizado, pues aumentar esa cifra iría en contra de los intereses de la apelante.

**RENDIMIENTOS FINANCIEROS DEL ANTICIPO – Definición – Procedencia**

En relación con los rendimientos financieros que produjo el anticipo, la apelante sostuvo que esos fondos fueron consignados en una cuenta corriente que no generó rendimientos de ningún tipo, tal como lo certificó su contadora, por tanto, era improcedente la orden de reintegrar los rendimientos. La certificación que pretende hacer valer la apelante –distinta a la ya analizada– fue aportada con el recurso de apelación (fl. 842-844, c. ppal.) y con memorial del 11 de diciembre de 2012 (fl. 912-914, c. ppal.); sin embargo, con auto del 11 de diciembre de 2013, se decidió negar la incorporación de dicho documento como prueba (fl. 969, c. ppal.), por lo que ninguna mención se hará de su contenido.Sobre los rendimientos financieros generados por dineros públicos, resultan ilustrativas las siguientes precisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación (…) Por “rendimientos financieros” deben entenderse los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses) .Los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si este es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de este. iii. En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido, por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un “precio anticipado”, una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un “anticipo”, dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato. iv. Por el contrario, si una entidad pública como contratante entrega unos dineros en administración, verbi gratia para ser invertidos, éstos no ingresan al patrimonio del contratista, y por lo mismo los rendimientos que lo acrecen son de la entidad contratante que es la propietaria del capital. En este caso, el precio del contrato lo constituyen las comisiones, primas de resultado, una suma fija o cualquier otra forma de retribución que se pacte. (…) En el plenario no hay prueba de que la contratista haya abierto dicha cuenta y que en ella depositó el anticipo, por lo que no es posible conocer si esos dineros generaron rendimientos financieros conforme al instrumento de depósito bancario empleado por la contratista. Bien pudo ocurrir, como quiso acreditarlo la actora, que el dinero fuera depositado en una cuenta corriente, que en principio no genera rendimientos, conforme a los artículos 1382 a 1392 del Código de Comercio y 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que no obligan las entidades financieras a reconocer rendimientos sobre los depósitos en ese tipo de cuentas, como sí las obliga a hacerlo respecto de depósitos en la cuentas de ahorros, según lo prevé el artículo 126 ejusdem y los artículos 2 a 4 del Decreto 2994 de 1990. (…) la actora incumplió su carga de acreditar que el dinero a ella entregado no generó rendimientos, por lo que se presume que sí lo hizo, conforme al artículo 1617 del Código Civil, que establece de manera genérica la rentabilidad de un capital líquido de dinero, a razón del 6% anual (0,5% mensual). De esa forma, el a quo erró al calcular los rendimientos con base en el interés bancario corriente, pues no se trata del ejercicio de actividades comerciales y, además, por ordenar que esa cifra fuera indexada, ya que el interés corriente bancario compensa la incidencia del fenómeno inflacionario en el dinero. (…) la demandante está obligada a reintegrar $382.275.924, que corresponden a $377.426.000 por anticipo no amortizado –supra párr. 26.1– y $4.849.924 por rendimientos financieros.

**PERJUICIOS MORALES – Personas jurídicas – Subjetividad de la Sala**

La Sala debe confirmar en este punto la sentencia apelada. Es errado considerar que la actora sufrió una merma patrimonial porque no le fue entregado la totalidad del valor pactado. Ese dinero era para la ejecución del contrato y estaba comprendido en costos directos, administración, imprevistos y utilidad. La demandante no puede pretender que le sea entregado todo el dinero, si la finalidad a la que estaba afecto –entrega de alimentos en los establecimientos educativos– no puede ser cumplida. La accionante bien pudo requerir que se condenara a la entidad por los perjuicios que le ocasionó la ilegal terminación. Por ejemplo, la disminución patrimonial que le significó los gastos en que incurrió para ejecutar la totalidad del contrato; pero ello no fue pedido y, en todo caso, ninguna prueba hay de tales gastos. En punto a los perjuicios morales, la Sala precisa que dicha tipología en perjuicio pretende compensar “la aflicción, la pena y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la persona jurídica incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral”. A pesar de que las personas jurídicas no están en condiciones de padecer la aflicción moral en iguales términos que un individuo –salvo en los casos de comunidades indígenas, por su especial cosmovisión –, lo cierto es que la Sala, en un primer momento, indicó que “a ellas se les reconoce una subjetividad jurídica, gozan de atributos propios de la personalidad y, por ende, son titulares de derechos que pueden considerarse en sentido objetivo como morales y de carácter extrapatrimonial (reputación, el buen nombre, la probidad), los cuales si en alguna manera se les menoscaba, corresponde indemnizar, en cuanto resulten demostrados en el respectivo proceso” , para posteriormente precisar que las afectaciones a esos intereses –reputación o prestigio de la persona jurídica– en realidad deben indemnizarse como perjuicios materiales. (…) 31.3. Así, como bien lo señaló el a quo, la indemnización de los perjuicios causados por lucro cesante en el caso concreto debe limitarte únicamente al valor de la utilidad que esperaba recibir la actora. Sin embargo, ante la ausencia de “reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado” .

**CÁLCULO DE LA UTILIDAD – Corrección monetaria – Intereses moratorios – Reconocimiento de perjuicios materiales – Lucro cesante**

Así, en aquellos eventos en que no se acredita la utilidad esperada por la contratista con su ejecución, la Sala ha establecido el valor de A.I.U. a partir del promedio entre varios contratos de objeto similar. Sin embargo, en este caso, no se tiene dicho parámetro de comparación. En consecuencia, en ejercicio del arbitrio judicial, se estima un porcentaje del 15% por A.I.U. para la tipología contractual analizada, del cual se establece un 5% de utilidad, en consideración a las actividades que implicaban la puesta en marcha del contrato diseñado por las partes, en este caso, el suministro de alimentos en 32 establecimientos educativos estatales. Sin embargo, en virtud de la non reformatio in pejus se mantendrá el porcentaje fijado en la primera instancia (6,66%), que aplicado a $1.227.082.000 –valor no ejecutado– resulta en $81.723.661,2 de utilidad. Ahora bien, ante el silencio del a quo, la Sala recuerda que en lo concerniente al incumplimiento de la obligación de pago –como sería la falta de pago de la utilidad esperada–, se indemniza con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que nació la obligación de pago hasta que este se satisfaga, como lucro cesante.(…) 31.7.1. La Sala no comparte el punto inicial para el cálculo. Para verificar el punto inicial debía precisar en qué momento la contratista tenía derecho a recibir la totalidad del dinero. 31.7.2. En contraste, la Sala modificará el índice final. Como ya se indicó este es un asunto íntimamente relacionado con la liquidación de los valores cuestionados en la apelación –supra párr. 27.7.2–. Ello, por cuanto el cruce de cuentas que se impone hacer en el sub lite, obliga a que las deudas de cada parte puedan ser definidas para señalar, luego de la compensación, a quien le corresponde hacer el pago. Así la Sala tomará como índice final el de empalme de esta sentencia, es decir, el de mayo de 2018 (142,06).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 08001-23-31-000-2006-00734-01(38850)**

**Actor: FUNDACIÓN PARA LA SEGURIDAD ALIMENTARIA**

**Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Temas: Restablecimiento del derecho por la anulación de actos administrativos. La contratista debe acreditar que amortizó todo el anticipo, de lo contrario debe reintegrarlo, junto con los rendimientos financieros que se hayan generado. Valor probatorio de las certificaciones expedidas por los contadores públicos. Perjuicios morales para personas jurídicas. Privación injusta de la obtención de la utilidad proyectada.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 19 de noviembre de 2009 del Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a las pretensiones de la demanda (fl. 773-792, c. ppal.).

**SÍNTESIS**

El 29 de diciembre de 2003, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la Fundación para la Seguridad Alimentaria (Alimentar) suscribieron un contrato para que esta última suministrara raciones alimenticias en 33 establecimientos educativos estatales. El ente territorial terminó unilateralmente el contrato y ordenó su liquidación, porque a su juicio este fue celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal.

# ANTECEDENTES

**1. La demanda**

1. El 30 de marzo de 2006 (fl. 31, c. ppal.), la Fundación para la Seguridad Alimentaria (Alimentar), en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla (fl. 5-31, c. ppal.). El agente del Ministerio Público (fl. 264-266, c. ppal.) llamó en garantía con fines de repetición al funcionario que expidió los actos acusados, señor Guillermo Hoenigsberg Bornacelly[[1]](#footnote-2).

**1.1. Las pretensiones**

1. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fl. 5-7, c. ppal.):

1. Que son ABSOLUTAMENTE NULA (sic) los siguientes actos administrativos:

- La resolución nro. 80 del 13 de abril de 2004 proferidas por el Alcalde Mayor del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla a través de la cual resolvió dar por TERMINADO UNILATERALMENTE el contrato de suministro de alimentos nro. 14-12-2003 de fecha 29 de diciembre de 2003 celebrado entre mi poderdante y el Distrito de Barranquilla.

- La resolución nro. 199 de julio 21 de 2004 dictada por el Alcalde Distrital de Barranquilla, por medio de la cual se liquidó de manera unilateral el Contrato antes citado y se determinó que ALIMENTAR debe pagarle al Distrito de Barranquilla la suma de $549.407.951,26 que corresponde a:

Impuestos pagados del dineros (sic) del 50% del anticipo: $81.662.480,00

Rendimientos Financieros: $90.319.471,26

Devolución de la parte del anticipo que no se ejecutó: $377.426.000,00

La anterior solicitud es procedente en razón a que la TERMINACIÓN UNILATERAL y ANTICIPADA del contrato no tuvo como fundamento ninguna de las causales que para el efecto establece el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y, por el contrario, se basó en razones que no son aplicables a nuestro caso, y en hechos y obligaciones que no son endilgables a mi poderdante, como se demostrará fehacientemente en este escrito.

2. Que como consecuencia de la anterior decisión, se declare que ALIMENTAR no está obligada a cancelar a la Alcaldía de Barranquilla la suma de dinero determinada en el acto administrativo a través del cual se liquidó el contrato, esto es, la suma de $549.407.951,26.

3. Que se condene a la Alcaldía de Barranquilla a INDEMNIZAR a mi poderdante por los graves perjuicios económicos y morales que ha sufrido por la injusta decisión de dar por terminado el contrato nro. 14-12-2003 y ordenar su liquidación cuando faltaban más de 2 meses para cumplir el plazo del contrato y más del 50% del valor del contrato por ejecutarse.

La INDEMNIZACIÓN solicitada se deberá reconocer y pagar teniendo en cuenta:

- El DAÑO EMERGENTE, representado en el perjuicio ocasionado por la entidad distrital a mi poderdante al impedir que ALIMENTAR cumpliera con sus obligaciones contractuales, y de esa manera pudiera recibir el TOTAL de los valores previstos por la ejecución completa del contrato, el cual asciende a la suma de $ 1.699.312.000. Por ello, el DAÑO EMERGENTE asciende a la suma aproximada de OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE. ($850.000.000) (sic) que equivale el 50% del valor total del contrato, la cual se dejó de percibir por la ilegal decisión del ente distrital; y

- El LUCRO CESANTE, que es equivalente a la ganancia o provecho que no pudo recibir mi poderdante por la injusta e ilegal decisión de la Alcaldía de Barranquilla, el cual se calcula en una suma superior a los TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE. ($300.000.000), teniendo en cuenta que las etapas de organización, implementación y logística se habían cumplido en los dos (2) primeros meses de ejecución del contrato. En esta clase de contratos, los mayores gastos se realizan al principio con el fin de organizar e implementar su ejecución, esperando al final percibir la utilidad.

Para efectos de demostrar que los valores antes citados corresponden realmente a los conceptos mencionados y están en concordancia con la pérdida sufrida, solicito desde ya la práctica de una prueba pericial, si así lo considera procedente el magistrado ponente.

4. Además de lo anterior, solicito se le (sic) condene a la Alcaldía de Barranquilla por los perjuicios materiales causados a mi poderdante por el DAÑO EMERGENTE y el LUCRO CESANTE que, a partir de la solicitud que la Alcaldía elevó a la aseguradora para que responda por el contrato en comento, ninguna aseguradora del país ha querido expedirle garantía alguna para así poder presentarse a las diferentes licitaciones e invitaciones que sobre alimentos se han abierto en Colombia. Este perjuicio, desde el punto de vista del daño emergente se calcula en la suma de MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. ($1.000.000.000) aproximadamente, y como lucro cesante, la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE. ($300.000.000).

5. Solicito respetuosamente que como consecuencia del fallo condenatorio, se le obligue a la Alcaldía de Barranquilla al pago de los intereses comerciales y de mora que sean procedente y a indexar la suma que se reconozca a favor de mi poderdante. Además, pido que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A. y a reconocer los intereses de que trata el artículo 177 ibidem a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**1.2. Los hechos**

1. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fl. 9-17, c. ppal.):
   1. El 29 de diciembre de 2003, las partes suscribieron el contrato nro. 14-12-2003 para que la demandante suministrara 15.000 raciones diarias, durante 95 días, para estudiantes de colegios públicos.
   2. Ese día, conforme al pliego de condiciones, la contratista solicitó a su contraparte que descontara del anticipo, que ascendía al 50% del valor del contrato, todos los impuestos causados por motivo del contrato.
   3. El 31 de diciembre de 2003, luego de que el ente territorial retuviera $81.662.480, por los gravámenes causados por motivo del contrato, la contratista recibió $767.993.520, por valor de anticipo.
   4. El 26 de enero de 2004, la contratista inició la primera etapa del contrato, esto es, las labores de capacitación del personal necesario para ejecutarlo. Sin que hasta ese momento el contratante haya designado el interventor, ni el funcionario encargado de suscribir el acta de inicio. Por ello, en la fecha, la contratista y la Red de Veeduría Ciudadana del Atlántico levantaron un acta de iniciación del contrato.
   5. El 2 de febrero de 2004, la contratista inició la segunda etapa del contrato, esto es, la valoración antropométrica de los estudiantes beneficiarios del programa de alimentación. Igualmente, y por los mismos motivos anotados, se debió suscribir un acta con la red en comento.
   6. El 9 de febrero de 2004, la contratista inició la entrega de las 15.000 raciones en los colegios públicos, conforme quedó reseñado en el acta levantada con la red en cita.
   7. El 13 de abril de 2004, con resolución nro. 80, el contratante dio por terminado de forma unilateral el contrato suscrito por las partes y ordenó su liquidación, bajo los siguientes argumentos (fl. 17-18, c. ppal.):

(i) No publicar el acto administrativo de carácter general que le daba la competencia para realizar el procedimiento precontratual, contractual y postcontractual en el sector educativo.

(ii) Contratar directamente el objeto del contrato por valor de $1.699.312.000, sin ajustarse a lo normado en el numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 por cuanto ese valor superaba la menor cuantía contemplada en el literal “A” del mencionado artículo, modificado por el Decreto 2150 de 1995, artículo 38 y Decreto 62 de 1996.

(iii) No cumplir lo dispuesto en el pliego de condiciones en los ítems 1.3, 2.7, 2.8, 2.13, 2.20 y en la cláusula 4 del contrato, sobre la obligación a cargo del contratista de pagar con su propio pecunio todos los impuestos, tasas y contribuciones que se generen con ocasión del contrato, incluido el impuesto del ICA, que de igual manera no fue pagado por el contratista.

(iv) Otorgar el contratista “Alimentar”, póliza de seguros para cubrir la garantía única de cumplimiento por una vigencia inferior exigida en el contrato.

(v) Asumir el Distrito de Barranquilla, el pago de la mayor parte de todos los impuestos, tasas contribuciones a cargo del contratista con los dineros del Sistema General de Participaciones que son de destinación específica, violando la Ley 715 de 2001, la directiva ministerial 13 de abril 11 de 1992, el pliego de condiciones y el contrato.

(vi) Comenzar el contratista a ejecutar el objeto del contrato, sin contar con el acta de Inicio firmada por el interventor del contrato.

(vii) No abrir el contratista una cuenta separada a nombre del contratista y del Distrito de Barranquilla para el manejo de los fondos entregados, siendo que esto es una obligación contemplada en la ley especialmente en el Decreto 2170 de 2002.

* 1. El 27 de abril de 2004, el ente territorial informó a la contratista que por motivo del contrato no se había pagado ningún impuesto, tasa o contribución, con fondos de la contratista, sino con dineros del contratante.
  2. El 21 de julio de 2004, con resolución nro. 199, el contratante liquidó unilateralmente el contrato, advirtió que el suministro de alimentos se dio durante 33 días escolares, entre el 9 de febrero y el 25 de marzo de 2004, y dispuso que la contratista le debía $549.407.951,26, así: (i) $81.662.480, por impuestos pagados por el ente territorial y que le correspondía asumirlos a la contratista; (ii) $90.319.471,26, de rendimientos financieros y (iii) $377.426.000, por la parte del anticipo no amortizado.

**1.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación**

1. La demandante sostuvo (fl. 17-24, c. ppal.) que el ente territorial desconoció los artículos 17, 24 y 32 de la Ley 80 de 1993 y 7 del Decreto 2170 de 2002, así como las cláusulas primera y cuarta del contrato.
   1. Lo anterior, porque el demandado adoptó los actos acusados con infracción en las normas en que deberían fundarse. En efecto, los fundamentos de la terminación unilateral, a más de no estar previstos en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, son errados, por cuanto: (i) la falta de publicación en la Gaceta Distrital del Decreto 195 de 2003, por el cual el alcalde delegó la contratación del sector de educación al secretario del ramo, no afecta la legalidad del contrato; (ii) la contratación directa se efectuó, luego de que la licitación pública abierta para el efecto fuera declarada desierta; (iii) la contratista pidió al ente territorial que descontara los impuestos correspondientes del anticipo, solicitud que fue atendida de forma favorable; (iv) la póliza fue aprobada por el ente territorial y, en todo caso, se podía que se ampliara su vigencia; (v) el pago de los impuestos se efectuó con parte del anticipo y no con fondos del Sistema General de Participaciones; (vi) la falta de suscripción del acta de inicio del contrato no es responsabilidad de la contratista, sino del ente territorial quien omitió designar al interventor encargado de hacerlo y (vii) la contratista sí abrió una cuenta bancaria para el manejo de los fondos del contrato.

**2. La contestación de la demanda y llamamiento en garantía**

1. El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla no contestó la demanda, a pesar de que le fue notificada el 9 de febrero de 2007 (fl. 259, c. ppal.).
2. El señor Guillermo Hoenigsberg Bornacelly guardó silencio en esta etapa procesal, a pesar de que el auto admisorio de la demanda le fue notificado personalmente el 12 de febrero de 2008 (fl. 276, c. ppal.).

# LA SENTENCIA APELADA

1. El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión sostuvo que la terminación unilateral se cimentó en la facultad prevista en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y no en el artículo 17 *ibidem*, como se sostuvo en la demanda, esto es, el ente territorial podía terminar unilateralmente el contrato cuando verifique que este se celebró contra expresa prohibición constitucional o legal. Sin embargo, las razones expuestas en los actos no eran constitutivas de alguna expresa prohibición constitucional o legal para la celebración del contrato, así:
   1. La falta de publicación del acto por el cual se delegó la contratación en el sector de educación, no hacía imposible la celebración del contrato. Además, el cumplimiento del deber de publicidad le era exigible al ente territorial y nadie puede alegar a su favor su propia culpa.
   2. La contratación directa estaba permitida conforme al artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, ya que estuvo precedida de una licitación pública que fue declarada desierta.
   3. En el pliego de condiciones se previó que la contratista autorizaba al contratante para que dedujera todos los gravámenes a que hubiera lugar. Como el contratante dispuso esa posibilidad y, en efecto, descontó el valor de unos impuestos de los pagos hechos a la contratista, no podía aducir eso a su favor para terminar unilateralmente el contrato. Como tampoco podía el ente territorial aducir que la falta de pago del impuesto de industria y comercio, configuraba alguna prohibición para celebrar el contrato.
   4. La póliza presentada por la contratista fue aprobada por el contratante a través de resolución nro. 531 de 2003. Si en esa oportunidad el ente territorial pasó por alto la pretendida irregularidad respecto de la vigencia, luego no podía aducirla para terminar unilateralmente el contrato, máxime cuando las circunstancias derivadas de las pólizas solo afectan la ejecución del contrato.
   5. Las actas de inicio de cada una de las fases del contrato fueron suscritas por la contratista y una red de veedurías, por la falta de designación del interventor por parte del contratante. De tal suerte que el ente territorial tampoco podía valerse de su incumplimiento para terminar la relación contractual.
   6. Si bien la contratista abrió una cuenta bancaria para el manejo de los recursos del contrato, no acreditó que estuviera destinada exclusivamente para ese propósito, según lo ordena el Decreto 2170 de 2002, sin embargo, por esa irregularidad no se podía dar terminado, ya que ello no podía considerarse como una celebración de contrato contra expresa prohibición constitucional o legal.
2. Bajo los anteriores razonamientos, el *a quo* declaró la nulidad de la terminación unilateral, lo que imponía declararla respecto de la liquidación hecha por la entidad. En punto al restablecimiento pretendido, advirtió que la anulación no eximía de forma automática a la contratista de devolver los valores no amortizados, por lo que debían definirse los rubros que cada una de las partes debía pagar a la otra.
3. Respecto de los valores que en principio debía reintegrar la actora al ente territorial, el *a quo*, frente a los rubros liquidados por el contratante, advirtió lo que sigue:
   1. De los impuestos pagados con dineros del anticipo, aclaró que el ente territorial le retuvo a la actora $81.662.480, para pagar algunos gravámenes causados por el contrato. De ahí que la contratista no deba reintegrar esos dineros al demandado.
   2. En punto a los rendimientos financieros, precisó que el artículo 7 del Decreto 2170 de 2002 establecía que los rendimientos que llegare a producir el anticipo pertenecen al tesoro público, por tanto, la actora debía reintegrarlos al ente territorial, pero no en cuantía de $90.319.471,26, como se indicó en la liquidación unilateral, sino por valor de $15.632.645,23. Lo anterior, en consideración a que los rendimientos debieron calcularse desde el 5 de mayo de 2004 –ejecutoria del acto que terminó unilateralmente el contrato– hasta el 21 de julio de 2004 –fecha de expedición del acto que liquidó el contrato– y con base en el interés bancario corriente vigente en ese periodo, así:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Mes** | **Valor del anticipo no amortizado** | **Tasa de interés bancario corriente** | **Tasa de interés bancario corriente** | **Resultado** |
| Mayo | $377.426.000 | 19,71% | 1,6425% | $5.166.018,37 |
| Junio | $377.426.000 | 19,67% | 1,63916% | $6.186.616,02 |
| Julio | $377.426.000 | 19,44% | 1,62% | $4.280.010,84 |
| **Total** | | | | **$15.632.645,23** |

* 1. Respecto del anticipo no amortizado, advirtió que la demandante debía reintegrarlo, de lo contrario se configuraría un pago de lo no debido, por cuanto la accionante ninguna actividad desarrolló para ser acreedora de la parte no ejecutada.
     1. Por tanto, la actora debía reintegrar $377.426.000, por anticipo no amortizado y $15.632.645,23, por rendimientos financieros del anticipo no amortizado, para un total de $393.058.645,23. Esa suma deberá ser indexada[[2]](#footnote-3) y sobre ella se liquidaran intereses civiles moratorios[[3]](#footnote-4), conforme al numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

1. De cara a los valores que la contratista reclamó en su demanda, el *a quo*, respecto de cada uno, advirtió lo que sigue:
   1. Sobre los $850.000.000 y $300.000.000 pedidos en la demanda, aseguró que debía desestimarse su reconocimiento, por cuanto “*la Fundación Alimentar no realizó las erogaciones totales que demandaba el cumplimiento del objeto en el contrato de suministro*” (fl. 789, c. ppal.).
   2. En punto a los $1.300.000.000 por no poder tomar pólizas de aseguramiento, advirtió que la actora incumplió el deber de acreditar el perjuicio reclamado, por lo que se imponía negar cualquier reconocimiento.
   3. Solo podía reconocerse a favor de la actora, la utilidad que aspiraba a recibir como resultado de la ejecución del contrato. Sin embargo, no acreditó el porcentaje de utilidad que esperaba obtener por motivo del contrato. El único dato al respecto es el consignado en el pliego de condiciones, donde se estipuló que el 80% del valor del contrato era para el programa de nutrición y el 20% restante para gastos de logística, esto es, para administración, imprevistos y utilidades, por tanto, 6,66% corresponde a cada uno.
      1. Así, al valor del contrato ($1.699.312.000) le restó lo efectivamente ejecutado ($472.230.000), para un total de $1.227.082.000, que corresponde a lo no amortizado. El 6,66% de dicha suma asciende a $81.723.661,2, esto es, la ganancia que esperaba recibir la actora por la parte del contrato que le faltó por ejecutar. Dicho valor “*devengará intereses civiles moratorios y será indexado desde el 26 de julio de 2004[[4]](#footnote-5) y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia*” (fl. 791, c. ppal.).
2. Sobre el llamamiento en garantía, aseguró que “*como el procurador judicial nro. 14 se limitó a llamar en garantía al señor Guillermo Hoenigsberg Bornacelly sin precisar siquiera un cargo concreto de culpabilidad, esto es, si aquel actuó con dolo o culpa, se impone absolverlo*” (fl. 791, c. ppal.).
3. La parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, es del siguiente tenor:

1°.- Declárase la nulidad de las resoluciones nros. 80 de 13 de abril y 199 de 21 de julio de 2004, mediante las cuales el Alcalde del Distrito de Barranquilla dio por terminado y liquidó unilateralmente el contrato de suministro nro. 14-12-2003 de 29 de diciembre de 2003.

2°.- Reconócese a la Fundación Alimentar la suma de ochenta y un millones setecientos veintitrés mil seiscientos sesenta y un pesos con dos centavos ($81.723.661,2), a título de indemnización. Ese valor se indexará y devengará intereses civiles, conforme a los parámetros descritos en la parte motiva de esta sentencia.

El monto que resulte adeudarle el Distrito de Barranquilla a la Fundación Alimentar se compensará con el valor que esta última debe restituirle al mencionado ente territorial, por concepto de la parte del anticipo del contrato de suministro que no ejecutó y de rendimientos financieros, conforme se estableció en la parte motiva de esta sentencia.

3°.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

4°.- Absolver al llamado en garantía, señor Guillermo Hoenigsberg Bornacelly.

# III. SEGUNDA INSTANCIA

**1. Recurso de apelación**

1. Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora presentó recurso de apelación (fl. 824-841, c. ppal.). Advirtió que el *a quo*, si bien declaró la nulidad de los actos, la consecuencia jurídica era la desaparición de sus efectos desde el momento mismo de su expedición y no disponer que la actora debía reintegrar parte del anticipo. La posibilidad de dictar disposiciones en reemplazo de los actos anulados, solo procede para restablecer el derecho del particular demandante y no de la entidad.
   1. En todo caso, el *a quo* omitió analizar la certificación de la contadora, que según el artículo 10 de la Ley 43 de 1990 es plena prueba. Ahí claramente se indicó que la contratista había invertido $895.863.515 para la ejecución del contrato, esto es, $46.075.515 por encima del valor del anticipo que ascendía a $767.993.520, por tanto, era improcedente la orden de reintegro, máxime cuando se entregaron las raciones alimenticias durante 45 días y no los 33 días, como se sostuvo en la liquidación del ente territorial y que, sin ningún sustento, el *a quo* avaló. Además debió reconocer los perjuicios morales, sobre los que no hubo pronunciamiento.
   2. Además, como también lo indicó la contadora, la cuenta corriente abierta para el manejo de los dineros del contrato no generaba intereses, en consecuencia, no podía ordenarse el reintegro de rendimientos financieros, cuando estos nunca se causaron.
   3. El *a quo* debió condenar al ente territorial al pago del lucro cesante y daño emergente, conforme a lo pedido en la demanda, pues la decisión de terminar unilateralmente el contrato le privó de obtener las ganancias esperadas y le obligó a cancelar todos los compromisos adquiridos con terceros para ejecutar el contrato. En todo caso, si lo procedente era condenar con base en los porcentajes de administración, imprevistos y utilidad, el *a quo* debió por lo menos analizar el dictamen pericial y no calcularlos con base en los porcentajes previstos en el pliego de condiciones, pues con ello (fl. 834, c. ppal.):

[C]omete el error de decir que el 80% del valor del contrato es para alimentos y el 20% restante para gastos varios, es decir, con estos dos ítems cubre el total del contrato, sin dejar espacio para calcular el AIU. En vista de ello, se debe suponer que este lo determina libremente el proponente. Es así como para la Fundación determinó (sic) que el ítem de imprevistos representa el 15% y el de la utilidad el 29,96%. Además, el a quo no ha tenido en cuenta que en esta clase de contratos de prestación del servicio de desayunos escolares, el AIU se establece al terminar totalmente la ejecución del contrato.

* 1. En punto a los perjuicios derivados de no poder obtener pólizas de aseguramiento, el *a quo* pasó por alto que es un hecho evidente, que no requiere prueba, que si la aseguradora que afianzó a la contratista asumió el pago de los montos liquidados por el ente territorial, ninguna otra aseguradora le expedirá pólizas.

**2. Alegatos en segunda instancia**

1. La Fundación para la Seguridad Alimentaria (fl. 890-893, c. ppal.) insistió en las razones expuestas en su recurso de apelación, con las que pidió se accediera a la pretensiones.
   1. El agente del Ministerio Público (fl. 895-906, c. ppal.) indicó que debía modificarse la decisión de primer grado, ya que el *a quo* debió verificar si había lugar o no al reintegro de parte del anticipo, pues en toda relación negocial debe existir un equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes. Respecto de la ejecución del valor del anticipo, precisó que la actora debía acreditar que suministró los alimentos no durante los 33 días, entre el 9 de febrero y el 25 de marzo de 2004, como lo indicó el distrito, sino durante los 45 días, entre el 9 de febrero y el 16 de abril de 2004, como lo aseguró en su apelación[[5]](#footnote-6).

# IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Presupuestos procesales**

**1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente**

1. Como en el presente asunto funge como parte el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[6]](#footnote-7).
2. De otro lado, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo prescribe que la **acción procedente**, para adelantar el juicio de legalidad de los actos censurados, es la de controversias contractuales.

**1.2. La legitimación en la causa**

1. Las partes se encuentran legitimadas por activa y por pasiva, toda vez que son los extremos de la relación contractual y de los actos administrativos cuestionados.

**1.3. La caducidad**

1. En consideración a que la resolución nro. 199 del 21 de julio de 2004, por la cual se liquidó el contrato, fue notificada personalmente el 5 de octubre de 2004 (fl. 242, c. ppal.), por tanto, la demanda promovida el 30 de marzo de 2006 (fl. 31, c. ppal.), lo fue dentro de los dos años de que trata el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

**2. Problema jurídico**

1. La Sala debe verificar, según la apelación de la parte actora, si el *a quo* erró: (i) cuando dispuso que la actora debía reintegrar parte del anticipo, junto con sus rendimientos financieros, a pesar de haber declarado la nulidad de los actos acusados que a ello la obligaban, de que el anticipo fue amortizado en su totalidad y que este no produjo rendimientos de ningún tipo y (ii) por no reconocer en su totalidad los perjuicios materiales y morales derivados de la terminación unilateral del contrato.

**3. Hechos probados**

1. Los documentos allegados por las partes lo fueron dentro de la oportunidad pertinente, por lo que pueden ser valorados[[7]](#footnote-8), de los que se advierten los siguientes hechos que interesan al proceso:
   1. El ente territorial abrió la convocatoria pública nro. SAD-019-03[[8]](#footnote-9) cuyo objeto, según el pliego de condiciones, era “*contratar el suministro de alimentación escolar para niños, niñas y adolecentes matriculados en los establecimientos públicos de EL DISTRITO de Barranquilla, pertenecientes a los estratos 1 y 2*” (fl. 363, c. ppal.). Para ello se destinaron $1.699.565.405, valor que “*deberá cubrir todos los gastos directos e indirectos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato, incluyendo los impuestos a que haya lugar, y tendrá la siguiente distribución: 80% para nutrición y el 20% restante para gastos logísticos, control de calidad de los alimentos (pruebas bromatológicas), seminarios y/o talleres de capacitación sobre uso adecuado de los alimentos, evaluación nutricional (control de talla y peso) a los niños beneficiarios del programa, al inicio y a la finalización del contrato*” (fl. 360, c. ppal.). Los 32 planteles educativos donde se recibiría diariamente la alimentación, conforme al pliego de condiciones, eran (fl. 337, c. ppal.):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Localidad** | **Núcleo** | **Establecimiento educativos** | **Niños (as)** | | **Total** |
| **Preescolar** | **Primaria** |
| 1 | 1 | C.C.E.B. # 202 | 100 | 200 | 300 |
| 1 | 1 | C.C.E.B. # 209 | 110 | 250 | 360 |
| 1 | 1 | C.C.E.B. # 149 Fe y Alegría | 70 | 350 | 420 |
| 1 | 1 | C.C.E.B. # 105 | 65 | 240 | 305 |
| 1 | 2 | C.C.E.B. # 185 | 600 | 850 | 1450 |
| 1 | 2 | C.C.E.B. # 191 | 55 | 250 | 305 |
| 1 | 2 | C.C.E.B. # 198 | 200 | 550 | 750 |
| 1 | 2 | C.C.E.B. # 211 | 50 | 250 | 300 |
| 1 | 2 | C.C.E.B. # 086 | 70 | 350 | 420 |
| 1 | 2 | C.C.E.B. # 174 | 80 | 240 | 320 |
| 1 | 3 | C.C.E.B. # 177 | 100 | 1.000 | 1.100 |
| 1 | 3 | C.C.E.B. # 078 | 100 | 400 | 500 |
| 1 | 4 | C.C.E.B. # 200 | 195 | 460 | 655 |
| 1 | 4 | C.C.E.B. # 051 | 130 | 450 | 580 |
| 1 | 4 | C.C.E.B. # 117 | 70 | 240 | 310 |
| 1 | 4 | C.C.E.B. # 147 | 150 | 670 | 820 |
| 1 | 14A | C.E.B. # 037 - Amira de La Rosa | 100 | 200 | 300 |
| 1 | 14A | C.E.B. # 049 | 100 | 200 | 300 |
| 1 | 15B | Colegio Sarid Arteta de Vásquez | 100 | 200 | 300 |
| 2 | 6 | C.C.E.B. # 213 | 80 | 220 | 300 |
| 2 | 6 | C.C.E.B. # 182 | 70 | 200 | 270 |
| 2 | 11 | C.C.E.B. # 183 | 80 | 220 | 300 |
| 2 | 11 | C.C.E.B. # 184 | 60 | 190 | 250 |
| 2 | 8 | C.E.B. # 017 | 150 | 700 | 850 |
| 4 | 8 | C.E.B. # 001 Col. Dist. Alfonso López | 100 | 400 | 500 |
| 2 | 8 | Col. Tec. Dist. El Rebolo | 150 | 450 | 600 |
| 2 | 9 | C.E.B. # 056 | 50 | 350 | 400 |
| 2 | 9 | C.E.B. # 143 | 50 | 350 | 400 |
| 2 | 15A | C.E.B. # 044 Col. Dist. San José | 170 | 530 | 700 |
| 3 | 12 | C.E.B. # 034 El Cañahuate | 100 | 200 | 300 |
| 3 | 12 | C.E.B. # 158 | 45 | 140 | 185 |
| 3 | 10 | Colegio Distrital Esther de Peláez | 50 | 100 | 150 |
| Totales | | | 3600 | 11.400 | 15.000 |

* 1. El 15 de diciembre de 2003, la actora presentó su propuesta (fl. 542, c. ppal.). En lo económico, indicó (fl. 510-511, c. ppal.):

PROPUESTA ECONÓMICA

VALOR DEL CONTRATO: $1.699.312.000

El valor del Contrato estará representado por:

A.- Parte Nutricional

El número de raciones diarias: 15.000

El número de días a cubrir: 95

El Valor por Ración suministrada: $954

Valor del Contrato: $1.359.450.000

(15.000\*95\*$954)

Nota: Para el cálculo de la ración diaria se tomó el salario mínimo para el año 2004, que ya está aprobado por el Gobiemo y además el contrato se ejecutará en ese año.

B.- Capacitaciones

Valor total de las Capacitaciones $339.862.000

VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA: $1.699.312.000

CONDICIONES DE PAGO

La Fundación Alimentar se acoge a las disposiciones sobre forma de pago, consignadas en los pliego de (sic) condiciones del contrato en cuestión:

a.- Un cincuenta por ciento (50%) en calidad de anticipo a los dos (2) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del presente contrato.

b.- El veinticinco por ciento (25%) del cincuenta por ciento (50%) restante, una vez agotado el anticipo.

c.- Un veinte por ciento (20%) al agotarse el porcentaje descrito en el literal b) de la presente cláusula.

d.- Un cinco por ciento (5%) al momento de liquidación del presente contrato.

* 1. El 26 de diciembre de 2003, con resolución nro. 1934, el ente territorial adjudicó el contrato a la Fundación para la Seguridad Alimentaria (fl. 32-53, c. ppal.).
  2. El 29 de diciembre de 2003, la partes suscribieron el contrato nro. 14-12-2003, para que Alimentar suministrara alimentos a colegios públicos en Barranquilla, conforme las siguientes cláusulas (fl. 54-64, c. ppal.):

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL DISTRITO al suministro de 15.000 raciones diarias, compuestas por desayuno para la jornada diurna y refrigerio para la jornada vespertina, durante noventa y cinco (95) días escolares, para niños, niñas y adolescentes matriculados en los establecimientos públicos de EL DISTRITO de Barranquilla, pertenecientes a los estratos 1 y 2, en un total de 32 centros de educación básica de EL DISTRITO de Barranquilla, de conformidad los pliegos (sic) de condiciones de la convocatoria SAD-019-03 y a la propuesta (sic) de EL CONTRATISTA, las cuales harán parte integrante del presente contrato.

CLÁUSULA SEGUNDA. PRECIO: el precio del suministro que aquí se trata se estipula por las partes en la cantidad de mil seiscientos noventa y nueve millones trescientos doce pesos ($1.699.312.000) (sic).

CLÁUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO: EL DISTRITO se compromete a pagar a EL CONTRATISTA el monto establecido en la cláusula anterior de la siguiente manera: a) un cincuenta por ciento (50%) en calidad de anticipo a los dos (2) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del presente contrato; b) una vez agotado el anticipo, el veinticinco por ciento (25%) del cincuenta por ciento (50%) restante; c) un veinte por ciento (20%) al agotarse el porcentaje descrito en el literal b) de la presente cláusula y; d) un cinco por ciento (5%) al momento de liquidación del presente contrato, previa presentación de la cuenta de cobro causada por parte del proveedor contratista, acompañada del certificado de cumplido a satisfacción por parte del interventor del contrato, según cada plantel oficial y de acuerdo con los suministros realmente efectuados en cada mes.

CLÁUSULA CUARTA. PLAZO Y SITIO DE ENTREGA: EL CONTRATISTA se obliga para con EL DISTRITO a efectuar los suministros de alimentación objeto del presente contrato en un plazo de seis meses directamente en cada uno de los centros de educación básica establecidos en las especificaciones técnicas del pliego de la convocatoria en comento, a partir del acta de iniciación previa legalización del contrato. (…)

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. INTERVENTORÍA: la interventoría será asumida por parte de quien o quienes designe la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, quien tendrá las funciones que le legalmente (sic) le correspondan entre las cuales estás las siguientes: a) colaborar y coordinar en la ejecución del contrato; b) exigir el cumplimiento del contrato en los términos pactados; c) certificar el cumplimento de las obligaciones contractuales a cargo de EL CONTRATISTA; d) las demás necesarias para el fiel cumplimiento del objeto del contratado. (…)

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. LIQUIDACIÓN: el presente contrato deberá ser liquidado de común acuerdo por las partes, en la forma que lo establece el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Si EL CONTRATISTA no se presenta a la liquidación, o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, se practicará la liquidación unilateral por EL DISTRITO, conforme al artículo 61 de la Ley 80 de 1993. (…)

* 1. En la fecha, la contratista solicitó a su contraparte que le descontara del anticipo el valor de la publicación del contrato en la Gaceta Distrital y el impuesto de timbre[[9]](#footnote-10).
  2. El 31 de diciembre de 2003, según el comprobante de egreso nro. 32179, se giró a favor de la contratista el valor de $835.966.000 por concepto de anticipo, del que se dedujo: (i) $8.496.560, por bono de recreación y deporte; (ii) $16.993.120, por estampilla prodesarrollo; (iii) $12.744.840, por estampilla prociudadela; (iv) $16.993.120, por estampilla procultura y (v) $12.744.840, por impuesto de timbre. Por tanto, la actora recibió $767.993.520, luego de tales deducciones que ascienden a $67.972.480 (fl. 73, c. ppal.).
  3. El 9 de enero de 2004, la contratista envió una comunicación al Secretario Distrital de Educación para agendar “*una pronta entrevista donde podamos tratar los compromisos contractuales adquiridos, los pormenores de la logística de operación y su inauguración oficial*” (fl. 75, c. ppal.). El 21 de enero de 2004, la contratista envió una comunicación, con idéntico propósito, al Alcalde Distrital (fl. 78, c. ppal.).
  4. El 26 de enero de 2004, la contratista solicitó a su contraparte “*la designación del o de los funcionarios que han de suscribir el acta de iniciación de labores que permitan (sic) iniciar la ejecución de dicho contrato. Toda vez que son pocos los días que quedan para el inicio del calendario escolar del presente año*” (fl. 80, c. ppal.).
  5. En la fecha, la contratista y tres miembros de una veeduría ciudadana del Atlántico suscribieron el acta de inicio de la primera fase del contrato, sin especificar si incurrió en algún gasto por ello, así (fl. 83, c. ppal.):

En desarrollo de la reunión expuso el director ejecutivo que se daba inicio a la primera etapa de desarrollo del contrato en mención la cual implica realizar una capacitación durante la semana al personal contratado tanto para trabajar en el centro de producción como el personal que distribuirá los alimentos en los colegios a los niñ@s (sic) beneficiarios del programa, así como a los transportadores que repartirán los alimentos en los treinta y dos (32) colegios o escuelas seleccionados por la Secretaría de Educación Distrital.

* 1. El 2 de febrero de 2004, la contratista y los miembros de la veeduría suscribieron el acta de inicio de la segunda fase del contrato, sin especificar si incurrió en algún gasto por ello, así (fl. 96, c. ppal.):

En desarrollo de la reunión expuso el director ejecutivo que se daba inicio a la segunda etapa de desarrollo del contrato en mención la cual implica iniciar la valoración antropométrica a 15.000 niñ@s (sic) beneficiarios del programa, en los treinta y dos (32) colegios o escuelas seleccionados por la Secretaría de Educación Distrital.

* 1. El 9 de febrero de 2004, los antes mencionados suscribieron el acta de inicio de la tercera fase del contrato, sin especificar si incurrió en algún gasto por ello, así (fl. 99, c. ppal.):

En desarrollo de la reunión expuso el director ejecutivo que se daba inicio a la tercera etapa de desarrollo del contrato en mención la cual implica iniciar la entrega diaria de desayunos y/o refrigerios a 15.000 niñ@s (sic) beneficiarios del programa, en los treinta y dos (32) colegios o escuelas seleccionados por la Secretaría de Educación Distrital.

* 1. El 5 de abril de 2004, la contratista presentó una cuenta de cobro por $424.828.000, “*por concepto de anticipo del 25% al saldo (sic) aún por cancelar del 50% restante de acuerdo a lo señalado en la cláusula tercera del contrato nro. 14-12-2003*” (fl. 134, c. ppal.).
  2. El 13 de abril de 2004, con resolución nro. 80, el ente territorial, con fundamento en los artículos 44 (numeral 2) y 45 de la Ley 80 de 1993, terminó unilateralmente el contrato y ordenó su liquidación, por lo que sigue (fl. 144-145, c. ppal.):

Que como queda demostrado en los considerandos y disposiciones antes enunciados, el distrito en cabeza del Secretario de Educación y el contratista en representación de la entidad Fundación Para la Seguridad Alimentaría - Alimentar violentaron disposiciones legales y contractuales al realizar las siguientes acciones y omisiones:

- No publicar el acto administrativo de carácter general que le daba la competencia para adelantar el procedimiento precontractual, contractual y post-contractual en el sector educativo.

- Contratar directamente el suministro de alimentación escolar para niños, niñas y adolescentes matriculados en los establecimientos públicos del Distrito, Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por valor de mil seiscientos noventa y nueve millones trescientos doce mil pesos ($1.699.312.000), sin ajustarse a lo normado en el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto ese valor superaba la menor cuantía contemplada en el literal a) del artículo ibidem –modificado por el Decreto 2150 de 1995, artículo 38 y Decreto 62 de 1996– respecto de la menor cuantía.

- No cumplir lo dispuesto en el pliego de condiciones en los ítems 1.3, 2.7, 2.8, 2.13, 2.20 y en la cláusula cuarta del contrato nro. 14-12-2003, sobre la obligación a cargo del contratista de pagar con sus propio peculio todos los impuestos, tasas y contribuciones que se generen con ocasión o con causa del contrato, incluido el impuesto de ICA, que de igual manera no fue pagado por el contratista.

- Otorgar el contratista Alimentar, póliza de seguro para cubrir la garantía única de cumplimiento, por una vigencia inferior a la exigida en el contrato de suministro nro. 14-12-2003.

- Asumir el Distrito de Barranquilla, el pago de la mayor parte de todos los impuestos, tasas y contribuciones a cargo del contratista Alimentar, con los dineros del Sistema General de Participación (sic), que son de destinación específica, violando así la Ley 715 de 2001, la directiva ministerial nro. 13 del 11 de abril de 2002, el pliego definitivo de condiciones y el contrato.

- Comenzar el contratista Alimentar a ejecutar el objeto, sin contar con el acta de inicio firmada por interventor del contrato, siendo que esta es una obligación contractual prevista en la cláusula cuarta del contrato de suministro nro. 14-12-2003.

- No abrir el contratista Alimentar, una cuenta separada a nombre del contratista y del Distrito de Barranquilla, para el manejo de los fondos entregados por el contratante, siendo que esta es una obligación contemplada en la ley, en especial en el Decreto 2170 de 2002.

Que mediante oficio calendado marzo 29 de 2004, con número 546, suscrito por el señor secretario de educación distrital, se le comunicó, conforme las ritualidades del debido proceso, las acciones que realizaría la Administración Distrital.

Que en mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: dar por terminado el contrato de suministro de alimentos escolares nro. 14-12-2003 de fecha 29 de diciembre de 2003, suscrito entre el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA Y LA FUNDACIÓN PARA LA SEGURIDAD ALIMENTARIA (ALIMENTAR). Por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ordenase la liquidación del contrato de suministro de alimentos escolares nro. 14-12-2003, de fecha diciembre 29 de 2003, en el estado en que se encuentre, en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, sin que haya lugar a pagar o indemnizar suma alguna de dinero al contratista.

ARTÍCULO TERCERO: contra la presente resolución procede únicamente el recurso de reposición, en los términos de ley.

ARTÍCULO CUARTO: una vez en firme el presente acto administrativo, compúlsense sendas copias auténticas a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para lo de sus respectivas competencias.

ARTÍCULO QUINTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

* 1. El 16 de abril de 2004, la contratista le comunicó al ente territorial que ese día se suspendería el suministro de alimentos, por cuanto no se desembolsaron los $424.828.000 requeridos el 5 de abril anterior (fl. 645-646, c. ppal.).
  2. El 5 de mayo de 2004, se desfijó el edicto por el cual se notificó la terminación unilateral (fl. 234, c. ppal.).
  3. El 9 de julio de 2004, el ente territorial citó a la actora para el 14 de julio siguiente, a efectos de liquidar de forma bilateral el contrato; sin embargo, no hay constancia de que la demandante haya recibido la comunicación (fl. 179, c. ppal.).
  4. El 21 de julio de 2004, con resolución nro. 199, el contratante liquidó unilateralmente el contrato, bajo los siguientes razonamientos (fl. 180-184, c. ppal.):

[E]l artículo 60 de la Ley 80 de 1993, permite que en tratándose de contratos de tracto sucesivo o aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo, deben ser liquidados, dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, concordante con este precepto, el artículo 48 de la norma ibidem, señala que la declaratoria de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, dice también la norma en cita que habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido, entendiéndose que la entidad se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Que para el caso objeto de este acto administrativo, y para los términos del presente acto, se puede decir que el Distrito de Barranquilla se benefició en cuanto ALIMENTAR suministró un total de 495.000 raciones consistentes en de desayuno (sic) y refrigerios a los niños, niñas y adolescentes matriculados en los establecimientos públicos del Distrito de Barranquilla, pertenecientes a los estratos 1 y 2, se procederá por tanto con fundamento en los artículos 45 y 48 de la Ley 80 de 1993, a liquidar el valor de quince mil (15.000) raciones diarias suministradas durante treinta y tres (33) días hábiles, (se toma el suministro en días hábiles, por cuanto los colegios no laboran ni sábado, domingos ni feriados) en el lapso comprendidos (sic) entre el 9 de febrero al 25 de marzo de 2004, a razón de novecientos cincuenta y cuatro pesos ($954) por ración. El número de raciones diarias a liquidar, corresponden a cuenta de cobro presentada por ALIMENTAR en fecha 5 de abril de 2004 y certificada por cada uno de los directores y/o rectores de los colegios y centros de educación básica a cuya población escolar se le suministraron las raciones de desayuno o refrigerio, con la salvedad que a pesar que en las certificaciones se afirma que se recibieron las raciones diarias en el periodo comprendido entre el 9 de febrero y el 24 de marzo, no es menos cierto que en dichos planteles escolares no se labora los fines de semana ni los días feriados, por lo que procede a efectuar la siguiente:

LIQUIDACIÓN

15.000 x 33 = 495.000 x $954 = $472.230.000.oo

SON: CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (sic).

Que el valor del contrato de suministro de alimentos nro. 14-12-2003 se pactó en la suma de $1.699.312.000.oo, de los cuales el Distrito de Barranquilla le pagó en fecha 31-12-2003, al contratista ALIMENTAR, el cincuenta por ciento (50%) de anticipo, en suma equivalente a $849.656.000.oo.

Que el contratista ALIMENTAR debe rembolsar al Distrito de Barranquilla, varias sumas de dinero por las siguientes razones: 1) pagó con dineros del 50% del anticipo, los impuestos a su cargo, cuando en el pliego de condiciones, en el contrato y en la Ley 715 de 2001, se estipula que los recurso del Sistema General de Participación (sic), son de destinación específica y que el Contratista debía sufragar con recursos propios, tales impuestos; 2) el contratista recibió un anticipo del 50% de valor total del contrato, desde el día 31 de diciembre del año 2003 y en el mes de abril del año 2004, presenta cuenta de cobro de cuyos anexos se desprende que del anticipo solo ejecutaron la suma de $472.230.000, por lo que debe devolver el saldo no ejecutado, más los rendimientos financieros del anticipo, las sumas a rembolsar son las siguientes:

Por concepto de impuestos pagados con dinero del 50% del anticipo del contrato……………………………………………………….$81.662.480.oo

Por concepto de Rendimientos Financieros de $849.656.000.oo, recibidos como anticipo, contados 01-01-04 al 14-07-04………………………………………………………………$90.319.471,26

Por concepto de devolución de la parte del 50% del anticipo que no se ejecutó……………………………………………………….$377.426.000.oo

TOTAL DEVOLUCIONES…………………………………$549.407.951,26

Que existen obligaciones reciprocas entre el Distrito de Barranquilla y la Fundación para la Seguridad Alimentaría (ALIMENTAR), lo anterior comoquiera que de las operaciones arriba efectuadas, se desprende que el Distrito de Barranquilla adeuda a la Fundación ALIMENTAR, por concepto de las prestaciones recibidas, la suma de $472.230.000.oo Pero a su vez, la Fundación ALIMENTAR debe rembolsar al Distrito de Barranquilla, la suma de $549.407.951,26

SON: QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS.

Que efectuadas las operaciones correspondientes se presenta un saldo a favor del Distrito de Barranquilla, por valor de QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS ($549.407.951,26), que deben ser rembolsados por La Fundación para la Seguridad Alimentaría (ALIMENTAR), al Distrito de Barranquilla, una vez que quede ejecutoriada la presente Resolución.

Que se debe oficiar a la Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., para que eventualmente responda por el acontecimiento del riesgo de incumplimiento, de las obligaciones a cargo del contratista ALIMENTAR.

Por todo lo antes expuesto, esta administración.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Liquidar de manera unilateral el contrato de suministro de alimentos nro. 14-12-2003, de fecha 29 de diciembre de 2003, suscrito entre el Distrito de Barranquilla y la Fundación para la Seguridad Alimentaria (ALIMENTAR), por las razones de hecho u de derecho expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO 2°.- Determinar que la Fundación para la Seguridad Alimentaria (ALIMENTAR) debe pagarle al Distrito de Barranquilla, la suma de: QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS ($549.407.951,26). Por los siguientes conceptos:

Impuestos pagados con dinero del 50% del anticipo del contrato……………………………………………………….$81.662.480,oo

Rendimientos Financieros de $849.656.000.oo, recibidos como anticipo, contados 01-01-04 al 14-07-04…………………………….$90.319.471,26

Devolución de la parte del 50% del anticipo que no se ejecutó……………………………………………………… $377.426.000,oo

* 1. El 5 de octubre de 2004, se notificó de forma personal la anterior decisión (fl. 242, c. ppal.).
  2. El 8 de octubre de 2004, la contadora de la Fundación para la Seguridad Alimentaria certificó que las raciones fueron repartidas por 45 días hábiles, entre el 9 de febrero y el 16 de abril de 2004. Igualmente, que la contratista había invertido más de lo que recibió por anticipo, así (fl. 190-191, c. ppal.):

Que los Gastos efectuados por la Fundación Alimentar en desarrollo del contrato nro. 14-12-2003 fueron los siguientes:

a) En alimentos para los 15.000 niños atendidos durante 45 días. 15.000 niños x 45 días x $954 = $643.950.000

b) En gastos logísticos que comprenden: capacitaciones, valoración antropométrica de los niños, transportes, dotación entregada a las escuelas y control de calidad de los alimentos. 15.000 niños x $238,50 x 45 días = $160.987.000.

c) En Impuestos pagados que fueron descontados del anticipo del 50% previa solicitud hecha por el representante legal de la Fundación Alimentar, de acuerdo a lo estipulado en el pliego de condiciones en el literal 2.13, $81.662.480.

d) En Pólizas contratadas con Seguros del Estado S.A. para dar cumplimiento a lo estipulado en la legalización del mismo $5.015.215.

e) En el impuesto de procultura del que se hizo deducción del 2%, lo estipulado en el pliego de condiciones, literal 2.13 es del 15/ooo o sea el 1,5%. La diferencia a favor de Fundación Alimentar es de $ 4.248.820.

En resumen la Fundación para la Seguridad Alimentaria ha invertido en el Contrato antes mencionado en los ítems anteriores, la suma de $895.863.515.

Como la Alcaldía Distrital de Barranquilla había hecho un anticipo del 50% por la suma de $849.656.000, actualmente tenemos un saldo a favor nuestro de $46.075.515.

* 1. El 2 de febrero de 2005, la rectora del Colegio Distrital San José, del núcleo educativo nro. 15A, comunicó a la Secretaría de Educación Distrital, lo que sigue (fl. 829, c. ppal.):

En respuesta a la circular con fecha de 25 de enero de 2005, recibida el 2 de febrero del mismo año donde se solicita información sobre el programa de suministro de alimentos, me permito manifestarle que en esta institución sí se recibió el servicio de desayuno entre el 25 de marzo y el 15 de abril de 2004.

* 1. El 3 de febrero de 2005, la rectora del Colegio Técnico Distrital de Rebolo advirtió (fl. 836, c. ppal.):

Informo a usted que el Colegio Distrital de Rebolo fue beneficiario del programa de desayunos nutritivos por intermedio de la Fundación para la Seguridad Alimentaria Nacional desde el 9 de febrero hasta el 15 de abril de 2004. El colegio contaba con 600 raciones diarias distribuidas entre las sedes 1 y 2.

Los formatos que certifican el recibo de raciones diarias, se firmaban y se devolvían inmediatamente.

* 1. El 4 de febrero de 2005, la rectora del Centro de Educación Básica nro. 51 informó (fl. 833, c. ppal.):

En atención a su solicitud le informo que nuestra institución fue beneficiaria de 580 desayunos o refrigerios diarios en el periodo comprendido entre el 25 de marzo al 15 de abril del 2004. Le agradezco habernos tenido en cuenta en ese entonces ya la vez pidiéndole en la medida de lo posible se siga teniendo en cuenta a esta comunidad que tanto lo necesita.

* 1. El 10 de febrero de 2005, la directora del Centro de Educación Básica nro. 117 manifestó (fl. 835, c. ppal.):

La presente es para informarle que la institución C.E.B. 117 fue beneficiada con el programa de suministro de alimentos ALIMENTAR donde eran asignados 400 desayunos para la población infantil, pero en la actualidad como existe otra sede en el barrio Mequejo y aumentó la cobertura, deben asignar desayunos para esta población ya que el beneficio debe ser para ambas sedes y jornadas (matutina y vespertina).

* 1. El 11 de febrero de 2005, la rectora del Colegio Distrital Sarid Arteta de Vásquez, del núcleo educativo nro. 15B aseguró (fl. 834, c. ppal.):

De acuerdo con su comunicación del 25 de enero de 2005, el Colegio Distrital Sarid Arteta de Vásquez, el número de ración de alimentación durante el período comprendido entre el 25 de marzo al 15 de abril de 2004 fue de 250 desayunos diarios.

* 1. El 14 de febrero de 2005, el rector de la Institución Educativa Distrital Jesús de Nazareth[[10]](#footnote-11), del núcleo educativo nro. 3, manifestó (fl. 830, c. ppal.):

En atención a su oficio fechado en enero 25 del 2005 y recibido por mí en febrero 10 del mismo año, comunico a usted que en la actualidad nuestra institución no es beneficiaria del programa de suministro de alimentos por parte de la Fundación ALIMENTAR. De igual manera le comunicamos que en el periodo del 25 de marzo al 14 de abril del año 2004 el número de raciones diarias, recibidas por nosotros para los estudiantes en calidad de desayunos fue de 1.100.

* 1. El 15 de febrero de 2005, el rector del Centro Comunitario de Educación Básica nro. 202 indicó (fl. 831, c. ppal.):

Por medio de la presente doy respuesta a la circular de fecha enero 25 de 2005 (sic) en la cual este centro educativo fue beneficiario de 300 DESAYUNOS O REFRIGERIOS DIARIOS beneficiándose 300 niños y jóvenes de esta comunidad.

Le agradezco la atención que le dé a la presente y ojalá nos tengan en cuenta para próximos programas, ya que estas comunidades son de escasos recursos económicos.

* 1. El 17 de febrero de 2005, el rector del Centro de Educación Básica nro. 191 informó (fl. 832, c. ppal.):

Por medio de la presente me permito informarle que la institución Carlos Meisel sede nro. 3 (antes CEB nro. 191), ubicada en la calle 75 # 21 B – 30, barrio Nueva Colombia, la cual dirijo, fue beneficiaria del programa de desayunos o refrigerios con una asignación de 305 cupos que abarcan ambas jomadas.

Las raciones eran elaboradas y entregadas por la Fundación para la para Seguridad Alimentaria Nacional, en un periodo comprendido entre febrero 9 del 2004 hasta abril 15 del mismo año.

**4. La cuestión de fondo**

1. Verificados los antecedentes fácticos, la Sala precisa que el contrato suscrito por las partes el 29 de diciembre de 2003 está sometido a las previsiones de la Ley 80 de 1993, pues respecto de este no se verifica la aplicación de alguna excepción.
2. Ahora, en atención a la apelación, la Sala se abstendrá de estudiar lo relacionado con el juicio de legalidad de los actos, ese punto quedó fijado en el fallo recurrido y no fue controvertido en la alzada, por tanto, se carece de competencia para analizarlo. Solo se detendrá en las consecuencias que se desprenden de la anulación declarada, en consideración a que la apelante requirió que: **(i)** se disminuyeran los valores que en su contra se liquidaron, **(ii)** se reconocieran las pretensiones negadas por el *a quo* y **(iii)** se aumentaran los valores que a su favor se ordenaron.

**4.1. Valores liquidados en contra de la demandante**

**4.1.1. El restablecimiento del derecho por la anulación de actos particulares**

1. Los valores liquidados en contra de la actora estaban contenidos en la liquidación unilateral, la que, a su juicio, fue avalada sin más por el *a quo*. Por ello, la apelante sostuvo que la consecuencia de la anulación de los actos que la obligaban a devolver parte del anticipo, solo podía ser que se la eximiera de pagar tales rubros. En principio la afirmación de la demandante es correcta, la anulación de la decisión que le imponía pagar unas sumas, la exime de sufragarlas; sin embargo, el juicio de legalidad de actos administrativos que recaen sobre situaciones particulares no se limita a sacar el acto administrativo del ordenamiento –como lo sostiene la actora–, sino que además busca dejar al afectado en la situación que tendría si el acto no hubiese sido expedido –restablecimiento del derecho–.
   1. Por ello, el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo prevé que “*para restablecer el derecho particular, los Organismos de los Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas*”. Así, el juez cuenta con un amplio margen de decisión para disponer cómo debe restablecerse el derecho vulnerado por el acto administrativo anulado. En efecto, esta Corporación precisó[[11]](#footnote-12):

Ahora bien, cuando el daño se deriva de actos administrativos ilegítimos, la declaratoria de nulidad, generalmente, no restablece per se el daño infligido. Es posible que sea necesario que el juez emita un acto constitutivo[[12]](#footnote-13) y, por lo mismo, se reitera, está facultado para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas. En este entendido, el acto o providencia de anulación no se limita a hacer una simple declaración de ilegalidad, sino que establece una situación jurídica análoga a la que se tenía[[13]](#footnote-14). Las sentencias que anulan actos administrativos de carácter particular y concreto tienen, entonces, efectos retroactivos en la medida en que, procuran restablecer el derecho a un punto cercano al que se encontraba antes de la vulneración y de la ocurrencia del daño.

Ahora bien, a partir del establecimiento de una nueva situación jurídica, también se ha propugnado porque el restablecimiento del derecho sea in natura, esto es, que se restablezca la situación jurídica que tenía el sujeto afectado con el acto, no a la situación previa que tenía antes de dicho acto, sino a la situación jurídica en que estaría el sujeto, si ese acto no se hubiera expedido.

* 1. De tal suerte que el restablecimiento del derecho, una vez se verificó la ilegalidad de la liquidación, debía propender por dejar a la contratista en las condiciones en que estuviese si los actos no se hubiesen expedido.
  2. Así, si se obvia la liquidación, se tiene que la contratista tenía en su poder el anticipo, dinero que nunca ingresa a su patrimonio, y que solo podía destinar a la ejecución del contrato[[14]](#footnote-15). La sola ilegalidad del acto de liquidación no es suficiente para que la contratista tenga derecho a retener el anticipo, comoquiera que ese dinero nunca fue suyo y la nulidad declarada no varía la finalidad propia de esos valores –ejecución del contrato–. Por ende, a la actora le corresponde acreditar que el anticipo fue amortizado, de lo contrario debe reintegrarlo.
  3. Precisamente, en virtud del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, “*el fallador adquiere la potestad para solucionar los conflictos que se plantean con el objeto de lograr una correcta administración de justicia, realizar la equidad y cumplir la finalidad del derecho*”[[15]](#footnote-16). Por ello, es que el restablecimiento, producto de la nulidad, no puede desconocer la realidad que pretende impactar.
  4. De ahí que el *a quo* debía, como lo hizo, verificar que el anticipo fue invertido en lo que correspondía y si no fue así estaba obligado a disponer que la actora lo reintegrara. Esa orden no desconoce el principio de congruencia, ya que definir el restablecimiento del derecho en las condiciones que conforme a la ley corresponde, es la materialización de una facultad otorgada al juez y el cumplimiento de una obligación por parte de este[[16]](#footnote-17).

**4.1.2. Amortización del anticipo por parte de la contratista**

1. En ese orden, la Sala encuentra que el valor del contrato ascendía a $1.699.312.000 –*supra* párr. 21.4–. El 50% de ese monto es $849.656.000, la contratista recibió como anticipo $767.993.520, luego de que se le descontaran $81.662.480[[17]](#footnote-18) por gravámenes –*supra* párr. 21.6–.
   1. Así, a la actora le correspondía acreditar que gastó $767.993.520 en ejecutar el contrato y aquello que no se destinó a este propósito debía volver a la entidad contratante.
   2. En principio, para lograr ese propósito, a la contratista le bastaba, según la cláusula decimosexta del contrato, presentar la documentación expedida por la interventoría, que era la encargada de certificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante. Sin embargo, el ente territorial no designó al encargado de adelantar la interventoría del contrato, por lo que, al margen de la legalidad de ello, la contratista acudió a una veeduría ciudadana para que vigilara el correcto desarrollo del contrato. Es así que las certificaciones de la interventoría nunca fueron expedidas.
   3. Por lo anterior, en la liquidación unilateral, la entidad contratante, para calcular el valor de lo ejecutado –las raciones entregadas–, se valió de la cuenta de cobro presentada por la contratista el 5 de abril de 2004 –*supra* párr. 21.12– y las certificaciones de los rectores o directores de los establecimientos educativos beneficiados por el programa, que no reposan en el plenario –las que obran son posteriores a la liquidación–. De ello concluyó que la actora entregó 15.000 raciones diarias, cada una por valor de $954, por espacio de 33 días, para un total de $472.230.000 amortizados. Así, al anticipo de $849.656.000[[18]](#footnote-19), le restó lo amortizado, para un total de $377.426.000 como valor del anticipo no amortizado.
   4. Por su parte el *a quo* se limitó a sostener que la demandante debía reintegrar los valores no amortizados; sin embargo, no analizó en qué proporción la demandante ejecutó sus obligaciones, le dio total credibilidad al monto señalado por el ente contratante en su liquidación unilateral.
   5. La Sala no comparte el ejercicio efectuado en la primera instancia, y en eso le asiste razón a la apelante, lo procedente era verificar lo ejecutado por la actora con fundamento en el acervo probatorio, cosa distinta es que lo acreditado no favorezca los intereses de la apelante.
2. En efecto, la actora sostuvo que las **certificaciones expedidas por un contador** eran plena prueba de que había amortizado la totalidad del anticipo, inclusive $46.075.515 por encima –*supra* párr. 21.19–.
   1. Ahora, frente al valor probatorio de tales certificaciones, la Sala, como en anterior oportunidad lo hizo[[19]](#footnote-20), recuerda, conforme los artículos 1[[20]](#footnote-21) y 2[[21]](#footnote-22) de la Ley 43 de 1990, que (i) los contadores públicos, debidamente inscritos, están facultados para dar fe pública de los hechos propios del ámbito de su profesión y (ii) esos profesionales pueden, entre otras, certificar sobre los estados financieros y expedir certificaciones con base en los libros contables. Con todo, esa certificación no es suficiente por sí misma para que el juez le otorgue plenos efectos probatorios, toda vez que, en cada caso, deberán indicarse o aportarse los respaldos que sirvieron de fundamento de la certificación extendida.
   2. Efectivamente, las certificaciones de los contadores públicos sobre el estado contable deberán apoyarse, entre otros, en los estados financieros o los libros contables[[22]](#footnote-23). La jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación así lo ha puesto de presente[[23]](#footnote-24):

Sobre este tema considera la Sala que en el caso presente, se hacían indispensables pruebas adicionales que no sólo corroboraran sino que explicaran y justificaran los cambios realizados a los registros contables para poder entender comprobados los pasivos aducidos por la contribuyente y por ende su procedencia para disminuir las cuentas por cobrar y el patrimonio declarado.

En efecto, la certificación se limita a señalar que los cambios afectaron los libros mayor y diario pero no explica ni sustenta con referencias a los documentos soporte las realidades, razones, fechas y características de tales modificaciones. Sirve por tanto de indicio probatorio pero requería de documentación y pruebas adicionales para llevar a la certeza de los pasivos y de su procedencia.

Sobre estas condiciones para que las certificaciones de contador sirvan como prueba de los hechos alegados se ha pronunciado esta Sala en reiteradas decisiones así[[24]](#footnote-25):

“A su vez, el artículo 777 del Estatuto Tributario señala que para la presentación de pruebas contables son suficientes las certificaciones de contadores o revisores fiscales, de conformidad con las normas legales vigentes, sin perjuicio de la facultad de la Administración de hacer las comprobaciones pertinentes, en ejercicio de su poder de fiscalización”.

La jurisprudencia ha dicho que las certificaciones de contador público o revisor fiscal constituyen plena prueba cuando logran el convencimiento del hecho que se pretende probar, se sujetan a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad, y expresan si esta se lleva de acuerdo con las prescripciones legales, si los libros se encuentran registrados en la Cámara de Comercio, si las operaciones están respaldadas por comprobantes internos y externos, y si reflejan la situación financiera del ente económico[[25]](#footnote-26).

Así mismo, la Sala ha precisado que el carácter de prueba contable suficiente del certificado del contador o revisor fiscal se sujeta a que tenga algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse.

En consecuencia, el mérito probatorio que otorga la norma tributaria a los mencionados certificados no puede versar sobre las simples afirmaciones acerca de las operaciones contables de que los revisores fiscales o contadores dan cuenta, pues en su calidad de profesionales de las ciencias contables y responsables de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social, están en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparezcan registradas las afirmaciones vertidas en sus certificaciones[[26]](#footnote-27).

* 1. La certificación del contador público requiere de un grado de certeza que permita llevar al juez al convencimiento de que lo que allí se acredita corresponde con la realidad. Es así como se le exige detalle frente a los fundamentos de su expedición, tal como lo indicó la Sección Cuarta[[27]](#footnote-28):

Lo anterior no significa que la Sala exija una tarifa legal en cuanto al certificado de revisor fiscal o para demostrar el costo de la materia prima vendida. La necesidad de que el certificado contable sea completo, detallado y coherente, responde al hecho de que precisamente es prueba contable y, como tal, podría reemplazar, en principio, la labor de verificación directa que debe realizar el juez o el funcionario administrativo sobre los documentos contables del contribuyente.

Además, del artículo 777 del Estatuto Tributario no se deduce la aceptación incondicional del certificado del revisor fiscal como verdad real de una operación del contribuyente que deba constar en su contabilidad.

Precisamente, esta prueba, como tal, no está sometida a una tarifa legal. Su valoración se hace de acuerdo con la sana crítica. En virtud de este principio el juez tiene la facultad de analizar el certificado y los elementos que se tuvieron en cuenta para expedirlo, de manera que si el juez no encuentra que esté bien fundamentado, tiene la facultad de separarse de él. Por ello, depende de la eficacia e idoneidad del certificado que el juez lo acepte como prueba contable.

Como en este caso, el certificado analizado no se refirió a los números ni a las fechas de los comprobantes externos e internos que soportaron el costo de los inventarios, ni explicó claramente la forma de contabilización, para la Sala no es suficiente para desvirtuar la glosa. En consecuencia, en este aspecto se confirmará la decisión del Tribunal.

* 1. En esa misma dirección, en un asunto donde se reclamaban los perjuicios económicos que se le ocasionaron a un particular por unas resoluciones por las cuales prestaba el servicio de grúa y patios en la ciudad de Pereira, los cuales se intentaban probar con unas certificaciones de un contador público, la Sección Primera de esta Corporación precisó[[28]](#footnote-29):

De conformidad con las referidas normas [se refiere a los artículo 1 y 2 de la Ley 43 de 1990 y 777 del Estatuto Tributario] y con la jurisprudencia sobre los requisitos que deben cumplir las certificaciones que expidan los contadores públicos y revisores fiscales para sean tenidas como prueba idónea, no es posible darle esa categoría a la “constancia” expedida con destino al proceso por el Gerente de la empresa demandante y por su Revisor Fiscal, pues si bien se encuentra suscrita por este último, que conforme al artículo 10[[29]](#footnote-30) de la Ley 43 de 1990 hace presumir que se ajusta a los requisitos legales, carece por completo de soportes o al menos de información sobre las fuentes contables con base en las cuales se realizaron los cálculos para deducir que las cifras en él consignadas corresponden a los ingresos mensuales promedio que presuntamente dejó de percibir la actora como consecuencia de los actos acusados, y que permitirían a la Sala llevarla al convencimiento de que tales pérdidas efectivamente se produjeron.

* 1. De igual forma, esta Sección, frente a los estados financieros certificados por contador público, llamó la atención de que no es suficiente con la firma de ese profesional, sino que, según lo conceptuado por el Consejo Técnico de Contaduría Pública, se requiere que se declare que se verificaron las aseveraciones contenidas en ese documento, con base en los reglamentos, y los libros contables. En esa oportunidad, se precisó[[30]](#footnote-31):

En el concepto No. 212, de diciembre 28 de 1998, El Consejo Técnico reiteró que cuando se trata de la participación de una sociedad en una licitación pública, los estados financieros –certificados o dictaminados- necesariamente deben estar suscritos por un profesional de la contaduría. Ahora, para mayor claridad cabe precisar que los estados financieros pueden ser, genéricamente, de dos clases: i) certificados y ii) dictaminados. Esta distinción también procede de los artículos 34 a 43 de la Ley 222 de 1995, y se desarrollaron en el concepto No. 258, del 14 de diciembre de 1999, donde se concluyó:

“La Ley 222 de 1995 en sus artículos 34 a 43, introdujo importantes modificaciones a las normas que sobre estados financieros trae el Decreto 2649 de 1993. Es por ello que en lo relacionado con certificaciones y dictámenes de estados financieros se hace imprescindible recurrir a la Ley 222 para resolver cualquier inquietud relacionada con estados financieros de la índole a que venimos refiriéndonos.

“En primer lugar es preciso tener en cuenta que el artículo 37 de la aludida Ley 222, expresa: ‘El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros’.

“De otro lado el artículo 38 de la ya aludida Ley, refiriéndose a los estados financieros dictaminados, expresa: ‘Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas...’.”

En los tres eventos, es decir, tratándose de estados financieros certificados, dictaminados o certificados y dictaminados, se requiere acompañarlos del aval de un contador público. En efecto, el concepto No. 020 de 2002 también distingue las clases de estados financieros, y arribó a la misma conclusión, es decir, que en uno y otro evento el contador público es el profesional idóneo y competente para avalar tales documentos:

“En relación con lo anterior, los ‘estados financieros certificados’ son los que, suscritos por el representante legal y el Contador Público, bajo cuya responsabilidad se prepararon, para ser puestos en conocimiento de los asociados o terceros, contienen la ‘certificación’ de ser reflejo fiel de los libros y de haber sido objeto de previa comprobación, según el reglamento. Sobre esta base, los ‘estados financieros dictaminados’ son aquellos estados financieros certificados que, por haber sido objeto de la verificación del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiera confrontado, cuentan, de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y las obligaciones propias del revisor fiscal, con el correspondiente concepto o dictamen. Dichos estados deben estar suscritos por los citados profesionales. Pero, puesto que la razón de ser de las intervenciones de estos profesionales, por lo menos en relación con los estados financieros, es la manifestación de un concepto de auditoría, no basta que puedan suscribirlos, sino que es menester que, sin perjuicio de las manifestaciones mínimas a que los obliga el ordenamiento jurídico, tengan también el derecho de exponer libremente lo que a bien tengan sobre la razonabilidad de los instrumentos examinados, según sus apreciaciones éticas y sus propias capacidades como expertos en la materia...”

Nótese, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo Técnico, que para avalar los estados financieros no basta la firma del profesional de la contaduría, por el contrario, incluso éste goza de libertad para exponer las consideraciones que merezca su expedición. (subrayas fuera de texto).

* 1. Así, en el presente asunto, sin perder de vista que se acreditó, con la respectiva tarjeta profesional[[31]](#footnote-32) (fl. 192, c. ppal.), la calidad de contadora pública de quien suscribe la certificación, se echa de menos esa exigencia, por cuanto dicho documento no da cuenta de sus fundamentos.
  2. En efecto, se limita a señalar unos gastos sin que se conozca la fuente de esa información y, en todo caso, no obran los soportes que respalden tales conclusiones. Así, la certificación de la contadora pública aportada para acreditar a qué se destinó el anticipo es insuficiente, se desconoce los fundamentos de las afirmaciones ahí contenidas, por lo que, a diferencia de lo indicado por en el recurso de apelación, no es plena prueba de la amortización.
  3. No se trata de exigir una tarifa legal en el caso en estudio, sino de que las pruebas que se aporten al proceso cuenten con los fundamentos necesarios para llevar al juez la convicción de lo que pretenden probar las partes.
  4. A la contratista le correspondía demostrar en qué invirtió el anticipo, obligación parcialmente cumplida con las certificaciones de los rectores y directores de los establecimientos educativos estatales aportadas al plenario, las que en todo caso son posteriores a la certificación de la contadora.

1. La Sala tomará, ante la falta de interventoría, las ocho certificaciones expedidas por rectores y directores de establecimientos educativos estatales[[32]](#footnote-33), para saber qué valores del anticipo destinó la demandante a la ejecución del contrato, De estas se concluye la amortización de lo que sigue:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Plantel educativo** | **Suministro** | | **Días hábiles** | **Raciones diarias** | **Total raciones** | **Valor total de raciones** |
| **Fecha inicial** | **Fecha final** |
| Colegio Distrital San  José | 25/03/04 | 15/04/04 | 14 | N/A | N/A | N/A[[33]](#footnote-34) |
| Colegio Técnico Distrital de Rebolo | 09/02/04 | 15/04/04 | 46 | 600 | 27600 | $26.330.400 |
| Centro de Educación Básica nro. 51 | 25/03/04 | 15/04/04 | 14 | 580 | 8120 | $7.746.480 |
| Centro de Educación Básica nro. 117 | N/A | N/A | N/A | 310[[34]](#footnote-35) | N/A | N/A |
| Colegio Distrital Sarid Arteta de Vásquez | 25/03/04 | 15/04/04 | 14 | 250 | 3500 | $3.339.000 |
| Institución Educativa Distrital Jesús de Nazareth | 25/03/04 | 14/04/04 | 13 | 1100 | 14300 | $13.642.200 |
| Centro Comunitario de Educación Básica nro. 202 | N/A | N/A | N/A | 300 | N/A | N/A[[35]](#footnote-36) |
| Centro de Educación Básica nro. 191 | 09/02/04 | 15/04/04 | 46 | 305 | 14030 | $13.384.620 |
|  |  |  |  |  | **Total** | **$64.442.700** |

* 1. Así las cosas, de los $767.993.520 que la actora recibió como anticipo, solo acreditó que amortizó $64.442.700, por lo que en principio estaría obligada a devolver $703.550.820; sin embargo, en virtud de la *non reformatio in pejus* se mantendrá la orden de reintegro por valor de $377.426.000 –*supra* párr. 9.3.1–, a pesar de que la contratista acreditó un menor valor amortizado, pues aumentar esa cifra iría en contra de los intereses de la apelante.

**4.1.3. Los rendimientos financieros del anticipo**

1. Ahora, en relación con los rendimientos financieros que produjo el anticipo, la apelante sostuvo que esos fondos fueron consignados en una cuenta corriente que no generó rendimientos de ningún tipo, tal como lo certificó su contadora, por tanto era improcedente la orden de reintegrar los rendimientos. La certificación que pretende hacer valer la apelante –distinta a la ya analizada– fue aportada con el recurso de apelación (fl. 842-844, c. ppal.) y con memorial del 11 de diciembre de 2012 (fl. 912-914, c. ppal.); sin embargo, con auto del 11 de diciembre de 2013, se decidió negar la incorporación de dicho documento como prueba (fl. 969, c. ppal.), por lo que ninguna mención se hará de su contenido.
   1. Sobre los rendimientos financieros generados por dineros públicos, resultan ilustrativas las siguientes precisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación[[36]](#footnote-37):

i. Por “rendimientos financieros” deben entenderse los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses)[[37]](#footnote-38).

ii. Los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si este es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de este.

iii. En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido, por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un “precio anticipado”, una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un “anticipo”, dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato.

iv. Por el contrario, si una entidad pública como contratante entrega unos dineros en administración, verbi gratia para ser invertidos, éstos no ingresan al patrimonio del contratista, y por lo mismo los rendimientos que lo acrecen son de la entidad contratante que es la propietaria del capital. En este caso, el precio del contrato lo constituyen las comisiones, primas de resultado, una suma fija o cualquier otra forma de retribución que se pacte.

* 1. El artículo 7[[38]](#footnote-39) del Decreto 2170 de 2002 –vigente al momento de suscripción del contrato[[39]](#footnote-40)– preveía que para el manejo del anticipo debía abrirse una cuenta a nombre del contratista y de la entidad estatal y si se llegaren a producir rendimientos financieros, eran de propiedad de esta última.
  2. En el plenario no hay prueba de que la contratista haya abierto dicha cuenta y que en ella depositó el anticipo, por lo que no es posible conocer si esos dineros generaron rendimientos financieros conforme al instrumento de depósito bancario empleado por la contratista. Bien pudo ocurrir, como quiso acreditarlo la actora, que el dinero fuera depositado en una cuenta corriente, que en principio no genera rendimientos, conforme a los artículos 1382 a 1392 del Código de Comercio y 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que no obligan las entidades financieras a reconocer rendimientos sobre los depósitos en ese tipo de cuentas, como sí las obliga a hacerlo respecto de depósitos en la cuentas de ahorros, según lo prevé el artículo 126 *ejusdem* y los artículos 2 a 4 del Decreto 2994 de 1990.
  3. Sin embargo, la actora incumplió su carga de acreditar que el dinero a ella entregado no generó rendimientos, por lo que se presume que sí lo hizo, conforme al artículo 1617 del Código Civil, que establece de manera genérica la rentabilidad de un capital líquido de dinero[[40]](#footnote-41), a razón del 6% anual (0,5% mensual). De esa forma, el *a quo* erró al calcular los rendimientos con base en el interés bancario corriente, pues no se trata del ejercicio de actividades comerciales y, además, por ordenar que esa cifra fuera indexada, ya que el interes corriente bancario compensa la incidencia del fenómeno inflacionario en el dinero[[41]](#footnote-42).
  4. En ese orden, lo que debió hacer el *a quo* era calcular los rendimientos financieros por espacio de 70,63 meses, comprendidos entre el 31 de diciembre de 2003, fecha en que fue entregado el anticipo a la contratista –*supra* párr. 21.6–, y el 19 de noviembre de 2009, fecha de la sentencia de primera instancia, comoquiera que la actora aún no había reintegrado el dinero. Sin embargo, en virtud de la *non reformatio in pejus*, la Sala tomará las fechas indicadas por el *a quo* para hacer el cálculo de los rendimientos, desde el 5 de mayo al 21 de julio de 2004 (2,57 meses) –*supra* párr. 9.2–, así:

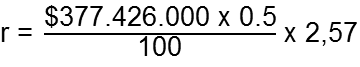


Dónde:

r: son los rendimientos a obtener.

va: es el valor del anticipo no amortizado ($377.426.000).

m: es el número de meses (2,57).



r = $4.849.924

* 1. Por lo anterior, la demandante está obligada a reintegrar $382.275.924, que corresponden a $377.426.000 por anticipo no amortizado –*supra* párr. 26.1– y $4.849.924 por rendimientos financieros.
  2. Para actualizar esa cifra correspondería tomar los índices de precios al consumidor de diciembre de 2003 (76,03), momento en que fue entregado el anticipo a la contratista –*supra* párr. 21.6–, como índice inicial, y el de la sentencia que ordena reintegrar lo no amortizado, como índice final[[42]](#footnote-43). Sin embargo, el *a quo* dispuso que el índice inicial era el de julio de 2004 (79,50), fecha de expedición de la liquidación, y como índice final, el vigente al momento en que se efectúe el pago por parte de la demandante –*supra* párr. 9.3.1–.
     1. La Sala mantendrá el índice inicial en virtud de la *non reformatio in pejus*, pues tomar uno inferior al previsto por el *a quo* aumentaría el valor final indexado.
     2. Sin embargo, se modificará el índice final, por cuanto la operación que propone el *a quo* parte de un supuesto incierto. Si se indica que la indexación se hará hasta la fecha de pago, la deuda de la contratista pendería de una condición, con lo que no es posible calcularla sin que se cumpla tal condición. En el *sub lite* cada parte debe un dinero a la otra y para poder compensar las deudas, es necesario saber a cuánto asciende la deuda de cada uno y así conocer quien debe más y así restarle el monto que le adeuda la otra, para que pueda efectuar el pago. Por tanto, como el índice final es un aspecto íntimamente relacionado con la devolución del anticipo no amortizado[[43]](#footnote-44), la Sala tomará como índice final el de empalme de esta sentencia, esto es, el de mayo de 2018 (142,06).
  3. El *a quo* también dispuso que el valor a reintegrar por parte la actora devengaría intereses civiles moratorios, en los términos del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, desde que la liquidación quedó en firme hasta que la actora efectúe el pago.
  4. La Sala advierte que el reconocimiento de intereses moratorios está condicionado a que se verifique el incumplimiento de una obligación a cargo de una de las partes. La parte incumplida los paga para compensar los perjuicios derivados del incumplimiento o del cumplimiento tardío. Para que procedan la obligación que se estime incumplida debe ser exigible, de lo contrario ninguna mora se podría predicar.
  5. En el *sub lite*, la obligación de reintegrar el anticipo no amortizado en principio estaba contenida en la liquidación unilateral, sin embargo, esa decisión precisamente fue anulada por el *a quo*, por lo que no podría entenderse que la actora estaba en mora de reintegrar, si el fundamento que así lo disponía desapareció y es reemplazado por la sentencia que así lo ordena. Así las cosas, no hay lugar a los intereses moratorios ordenados por el *a quo*, tal como lo precisó la Sala en anterior oportunidad[[44]](#footnote-45):

La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones:

i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada.

ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS.

iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución.

iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia[[45]](#footnote-46). En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época.

**4.2. Valores no reconocidos a favor de la demandante**

1. La actora requirió que se condenara al demandando al pago del cincuenta por ciento del valor del contrato por concepto de **daño emergente** “*al impedir que ALIMENTAR cumpliera con sus obligaciones contractuales, y de esa manera pudiera recibir el TOTAL de los valores previstos por la ejecución completa del contrato*” –tercera pretensión–.
   1. La Sala debe confirmar en este punto la sentencia apelada. Es errado considerar que la actora sufrió una merma patrimonial porque no le fue entregado la totalidad del valor pactado. Ese dinero era para la ejecución del contrato y estaba comprendido en costos directos, administración, imprevistos y utilidad. La demandante no puede pretender que le sea entregado todo el dinero, si la finalidad a la que estaba afecto –entrega de alimentos en los establecimientos educativos– no puede ser cumplida.
   2. La accionante bien pudo requerir que se condenara a la entidad por los perjuicios que le ocasionó la ilegal terminación. Por ejemplo, la disminución patrimonial que le significó los gastos en que incurrió para ejecutar la totalidad del contrato; pero ello no fue pedido y, en todo caso, ninguna prueba hay de tales gastos.
2. En punto a los **perjuicios morales**, la Sala precisa que dicha tipología en perjuicio pretende compensar “*la aflicción, la pena y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la persona jurídica incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral*”[[46]](#footnote-47).
   1. A pesar de que las personas jurídicas no están en condiciones de padecer la aflicción moral en iguales términos que un individuo –salvo en los casos de comunidades indígenas, por su especial cosmovisión[[47]](#footnote-48)–, lo cierto es que la Sala, en un primer momento, indicó que “*a ellas se les reconoce una subjetividad jurídica, gozan de atributos propios de la personalidad y, por ende, son titulares de derechos que pueden considerarse en sentido objetivo como morales y de carácter extrapatrimonial (reputación, el buen nombre, la probidad), los cuales si en alguna manera se les menoscaba, corresponde indemnizar, en cuanto resulten demostrados en el respectivo proceso*”[[48]](#footnote-49), para posteriormente precisar que las afectaciones a esos intereses –reputación o prestigio de la persona jurídica– en realidad deben indemnizarse como perjuicios materiales[[49]](#footnote-50).
   2. En ese contexto, no se puede reconocer perjuicios morales a la demandante por “*la injusta decisión de dar por terminado el contrato*” –tercera pretensión–, ya que “*de ordinario, las personas jurídicas no sufren dolor ni aflicción que amerite ser indemnizada*”[[50]](#footnote-51) y tampoco se acreditó la afectación al buen nombre de la actora.
3. Ahora, en relación a las dificultades relacionadas con la imposibilidad de obtener pólizas de seguros, que a juicio de la actora fueron producto de la expedición de los actos enjuiciados. La Sala, ante la falta de pruebas, debe negar esa pretensión, ya que no le está dado presumirlos como pretende la demandante. La accionante no demostró que por motivo de las resoluciones, le fue negada alguna póliza o bien que sufrió algún perjuicio por no poder obtener un seguro.

**4.3. Valores liquidados a favor de la demandante**

1. La actora solicitó se le reconociera $300.000.000 como **lucro cesante**, monto en que estimó, en su demanda, las ganancias que percibiría si hubiese ejecutado todo el contrato. En su apelación fijó la ganancia en el 29,96% del valor del contrato, sin especificar sobre qué base se calcularía, si respecto del total del contrato o sobre lo no ejecutado, por tanto, la Sala se limitará a lo pretendido inicialmente, ya que la apelación no es posible variar las pretensiones.
   1. Como el *a quo* reconoció el 6,66% de $1.227.082.000 –valor del contrato que no fue ejecutado–, para un total de $81.723.661,2. La actora requirió que ese monto fuera aumentado conforme a lo acreditado con el peritaje practicado en el proceso. Sin embargo, dicha prueba si bien en las pretensiones se anunció se solicitaría, en el acápite correspondiente de la demanda no se requirió (fl. 25-31, c. ppal.), en todo caso, el *a quo* no la decretó (fl. 279-280, c. ppal.) y la parte interesada guardó silencio ante ello.
   2. Ahora, en relación con la privación injusta de la obtención de la utilidad proyectada, la Sala, en anterior oportunidad, indicó[[51]](#footnote-52):

[C]uando un sujeto celebra un contrato, adquiere el derecho a ejecutarlo en las condiciones pactadas y a obtener la remuneración correspondiente. Y si la entidad incumple las prestaciones a su cargo, de las cuales además pende la ejecución del contrato, está privando al contratista –en forma injusta– del desarrollo de la prestación debida, lo que indiscutiblemente lesiona su derecho de crédito.

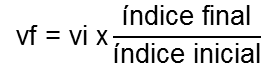
La obligación que surge a cargo de la entidad incumplida no consiste en el pago del valor del contrato, pues ello comportaría un pago de lo no debido, toda vez que el contrato no se ha ejecutado y dicha suma está definida en función de unos elementos que no estarían configurados por la parálisis del contrato.

Si el precio del contrato está integrado por los costos directos, por el A (porcentaje de administración), por el I (porcentaje de imprevistos) y por el U (porcentaje de utilidad proyectada), no resulta procedente cuantificar la indemnización sobre la existencia del valor total de los costos directos cuando el contratista no realizó las erogaciones totales que demandaba la ejecución de toda la obra contratada. Tampoco cabe reconocer costos de administración y de imprevistos, porque los eventos fácticos que cubren, no se han producido ante la inejecución del contrato.

* 1. Así, como bien lo señaló el *a quo*, la indemnización de los perjuicios causados por lucro cesante en el caso concreto debe limitarte únicamente al valor de la utilidad que esperaba recibir la actora. Sin embargo, ante la ausencia de “*reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado*”[[52]](#footnote-53).
  2. En el *sub lite* no está acreditada la utilidad esperada por la actora, en su propuesta no discriminó los porcentajes de A.I.U. El *a quo* erradamente consideró que el 20% que aparecía en el pliego de condiciones correspondía a ello, cuando lo cierto es que ese valor debía destinarse “*para gastos logísticos, control de calidad de los alimentos (pruebas bromatológicas), seminarios y/o talleres de capacitación sobre uso adecuado de los alimentos, evaluación nutricional (control de talla y peso) a los niños beneficiarios del programa, al inicio y a la finalización del contrato*” –*supra* párr. 21.1–, esto es, en la ejecución del contrato. Los porcentajes de A.I.U. la contratista bien pudo indicarlos en su propuesta, pero no lo hizo.
  3. Así, en aquellos eventos en que no se acredita la utilidad esperada por la contratista con su ejecución, la Sala ha establecido el valor de A.I.U. a partir del promedio entre varios contratos de objeto similar[[53]](#footnote-54). Sin embargo, en este caso, no se tiene dicho parámetro de comparación. En consecuencia, en ejercicio del arbitrio judicial[[54]](#footnote-55), se estima un porcentaje del 15% por A.I.U. para la tipología contractual analizada, del cual se establece un 5% de utilidad, en consideración a las actividades que implicaban la puesta en marcha del contrato diseñado por las partes, en este caso, el suministro de alimentos en 32 establecimientos educativos estatales. Sin embargo, en virtud de la *non reformatio in pejus* se mantendrá el porcentaje fijado en la primera instancia (6,66%), que aplicado a $1.227.082.000 –valor no ejecutado– resulta en $81.723.661,2 de utilidad.
  4. Ahora bien, ante el silencio del *a quo*, la Sala recuerda que en lo concerniente al incumplimiento de la obligación de pago –como sería la falta de pago de la utilidad esperada–, se indemniza con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que nació la obligación de pago hasta que este se satisfaga, como lucro cesante[[55]](#footnote-56).
  5. Así, el *a quo* dispuso que la corrección monetaria se efectúe desde el 26 de julio de 2004 –vencimiento del plazo de ejecución del contrato– hasta la ejecutoria de su sentencia.
     1. La Sala no comparte el punto inicial para el cálculo. Para verificar el punto inicial debía precisar en qué momento la contratista tenía derecho a recibir la totalidad del dinero. La cláusula tercera prevé que el desembolso del anticipo se haría dos días después de perfeccionado el contrato –tal como sucedió–, una vez amortizado el anticipo –que ascendía al 50% del valor del contrato–, la actora debía recibir 25% del valor del contrato, agotado dicho valor la demandante recibiría otro 20% y en la liquidación el 5% restante. Así, la actora recibiría la totalidad del pago en la liquidación, por lo que el *a quo* debió adicionar los términos de liquidación de la cláusula decimoctava. Pero, una vez más, por la *non reformatio in pejus* se respetará el índice inicial indicado en la primera instancia, el de julio de 2004 (79,50), tomar un índice posterior disminuiría el monto del valor actualizado.
     2. En contraste, la Sala modificará el índice final. Como ya se indicó este es un asunto íntimamente relacionado con la liquidación de los valores cuestionados en la apelación –*supra* párr. 27.7.2–. Ello, por cuanto el cruce de cuentas que se impone hacer en el *sub lite*, obliga a que las deudas de cada parte puedan ser definidas para señalar, luego de la compensación, a quien le corresponde hacer el pago. Así la Sala tomará como índice final el de empalme de esta sentencia, es decir, el de mayo de 2018 (142,06).
  6. El *a quo* reconoció intereses moratorios, conforme al numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, entre el 26 de julio de 2004 –vencimiento del plazo de ejecución del contrato– hasta la ejecutoria de su sentencia.
     1. La Sala considera que la mora en el pago no se configuró en esa fecha, el reconocimiento de intereses debió hacerse desde el vencimiento de los plazos para liquidar el contrato, tal como se acaba de exponer. Por la *non reformatio in pejus* se mantendrá la decisión en este punto de calcular intereses desde el 26 de julio de 2004.
     2. La Sala tomará como fecha final de los intereses moratorios la de esta providencia, esto es, 14 de junio de 2018, pues como se precisó es necesario poder calcular la deuda del contratante.

**4.4. Valores a cargo de cada una de las partes**

1. Visto lo anterior, se tiene que la **Fundación para la Seguridad Alimentaria** debe a su contraparte $377.426.000 por anticipo no amortizado y $4.849.924 por rendimientos financieros –*supra* párr. 27.6–, para un total de $382.275.924. Respecto de este monto no se liquidarán intereses moratorios de ninguna índole –*supra* párr. 27.10–. Para actualizar esta cifra se tomará como índice inicial el de julio de 2004 (79,50) –*supra* párr. 27.7.1– y como índice final el de mayo de 2018 (142,06) –*supra* párr. 27.7.2–, así:



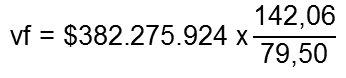
Dónde:

vf: es el valor final o condena actualizada o ajustada.

vi: es el valor inicial ($382.275.924).

índice final: el de esta sentencia (mayo de 2018).

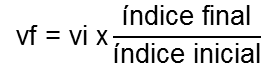
índice inicial: el indicado por el *a quo* (julio de 2004).



vf = $683.095.821

* 1. En estos términos, la Sala advierte que la deuda de la contratista es de seiscientos ochenta y tres millones noventa y cinco mil ochocientos veintiún pesos ($683.095.821), por concepto de anticipo no amortizado.

1. Ahora, el **Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla** debe a su contraparte la utilidad no obtenida, por valor de $81.723.661,2 –*supra* párr. 31.5–. Para calcular los montos a que tiene derecho la contratista como indemnización por dicha utilidad se debe calcular el daño emergente –indexación– y el lucro cesante –intereses moratorios–.
   1. En punto al daño emergente, la Sala advierte que tomará como índice inicial el de julio de 2004 (79,50) –*supra* párr. 31.7.1– y como índice final el de mayo de 2018 (142,06) –*supra* párr. 31.7.2–, así:



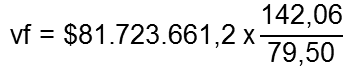
Dónde:

vf: es el valor final o condena actualizada o ajustada.

vi: es el valor inicial ($81.723.661,2).

índice final: el de esta sentencia (mayo de 2018).

índice inicial: el indicado por el *a quo* (julio de 2004).



vf = $152.698.452

* + 1. En ese orden, la contratante debe ciento cincuenta y dos millones seiscientos noventa y ocho mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos ($152.698.452), por concepto de daño emergente.
  1. En lo que toca al lucro cesante, la Sala advierte que, en ausencia de pacto sobre el particular, el inciso 2[[56]](#footnote-57) del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 1[[57]](#footnote-58) del Decreto 679 de 1994, prevé que la tasa de los intereses moratorios asciende al equivalente del doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. El periodo en el que se calcularan los intereses va desde el 26 de julio de 2004 –*supra* párr. 31.8.1– hasta el 14 de junio de 2018 –*supra* párr. 31.8.2–, conforme el siguiente cuadro:

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Fecha inicial** | **Fecha final** | **Días transcurridos** | **Valor** | **Variación anual del IPC** | **Capital actualizado** | **Tasa de interés** | **Intereses** |
|
| 26/07/2004 | 31/12/2004 | 155 | $81.723.661,2 | 2,79 | $84.003.751 | 5,17 | $4.342.994 |
| 01/01/2005 | 31/12/2005 | 360 | $84.003.751 | 5,50 | $88.623.958 | 12,00 | $10.634.875 |
| 01/01/2006 | 31/12/2006 | 360 | $88.623.958 | 4,85 | $92.922.220 | 12,00 | $11.150.666 |
| 01/01/2007 | 31/12/2007 | 360 | $92.922.220 | 4,48 | $97.085.135 | 12,00 | $11.650.216 |
| 01/01/2008 | 31/12/2008 | 360 | $97.085.135 | 5,69 | $102.609.279 | 12,00 | $12.313.114 |
| 01/01/2009 | 31/12/2009 | 360 | $102.609.279 | 7,67 | $110.479.411 | 12,00 | $13.257.529 |
| 01/01/2010 | 31/12/2010 | 360 | $110.479.411 | 2,00 | $112.688.999 | 12,00 | $13.522.680 |
| 01/01/2011 | 31/12/2011 | 360 | $112.688.999 | 3,17 | $116.261.240 | 12,00 | $13.951.349 |
| 01/01/2012 | 31/12/2012 | 360 | $116.261.240 | 3,73 | $120.597.785 | 12,00 | $14.471.734 |
| 01/01/2013 | 31/12/2013 | 360 | $120.597.785 | 2,44 | $123.540.371 | 12,00 | $14.824.844 |
| 01/01/2014 | 31/12/2014 | 360 | $123.540.371 | 1,94 | $125.937.054 | 12,00 | $15.112.446 |
| 01/01/2015 | 31/12/2015 | 360 | $125.937.054 | 3,66 | $130.546.350 | 12,00 | $15.665.562 |
| 01/01/2016 | 31/12/2016 | 360 | $130.546.350 | 6,77 | $139.384.338 | 12,00 | $16.726.121 |
| 01/01/2017 | 31/12/2017 | 360 | $130.546.350 | 5,75 | $138.052.765 | 12,00 | $16.566.332 |
| 01/01/2018 | 14/06/2018 | 164 | $139.384.338 | 1,86 | $141.976.887 | 5,47 | $7.766.136 |
|  |  |  |  |  |  | **Total** | **$191.956.598** |

* + 1. Por tanto, el contratante debe ciento noventa y un millones novecientos cincuenta y seis mil quinientos noventa y ocho pesos ($191.956.598), por concepto de lucro cesante.
  1. Así las cosas, la deuda del contratante, una vez sumado el daño emergente y el lucro cesante, es de trescientos cuarenta y cuatro millones seiscientos cincuenta y cinco mil cincuenta pesos ($344.655.050), por la utilidad dejada de percibir por la contratista.

1. En conclusión, la contratista debe $683.095.821 y a su vez el contratante debe $344.655.050, por tanto, una vez compensadas las deudas, hay un saldo a favor del contratante de trescientos treinta y ocho millones cuatrocientos cuarenta mil setecientos setenta y un pesos ($338.440.771) que debe asumir la contratista.
2. Así las cosas, la Sala modificará la sentencia del primera instancia para indicar en concreto el valor de la condena que debe asumir la contratista, luego de efectuada la compensación indicada por el *a quo*.
3. Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, por cuanto se limitó al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia del 19 de noviembre de 2009 del Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva. La cual quedará así:

1°.- Declárase la nulidad de las resoluciones nros. 80 de 13 de abril y 199 de 21 de julio de 2004, mediante las cuales el Alcalde del Distrito de Barranquilla dio por terminado y liquidó unilateralmente el contrato de suministro nro. 14-12-2003 del 29 de diciembre de 2003.

2°.- Condénese a la Fundación para la Seguridad Alimentaria (Alimentar) al pago de trescientos treinta y ocho millones cuatrocientos cuarenta mil setecientos setenta y un pesos ($338.440.771) a favor del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por concepto de anticipo no amortizado en el marco del contrato de suministro nro. 14-12-2003 del 29 de diciembre de 2003, por las consideraciones esbozadas en la presente providencia.

3°.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

4°.- Absolver al llamado en garantía, señor Guillermo Hoenigsberg Bornacelly.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Magistrado

1. El *a quo* con auto del 4 de julio de 2007 (fl. 271-726, c. ppal.) vinculó al funcionario y ordenó notificarle el auto admisorio de la demanda. [↑](#footnote-ref-2)
2. “*La suma de $393.058.645,23 deberá indexarse acorde con la fórmula adoptada por el Honorable Consejo de Estado, según la cual el valor presente (Vp), se determinará multiplicando el valor histórico (Vh), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en la cual se produzca el pago), por el índice inicial (vigente pare (sic) el 21 de julio de 2004)*” (sentencia de primera instancia –fl. 789, c. ppal.–). [↑](#footnote-ref-3)
3. “*Aclara la Sala que la cifra de $393.058.645,23 devengará intereses civiles moratorios desde la fecha en que quedó en firme la resolución nro. 199 de 2004 y hasta cuando se produzca el pago de la referida cantidad*” (sentencia de primera instancia –fl. 789, c. ppal. –). [↑](#footnote-ref-4)
4. [cita original del texto] Como el objeto del contrato de suministro comenzó a desarrollarse el 26 de enero de 2004, el término de 6 meses previsto para la ejecución del mismo habría expirado el 26 de julio de 2004. Por esa razón la Sala toma como referencia esta última fecha. [↑](#footnote-ref-5)
5. El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla guardó silencio en esta oportunidad procesal. [↑](#footnote-ref-6)
6. La cuantía del proceso asciende a $2.450.000.000, según quedó explicado en el acápite de la demanda correspondiente a la estimación razonada de la cuantía (fl. 8, c. ppal.), por tanto, es claro que excede el monto exigido para que el proceso tenga vocación de doble instancia. [↑](#footnote-ref-7)
7. Sobre el valor probatorio de las copias simples, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081-00(REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-8)
8. El proceso de contratación estuvo precedido de una licitación pública que fue declarada desierta, conforme se puede leer en la resolución adjudicación, así: “*Mediante resolución nro. 855 del 2003, el Alcalde Distrital de Barranquilla ordena la apertura de convocatoria pública, la cual fue radicada con el distintivo SAD-011 del 2003. Que mediante resolución nro. 893 del 2003 se declaró desierta la convocatoria pública nro. SAD-011 del 2003*” (fl. 34, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-9)
9. “*Por la presente me permito solicitarle la posibilidad de que se descuente del anticipo del 50% que debemos recibir lo correspondiente al pago de la publicación en la Gaceta Distrital y el impuesto de timbre que haya que pagar del contrato de la referencia nro. 14-12-2003*”. (fl. 65, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-10)
10. La Sala, luego de comparar el núcleo educativo y el número de raciones reportadas, concluye que este plantel corresponde al identificado como “*C.C.E.B. # 177*” en el pliego de condiciones –*supra* párr. 21.1–. [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, exp. 18851, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-12)
12. [cita original del texto] Manuel María Diez, al referirse a la naturaleza, estructura y forma del acto o providencia que invalida (anula) un acto administrativo, precisó: “*Se trata, sin duda de un acto jurídico cuyo efecto típico principal consiste en la eliminación del acto viciado de la vida jurídica. A este efecto se acompaña otro, de carácter material, que se refeire a la relación. Por otra parte, los actos que tienen por objeto el nacimiento, modificación o extinción de un derecho, obligación, interés, etc., vale decir una modificación de la condición jurídica existente, se llaman constitutivos o innovativos. Existen otros actos que tienen por efecto hacer valer, realizar, conservar o tutelar un poder o derecho por efecto hacer valer, realizar, conservar o tutelar un poder o derecho preexistente, sin producir efectos innovativos. Estos actos se llaman declarativos. Esta clasificación es aplicable al acto de invalidación, tanto si se ha dictado en sede jurisdiccional como administrativa*”. DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1993, p. 211. [↑](#footnote-ref-13)
13. [cita original del texto] Manuel María Díez, citando a Romanelli, señala que para este autor: “*[L]o que el derecho puede hacer es crear, sólo para el futuro, una situación nueva, realizándola en forma de no modificar un estado anterior, sino en suprimir, para el futuro, las consecuencias del acto eliminado, buscando establecer, solamente para el futuro, una situación conforme a lo que hubiera ocurrido si el hecho productivo se hubiera realizado en el pasado. Si se examinan, en el futuro, los efectos de un acto que se elimina de la vida jurídica, pueden distinguirse, según Romannellli, dos posibilidades: a) aquella por la cual la nueva situación que se crea, en cuanto a su contenido, trata de reproducir una situación en cierto sentido equivalen a la que hubiera ocurrido si no hubiera nacido el acto que luego fue invalidado; b) aquella por la que se impide solamente que otras consecuencias se produzcan para el futuro, manteniendo todas aquellas que se habían producido en el período de tiempo (sic) en que el acto estuvo en vigencia. En el primer supuesto podrá hablarse de retroactividad y de efectos ex tunc, mientras que en la segunda hipótesis habrá irretroactividad y efectos ex nunc*”. *Ibidem*, p. 213. [↑](#footnote-ref-14)
14. La Sala precisó que el anticipo: “*[P]uede ser definido como aquel porcentaje del valor total del contrato celebrado que la Entidad Estatal en su calidad de contratante le entrega al contratista en su calidad de colaborador de la administración con el objeto de que este pueda sufragar o cubrir los costos iniciales en los que deba incurrir para la ejecución de las obras. // De esta forma, se ha entendido que los dineros que la administración entrega a título de anticipo pertenecen a la entidad contratante, son de carácter público u oficial y no ingresan efectivamente al patrimonio del contratista*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de enero de 2016, exp. 47105, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de abril de 2005, exp. 1710-03, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. [↑](#footnote-ref-16)
16. La Sección Cuarta, sobre el particular, precisó: “*[E]s cierto que el demandante es el primer llamado a identificar en la demanda la forma en que pretende que se restablezca el derecho que estima vulnerado, pero eso no impide que luego el juez en la sentencia fije la forma de restablecer el derecho. Eso tampoco implica que el juez desconozca el principio procesal de congruencia, que lo obliga a guardar coherencia y decidir conforme con lo pedido en la demanda. No habrá incongruencia cuando el juez administrativo obra conforme con el artículo 170 C.C.A., que lo faculta para restablecer el derecho en la forma que considere más apropiada*”. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, exp. 18851, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-17)
17. El comprobante de egreso nro. 32179 da cuenta de que se giró a favor de la actora $835.966.000, esto es, $13.690.000 menos de lo que corresponde al valor del 50% del contrato ($849.656.000). En el plenario no aparece registro respecto a qué corresponde esa deducción, como sí de aquellas registradas en el mencionado comprobante de egreso que ascienden a $67.972.480. En todo caso, las partes no discutieron que las deducciones por gravámenes ascendían a $81.662.480 –que resultan de sumar $13.690.000 a $67.972.480– y el *a quo* dispuso que la actora no estaba obligada a devolver esa suma, por tanto, en virtud de la *non reformatio in pejus*, la Sala no puede disminuir ese valor, pues ello iría en desmedro de los intereses de la apelante. [↑](#footnote-ref-18)
18. El ente territorial tomó el valor del anticipo sin deducciones, por cuanto, a su juicio, no podían pagarse gravámenes con el anticipo, de ahí que hiciera su cálculo con base en los $849.656.000, que corresponden al 50% del valor del contrato. [↑](#footnote-ref-19)
19. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 25563, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-20)
20. “*Del contador público. Se entiende por contador público la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente Ley, está facultada para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar sobre estados financieros, y realizar las demás actividades relacionadas con la ciencia contable en general*”. [↑](#footnote-ref-21)
21. “*De las actividades relacionadas con la ciencia contable en general. Para los efectos de esta ley se entienden por actividades relacionadas con la ciencia contable en general todas aquellas que implican organización, revisión y control de contabilidades, certificaciones y dictámenes sobre estados financieros, certificaciones que se expidan con fundamentos en los libros de contabilidad, revisoría fiscal prestación de servicios de auditoría, así como todas aquellas actividades conexas con la naturaleza de la función profesional del Contador Público, tales como: la asesoría tributaria, la asesoría gerencial, en aspectos contables y similares*”. [↑](#footnote-ref-22)
22. El artículo 16 del Decreto 1529 de 1990 prevé que las fundaciones, como el caso de la actora, están obligadas a registrar los libros de contabilidad, así: “*Registro de libros. Ejecutoriada la resolución que reconozca la personería jurídica de la entidad, su representante legal presentará en la dependencia respectiva de la Gobernación, los libros de asociados, de actas de la asamblea general y de actas de la junta directiva, para su correspondiente registro. En el caso de las fundaciones o instituciones de utilidad común se exigirá, además, el registro de los libros de contabilidad*”. [↑](#footnote-ref-23)
23. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 18 de octubre de 2012, exp. 18329, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. [↑](#footnote-ref-24)
24. [cita original del texto] Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 16729, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia (E). [↑](#footnote-ref-25)
25. [cita original del texto] Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 11 de septiembre de 2006, exp. 14754, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Sección Cuarta, sentencia del 4 de noviembre de 2004, exp. 13940, C.P. Ligia López Díaz; Sección Cuarta, sentencia del 9 de septiembre de 2004, exp. 14106, C.P. María Inés Ortiz Barbosa y Sección Cuarta, sentencia del 14 de junio de 2002, exp. 12840, C.P. Ligia López Díaz. [↑](#footnote-ref-26)
26. [cita original del texto] Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 26 de septiembre de 2007, exp. 14093, C.P. Héctor J. Romero Díaz y Sección Cuarta, sentencia del 30 de noviembre del 2006, exp. 14846, C.P. Héctor J. Romero Díaz. [↑](#footnote-ref-27)
27. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 19 de agosto de 2010, exp. 16750, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-28)
28. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 23 de agosto de 2012, exp. 2003-00644-02, C.P. María Claudia Rojas Lasso. [↑](#footnote-ref-29)
29. [cita original del texto] “*De la fe pública. La atestación o firma de un contador público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en casos de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance*”. [↑](#footnote-ref-30)
30. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25804, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido: Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 24845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-31)
31. El artículo 3 de la Ley 43 de 1990, sobre el particular, prevé: “*De la inscripción de contador público. La inscripción como Contador Público se acreditará por medio de una tarjeta profesional que será expedida por la Junta Central de Contadores*”. [↑](#footnote-ref-32)
32. Conforme los artículos 126 a 132 los rectores y directores de establecimientos educativos estatales son directivos docentes, nombrados, previo concurso, por el alcalde distrital. Además, el artículo 20 del Decreto 1860 de 1994 prevé que son los representantes del establecimiento ante las autoridades educativas, por lo que las certificaciones por ellos expedidas serán consideradas por la Sala para verificar la amortización del anticipo. [↑](#footnote-ref-33)
33. La rectora del plantel educativo, si bien indicó el periodo en que recibió las raciones, no precisó en qué cantidad la contratista las entregó –*supra* párr. 21.20–, bien podría pensarse, conforme al pliego de condiciones –*supra* párr. 21.1–, que le fueron entregadas en la cantidad ahí especificada, 700 raciones diarias. Sin embargo, la Sala no puede presumir el cumplimiento de la obligación contractual, por ello, se carece de elementos probatorios para calcular el valor de las raciones entregadas en ese plantel educativo. [↑](#footnote-ref-34)
34. Si bien la directora del plantel educativo certificó que recibió 400 raciones diarias –*supra* párr. 21.23–, lo cierto es que en el pliego de condiciones a ese plantel le fueron asignadas 310 raciones diarias –*supra* párr. 21.1–. La Sala limita el número de raciones a lo previsto en el pliego de condiciones, por cuanto, no hay evidencia de que se hayan asignado, con posterioridad al pliego, un mayor número de raciones. [↑](#footnote-ref-35)
35. En el caso del Centro de Educación Básica nro. 117 y del nro. 202, las certificaciones solo dan cuenta del número de raciones recibidas, que no del lapso en que fueron proporcionadas. Por ende, la Sala tampoco cuenta con suficientes elementos de juicio para calcular el valor de las raciones entregadas en esos planteles educativos. [↑](#footnote-ref-36)
36. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de abril de 2008, exp. 1881, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-37)
37. [cita original del texto] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de octubre de 1996, exp. 906, C.P. César Hoyos Salazar. [↑](#footnote-ref-38)
38. “*Del anticipo en la contratación. El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro*”. [↑](#footnote-ref-39)
39. El Decreto 2170 de 2002 fue derogado por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012. [↑](#footnote-ref-40)
40. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2015, exp. 39617, C.P. Guillermo Sánchez Luque. [↑](#footnote-ref-41)
41. En aquella oportunidad dijo la Sala: “*Ha entendido la doctrina que si un crédito reajustado en función de la depreciación sufrida entre la fecha en que se causó la obligación y el pago, se le suman intereses corrientes bancarios, se originaría un enriquecimiento sin causa, porque, esta clase de intereses incluye un ‘plus’ destinado a recomponer el capital. No se excluyen entre si los rubros de devaluación e intereses puros puesto que tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital (lucro cesante), en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originado en signo monetario envilecido (daño emergente). Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. Por eso no sería equitativo evaluar y cobrar esta clase de intereses. De allí que comparte la Sala que si se realizan reajustes del crédito, el interés debe ser un interés puro exclusivamente retributivo del precio del uso del capital que es lo que ha dejado de ganar el acreedor por la falta de inversión de sus fondos excluyendo el plus del interés que tiene otra función. Toda indemnización debe ser integral y completa, de modo que compense para su acreedor el daño que se le produce con el no pago oportuno de la obligación. Así, debe comprender no sólo el rendimiento que dejó de percibir, traducido ordinariamente en intereses, sino también la pérdida del valor adquisitivo de la moneda con la que pretende pagar. En este orden de ideas el equilibrio o la justeza de la indemnización debe mostrar esta o similar ecuación: indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 17616, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-42)
42. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 29201, C.P. Olga Mélida Valle de de la Hoz. [↑](#footnote-ref-43)
43. Sobre la competencia del *ad quem* para modificar aspectos de la decisión de primera instancia, con apego a lo previsto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala Plena de la Sección Tercera concluyó: “*(i) [Q]ue la decisión impugnada no puede ser modificada para perjudicar al sujeto que la apeló, lo cual constituye una primera restricción que se desconoce en el sub júdice, y (ii) que la competencia del ad quem queda también limitada a los planteamientos del recurso, lo cual no obsta para que, en caso de que se reforme la decisión por virtud del recurso, se procedan a realizar otras modificaciones que tengan íntima relación con lo logrado por el impugnante*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-44)
44. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012, exp. 24306, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-45)
45. [cita original del texto] MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho procesal civil. Parte general,* 9 ed., Editorial ABC, Bogotá, 1985, p. 496. [↑](#footnote-ref-46)
46. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sebsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 33727, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-47)
47. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 37386, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 18956, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez (E). [↑](#footnote-ref-48)
48. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-49)
49. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2013, exp. 27140, C.P. Hernán Andrade Rincón y Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012, exp. 24991, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-50)
50. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2017, exp. 39745, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-51)
51. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, exp. 15307, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-52)
52. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-53)
53. Por ejemplo, en contratos de obra, el A.I.U. se calculó con base en otros contratos con objetos parecidos, al respecto, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 26366, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13683, C.P. Alier Hernández Enríquez; Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13355, C.P. Alier Hernández Enríquez y Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 1993, exp. 7959, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-54)
54. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 37500, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-55)
55. Sobre el particular, la Sala indicó: “*¿Cuál es la indemnización que la administración debe al contratista cuando incumple con el pago total o parcial del valor del contrato o retarda el mismo? (…) se ha dicho que los perjuicios causados a un contratista con el incumplimiento de la administración en el pago del valor del contrato, se indemnizan con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que nació la obligación de pago hasta que éste se satisfaga (lucro cesante)*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, exp. 14112, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-56)
56. “*Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado*”. [↑](#footnote-ref-57)
57. “*De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos*”. [↑](#footnote-ref-58)