

## **NULIDAD -Registro Presupuestal- Incumplimiento del Contrato - Excepción de Contrato No Cumplido**

[...] según las disposiciones del Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 111 de 1996), el registro presupuestal es tan solo una operación administrativa, consistente en anotar o consignar en el correspondiente libro anual de ejecución presupuestal una novedad atinente a la afectación de una determinada partida o rubro presupuestal por razón de una obligación previamente constituida, por consiguiente en modo alguno se trata de una actuación que determine ni la existencia ni mucho menos la validez de la obligación previamente contraída, como por ejemplo de carácter contractual.

Lo dispuesto expresa y puntualmente en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, para la Sala es claro que los contratos estatales se perfeccionan cuando en ellos converjan los elementos esenciales que determinan su existencia, el acuerdo de voluntades se limita al objeto y la contraprestación, y siempre que conste por escrito el negocio jurídico existe, razón por la cual el contrato es ejecutable cuando se obtenga la aprobación de las garantías y el registro presupuestal. Esta Corporación en un caso similar al presente, aplicó la tesis reiterada en torno a la imposibilidad de configurar la nulidad de los negocios jurídicos por motivo de la ausencia del registro presupuestal

De acuerdo con lo anterior, es claro entonces que la ausencia de registro presupuestal no conlleva a la nulidad del contrato estatal, puede conducir a la acreditación de un incumplimiento en la obligación de pago e incluso a una posible infracción disciplinaria. La excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil, aplicable al presente asunto por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, dispone que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”

La mencionada figura jurídica, si bien es propia de los contratos con régimen de derecho privado, esta Corporación ha determinado en decisiones reiteradas que dicha excepción es aplicable a los casos de ejecución de contratos estatales, siempre y cuando se cumpla con los siguientes supuestos: i) que se trate de un contrato bilateral o sinalagmático; ii) que se esté en presencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes; iii) que el incumplimiento de la entidad estatal sea grave, de tal magnitud, que el contratista esté en imposibilidad de concurrir al cumplimiento de las obligaciones que le son propias; iv) dicho incumplimiento sea la fuente o causa del incumplimiento del contratista y, v) que

quien invoque la excepción demuestre el cumplimiento de tales obligaciones o por lo menos, se allane a cumplirlas.

Esta Corporación en un caso similar al presente, aplicó la tesis reiterada en torno a la imposibilidad de configurar la nulidad de los negocios jurídicos por motivo de la ausencia del registro presupuestal

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, once (11) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

**Magistrado Ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Expediente:** 05001-23-33-000-2014-01023-01 (69.042)  
**Demandante:** FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS  
**Demandado:** MUNICIPIO DE BELLO  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**Asunto:** APELACIÓN DE SENTENCIA – NULIDAD DEL CONTRATO POR FALTA DE REGISTRO PRESUPUESTAL

*Síntesis del caso: la parte actora pide que se declare el incumplimiento del municipio de Bello (Antioquia) en la asignación de cuatro mil cupos (4.000) estudiantiles a los que se había comprometido o el reconocimiento en dinero de los mismos, pedimentos estos que el Tribunal Administrativo de Antioquia validó y condenó en abstracto por los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente causados. Inconforme con la decisión, la entidad demandada se opuso a la sentencia dado que, en su criterio, el contrato de concesión objeto de análisis es nulo por el hecho de haber sido suscrito sin registro presupuestal para ello; con los documentos aportados al proceso se acreditaba el incumplimiento de la concesionaria en la decisión de suspensión de la ejecución del contrato y la asignación de los cupos estudiantiles era del resorte de la contratista puesto que se había comprometido a la ejecución del contrato por su cuenta y riesgo.*

*Temas: el cumplimiento de la obligación de remuneración de los contratos de concesión – nulidad del contrato por falta de registro presupuestal – intereses moratorios de condenas en abstracto – excepción de contrato no cumplido.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 30 de enero de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Primera de Oralidad - que declaró al municipio de Bello (Antioquia) responsable del incumplimiento del contrato de concesión educativo no. 768 de 2010, declaró terminado dicho negocio jurídico, condenó en abstracto al municipio a pagar en favor de la contratista los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante mediante trámite incidental y denegó las demás súplicas de la demanda (fls. 962 a 996 cdno. ppal.), en los siguientes términos:

**“PRIMERO:** No se declaran probadas las excepciones de contrato no cumplido, caducidad, abuso de derecho, temeridad y mala fe y nulidad del contrato propuestas por la parte actora.

Expediente no. 05001-23-33-000-2014-01023-01 (69.042)  
Actor: Fundación Educativa El Taller de los Niños  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

**SEGUNDO:** Se **DECLARA** el incumplimiento contractual por parte del Municipio de Bello del contrato de concesión educativa no. 768 del 1° de septiembre de 2010, suscrito entre el Municipio de Bello y la Fundación Educativa Taller de los Niños.

**TERCERO:** Se Declara terminado el contrato de concesión educativa no. 768 de 2010 suscrito entre el Municipio de Bello y la Fundación Educativa Taller de los Niños y se condena en abstracto al Municipio de Bello a pagar las sumas que por perjuicios lucro cesante y daño emergente haya padecido la demandante, que se determinen mediante trámite incidental de acuerdo con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO:** se **NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Se condena en costas y agencias en derecho en primera instancia al **MUNICIPIO DE BELLO**, conforme a los artículos 188 del CPACA, 365 y 366 del CGP. Por Secretaría de este Tribunal, procédase a su liquidación.

**SEXTO:** Conforme lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las cantidades líquidas reconocidas en esta sentencia devengarán intereses moratorios a partir de su ejecutoria.

**SÉPTIMO:** Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente." (fls. 995 vltó. y 996 *ibidem* – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

Posteriormente, mediante providencia de 31 de mayo de 2022 el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Primera de Oralidad - aclaró y complementó la sentencia del 30 de enero de 2020 en los siguientes aspectos:

- a) En relación con el cálculo del valor de cada cupo escolar deberá acudir a los valores que certifique el Ministerio de Educación Nacional o la autoridad competente que haga sus veces, por cada nivel educativo, para el año 2011 y hasta el año de la correspondiente liquidación.
- b) Se aclara que el porcentaje aplicado para la reducción del monto de lucro cesante a reconocerse será del 50%, valor que no puede sobrepasar el 5% del valor total del contrato de concesión y, en caso de sobrepasar dicho porcentaje se tendrá en cuenta como monto de la indemnización por lucro cesante causado y futuro el 5% del valor total del contrato.
- c) Se complementa la sentencia de 30 de enero de 2020 en el sentido de indicar que, en los términos de lo previsto en la cláusula 66 del contrato de concesión no.

768 de 2010, las partes convinieron el pago de intereses de mora por el incumplimiento del pago oportuno de las obligaciones contractuales, por lo que es procedente el reconocimiento de intereses de mora por los montos que al momento de liquidarse la condena se hubiesen causado (fls. 1031 a 1035 cdno. ppal.).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante escrito radicado el 16 de junio de 2014 en el Tribunal Administrativo de Antioquia, la Fundación Educativa El Taller de los Niños, actuando por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales (fls. 1 a 25 cdno. no. 3) con las siguientes súplicas:

#### **“DECLARATIVAS:**

**PRIMERA DECLARATIVA.** Que se declare que EL MUNICIPIO DE BELLO incumplió el CONTRATO DE CONCESIÓN no. 0768 del 2010 del 1° de septiembre de 2010 suscrito entre el MUNICIPIO DE BELLO y la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS, por omitir la obligación de adjudicar la suma de cuatro mil (4000) cupos escolares durante cada uno de los años 2011, 2012, 2013 y 2014 a la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS y por haber omitido cumplir con la obligación sustitutiva de pagar el valor de estos cupos o su diferencia, a los valores asignados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, obligación que surgía en caso de no adjudicarse total o parcialmente los cupos acordados. En caso de encontrarse probadas otras causales de incumplimiento, le solicito declarar su ocurrencia.

**SUBSIDIARIA A LA PRIMERA DECLARATIVA.** En subsidio de la pretensión anterior, se solicita se declare que el CONTRATO DE CONCESIÓN no. 0768 del 2010 del 1° de septiembre de 2010 suscrito entre el MUNICIPIO DE BELLO y la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS, se ha desequilibrado en contra del concesionario, al no haberse adjudicado por parte del MUNICIPIO DE BELLO la suma de cuatro mil (4000) cupos escolares durante los años 2011, 2012, 2013 y 2014 a la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS o en su defecto a pagar el valor de estos cupos a los valores asignados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

**SUBSIDIARIA A LA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA DECLARATIVA.** En subsidio de la pretensión anterior, se solicita se declare que el MUNICIPIO DE BELLO se enriqueció sin causa al no haberse adjudicado a la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN ELÍAS por parte de aquel, la suma de cuatro mil (4000) cupos escolares durante los años 2011, 2012, 2013 y

2014 o en su defecto a pagar el valor de estos cupos a los valores asignados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y pese a este incumplimiento ser beneficiario de una cláusula de reversión, la cual solo se encuentra sometida a un plazo contractual de veinte (20) años contados a partir del inicio de la etapa de explotación.

**SEGUNDA DECLARATIVA.** Que se declare que el MUNICIPIO DE BELLO se encuentra obligado a continuar ejecutando el CONTRATO DE CONCESIÓN no. 0768 de 2010 del 1° de septiembre de 2010 suscrito entre el MUNICIPIO DE BELLO y la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS, por un plazo de veinte (20) años contados a partir del día 27 de abril de 2011.

**SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA DECLARATIVA.** Que solo en caso que el Honorable Tribunal considere que el cumplimiento de las obligaciones contractuales son (sic) de imposible cumplimiento, se solicita se declare terminado el CONTRATO DE CONCESIÓN no. 0768 de 2010 del 1° de septiembre de 2010 suscrito entre el MUNICIPIO DE BELLO y la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS por causa imputable al concedente, es decir, al MUNICIPIO DE BELLO.

**TERCERA DECLARATIVA.** Que en caso de que a la fecha de expedición de la sentencia EL MUNICIPIO haya continuado incumpliendo el contrato por los años 2015 y siguientes, se declare que por estos años EL MUNICIPIO DE BELLO incumplió y ha seguido incumpliendo el CONTRATO DE CONCESIÓN no. 0768 del 1° de septiembre de 2010 suscrito entre el MUNICIPIO DE BELLO y la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS, por omitir la obligación de adjudicar la suma de cuatro mil (4000) cupos escolares durante cada uno de los años 2011, 2012, 2013 y 2014 a la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS y por haber omitido cumplir con la obligación sustitutiva de pagar el valor de estos cupos o su diferencia, a los valores asignados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, obligación que surgía en caso de no adjudicarse total o parcialmente los cupos acordados. En caso de encontrarse probadas otras casuales de incumplimiento, le solicito declarar su ocurrencia.

**SUBSIDIARIA A LA TERCER DECLARATIVA.** En subsidio de la pretensión anterior, se solicita se declare que el CONTRATO DE CONCESIÓN no. 0768 del 2010 del 1° de septiembre de 2010 suscrito entre el MUNICIPIO DE BELLO y la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS, se ha desequilibrado en contra del concesionario, al no haberse adjudicado por parte del MUNICIPIO DE BELLO la suma de cuatro mil (4000) cupos escolares durante los años 2015 y posteriores, a la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS o en su defecto a pagar el valor de estos cupos a los valores asignados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

#### **DE CONDENA**

**PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA.** Con base en las declaraciones de las pretensiones declarativas PRIMERA o sus subsidiarias SEGUNDA y/o TERCERA o sus subsidiarias, se solicita se condene al MUNICIPIO DE BELLO al pago a favor de la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS, de las siguientes sumas de dinero, más las que resulten probadas dentro del proceso.

- Cuatro mil ochocientos cuarenta y nueve millones setecientos cuarenta y siete mil pesos (\$4.849.747.000.00) del año 2011, correspondientes al valor de los cupos dejados de asignar por parte del concedente durante el año 2011 más los intereses moratorios convencionales pactados en el contrato.
- Tres mil ochocientos cuarenta y cuatro millones de pesos (\$3.844.000.000.00) del año 2012, correspondientes al valor de los cupos dejados de asignar por parte del concedente durante el año 2012 más los intereses moratorios convencionales pactados en el contrato.
- De las anteriores sumas de dinero se debe descontar el valor de la factura de venta 005 de febrero 7 de 2012 por valor de cuatro mil ochocientos dos millones novecientos veinte mil pesos (\$4.802.920.000.00) cuyo pago se persigue en proceso ejecutivo que se sigue en este mismo Tribunal Administrativo de Antioquia.
- Cinco mil trescientos cuarenta y cuatro millones de pesos (\$5.344.000.000.00) del año 2013 o la suma que resulte de multiplicar el valor autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el año 2013 por cada alumno, multiplicado por los cuatro mil (4000) cupos que se encontraba obligado a asignar el MUNICIPIO DE BELLO para el año 2013, más los intereses de mora pactados en el contrato.
- Cinco mil trescientos cuarenta y cuatro millones de pesos (\$5.344.000.000.00) del año 2014 o la suma que resulte de multiplicar el valor autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el año 2014 por cada alumno, multiplicado por los cuatro mil (4000) cupos que se encontraba obligado a asignar el MUNICIPIO DE BELLO para el año 2013, más los intereses de mora pactados en el contrato.
- De las sumas de dinero que se sigan causando a partir de 2014 y hasta la terminación del contrato de concesión, en ejecución de lo acordado en el inciso segundo de la cláusula octava (8ª) del contrato de concesión, es decir, el valor equivalente a los cupos acordados (cuatro mil alumnos) en caso de que el incumplimiento sea total o la diferencia entre los cupos sea parcial, liquidados y el cupo acordado (cuatro mil alumnos), en caso de que la asignación de cupos sea parcial, liquidados al valor autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el respectivo año, por cada alumno.
- Ciento diecinueve millones trescientos ochenta y ocho mil seiscientos sesenta y un pesos (\$119.388.661.00) de 2012, correspondientes a transacciones laborales con los empleados y trabajadores de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA EL TALLER D ELOS NIÑOS, por un valor de (sic).
- Sanciones por no pago oportuno al Idea que se establece la alteración del pago de intereses corrientes a intereses de mora.

**SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA.** Que se condene al pago de intereses por las sumas anteriores de acuerdo con la tasa de interés y moratoria pactada en el contrato de concesión y a partir de la ejecutoria de la sentencia a la tasa máxima de interés bancario.

**PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA DECLARATIVA.** Que en caso de que se dé por terminado el contrato, se

*condene al MUNICIPIO DE BELLO a pagar a la FUNDACIÓN EL TALLER DE LOS NIÑOS los siguientes valores, de acuerdo con tasación realizada por perito que para el efecto se nombre en condena en abstracto:*

- *El valor actualizado de la inversión realizada por el contratista durante las etapas (i) previa, (ii) de construcción y (iii) de explotación, incluyendo, pero sin limitarse a los costos de diseños, licencias, adquisición de predio, construcción, dotación y mantenimiento del colegio, costos de personal, atención de reclamaciones y gastos legales.*
- *El valor de la utilidad esperada por el contratista por cada uno de los años de duración de la etapa de explotación del contrato de concesión, debidamente actualizada.*
- *Que se condene al pago de intereses por las sumas anteriores de acuerdo con la tasa de interés corriente y moratoria pactada en el contrato de concesión y a partir de la ejecutoria de la sentencia a la tasa máxima de interés bancario.” (fls. 17 a 19 ibidem – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).*

## **2. Hechos**

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) El 1° de septiembre de 2010, el municipio de Bello (Antioquia) y la fundación El Taller de los Niños suscribieron el contrato de concesión no. 0768 con el objeto de llevar a cabo la *“PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE COBERTURA EDUCATIVA, EN EL COLEGIO QUE SE CONSTRUYA POR EL CONCESIONARIO EN LAS COMUNAS SEIS (6) Y SIETE (7) Y CON REVERSIÓN AL MUNICIPIO DE BELLO”* (fl. 10 cdno. no. 1 – mayúsculas sostenidas del original), en un plazo de veinte (20) años y con un valor indeterminado.

2) La construcción del colegio fue culminada el 9 de abril de 2011 a entera satisfacción del municipio de Bello, según la suscripción del acta de recibo de obra correspondiente, la etapa de explotación dio inicio el 26 de abril de 2011 con la apertura de la institución educativa San Elías, fecha en la que dicho colegio se encontraba completamente construido y dotado con los elementos físicos, administrativos, logísticos y de personal para dar inicio a las actividades propias de tal institución.



3) La Fundación Educativa el Taller de los Niños cumplió a cabalidad con las etapas previas y de construcción de la institución educativa para lo cual adquirió un empréstito con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) por valor de siete mil doscientos millones de pesos (\$7.200'000.000), crédito que le fue oponible al municipio de Bello (Antioquia) por cuanto el contrato de concesión no. 0768 de 2010 hizo parte de la garantía otorgada por IDEA, además, en dicho contrato se estableció que los recursos obtenidos por concepto del contrato de concesión eran fuente directa de pago de intereses y capital por un término de doce (12) años “*bajo la línea CAF, a una tasa del trece por ciento (13%) E.A.*” (fl. 13 cdno. no. 3).

4) Según lo dispuesto en el contrato de concesión no. 0768 de 2010, el municipio de Bello debía asignar cuatro mil (4.000) cupos educativos y pagar el valor de los mismos con base en las tarifas aprobadas por el Ministerio de Educación Nacional.

5) Para el año 2011 el municipio de Bello solo asignó cuatrocientos cinco (405) cupos y no pagó el valor de la tarifa de los tres mil quinientos noventa y cinco (3.595) cupos faltantes, puesto que del valor de la factura presentada en ese año por parte de la fundación por la suma de cinco mil trescientos cuarenta y cuatro millones de pesos (\$5.344'000.000), el municipio tan solo canceló mil novecientos noventa y cuatro millones de pesos (\$1.994'000.000).

6) Para el año 2012, la institución educativa San Elías solo atendió trescientos noventa y cinco (395) estudiantes, es decir, el municipio de Bello mantuvo su incumplimiento en la asignación de los cupos estudiantiles ya que del valor facturado para ese año de \$5.345'000.000 millones, el municipio básicamente pagó \$1.994'000.000.

7) El 13 de marzo de 2012, el municipio de Bello profirió la Resolución no. 20120623 por medio de la cual reconoció el incumplimiento en la obligación de asignación de cupos estudiantiles y el valor que correspondía en compensación de los mismos.

8) Tales incumplimientos por parte del municipio de Bello continuaron durante los años 2013 y 2014, pese a los requerimientos realizados por parte de la fundación contratista.

### 3. Posición de la parte demandada

A través de escrito radicado el 24 de noviembre de 2014, el municipio de Bello contestó la demanda con oposición a las pretensiones, formuló excepciones y solicitó que fueran negadas las súplicas (fls. 518 a 550 cdno. no. 3), con los siguientes argumentos:

1) Contrario a lo sostenido por la parte actora, el municipio de Bello dio cumplimiento a las obligaciones adquiridas a través del pago de mil millones novecientos noventa y cuatro millones doscientos cincuenta y tres mil pesos (\$1.994'253.000), en atención a que para el año 2011 la fundación solo atendió a cuatrocientos cinco (405) estudiantes y en el año 2012 a trescientos noventa y cinco (395).

2) De otra parte, no es posible el reconocimiento de las pretensiones formuladas con la demanda y mucho menos de los intereses solicitados, pues no está acreditado el debido y cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte actora.

3) Propuso como excepciones las que se relacionan a continuación:

a) *"Nulidad del contrato no. 0768 de 2010"*, toda vez que, el municipio de Bello no obtuvo la aquiescencia del Ministerio de Educación requerida en forma previa para adelantar el correspondiente proceso de selección, la fundación demandante no cumplía con la experiencia requerida y, al momento de la suscripción de dicho negocio jurídico la entidad contratante no contaba con registro presupuestal para asumir las obligaciones allí estipuladas.

b) *"Excepción de contrato no cumplido"*, dado que la fundación Educativa el Taller de los Niños no acreditó la titularidad del predio donde construyó la institución educativa San Elías.

c) *"Caducidad"*, puesto que desde la fecha del último incumplimiento reportado por la parte actora y hasta la fecha de presentación de la demanda transcurrieron más de dos (2) años.

d) “*Abuso del Derecho, temeridad o mala fe*”, por cuanto la fundación contratista suspendió en forma unilateral la ejecución del contrato, sin tener en cuenta que durante los años 2009 a junio de 2012 recibió como contraprestación del contrato de concesión no. 0768 sumas que ascendieron a \$9.194’253.000.000.

#### **4. Vinculación del tercero en condición de coadyuvante de la parte actora**

1) Por auto de 5 de septiembre de 2014, el magistrado conductor del proceso en primera instancia admitió el medio de control jurisdiccional de controversias contractuales, providencia en la que en relación con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) señaló lo siguiente:

*“Procede la vinculación del IDEA en atención a la cláusula 60 del contrato no. 768 de 2010, contenida en el capítulo XVI terminación anticipada y liquidación, cuyo numeral 60.2 refiere que en caso de que el concesionario se encuentra incurso en causal de incumplimiento con los financiadores, estos últimos podrán tomar posesión de la concesión.*

*Obran también los contratos de empréstito no. 166, 147 y 26 celebrados entre la Fundación Educativa El Taller de los Niños y el Idea, tendientes a financiar la construcción y dotación de la sede educativa objeto del contrato no. 768 de 2010, que da lugar a la controversia planteada, concesión para la prestación del servicio de cobertura educativa en colegio que se construya por parte del concesionario en las comunas seis (6) y siete (7), con reversión en favor del municipio de Bello” (fl. 441 cdno. no. 3).*

2) Mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 2014, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) intervino en el proceso y manifestó que el negocio jurídico que lo vincula con la parte actora fue anterior al inicio del proceso de selección que culminó con la suscripción del contrato de concesión no. 0768 de 2010, sin embargo, el dinero girado a la fundación como desembolso del contrato de empréstito sí fue usado para la ejecución y cumplimiento del contrato de concesión no. 0768 de 2010, al punto que la garantía hipotecaria del mismo afectó el inmueble en el que fue construida la institución educativa San Elías (fls. 551 a 580 *ibidem*).

## 5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Primera de Oralidad - en providencia de 30 de enero de 2020 (fls. 962 a 996 cdno. ppal.)<sup>1</sup> declaró no probadas las excepciones formuladas, declaró el incumplimiento del referido contrato de concesión no. 0768 de 2010 por parte del municipio de Bello (Antioquia), declaró terminado dicho negocio jurídico, condenó en abstracto al municipio a pagar las sumas que por perjuicios de lucro cesante y daño emergente haya padecido la demandante y, denegó las súplicas restantes de la demanda, con base en la siguiente sustentación:

1) En relación con la excepción de nulidad del contrato propuesta por parte del municipio de Bello, se concluye que los requisitos frente a los aspectos presupuestales no constituyen elementos de validez del contrato estatal, sino de ejecución y, además, en este caso concreto, de acuerdo con lo acreditado en el expediente, aquellas se cumplieron, por lo cual no puede sustentarse una declaración de nulidad absoluta del contrato por dicho aspecto.

2) De otra parte, en cuanto a la supuesta violación del principio de planeación argumentada por la entidad demandada, en el presente asunto no es procedente tal declaración, pues, sí existía la necesidad de prestación del servicio tal como se acreditó con una certificación emitida por la propia entidad territorial demandada.

3) De la revisión de las pruebas que conforman el expediente, está acreditado que la parte actora cumplió con la construcción y puesta en funcionamiento de la institución educativa a partir del 26 de abril de 2011, en el lugar y con los parámetros previamente aprobados por parte del municipio de Bello.

---

<sup>1</sup> Por auto de 31 de mayo de 2022, el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Oralidad resolvió sobre la solicitud de aclaración y complementación presentada por la parte actora, en el sentido de indicar que (i) para el cálculo de condena se tendrán en cuenta los extremos temporales contenidos en el acta de inicio de la etapa de explotación; (ii) la reducción sobre el reconocimiento del lucro cesante será del 50% sobre el monto de indemnización por cuenta de la inejecución del contrato y disminución del riesgo o alea de pérdida o ganancia, y (iv) es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 66 del contrato de concesión no. 0768 de 2010, el cual se imputará cada 31 de diciembre a partir de 2011 (fls. 1031 a 1035 cdno. ppal.).

4) Con las comunicaciones cruzadas entre las partes y el contenido del contrato de concesión no. 0768 de 2010 se tiene claridad respecto de incumplimiento del municipio de Bello desde el año 2011, por la falta de entrega o asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles durante los veinte (20) años de ejecución o su correspondiente remuneración.

5) Al expediente fue aportado un dictamen pericial financiero con el que se acreditó el monto de los perjuicios materiales causados a título de daño emergente y lucro cesante, no obstante, en la propuesta de la parte actora se estipuló como tasa de retorno de la inversión un 14,9%, propuesta que fue aceptada por el municipio y que difiere sustancialmente del valor que arrojó el dictamen pericial, adicionalmente, se encuentra que el perito estimó dentro de los perjuicios, todas las cuentas por pagar por parte de la contratista, sin que se haya acreditado que las mismas debiesen ser asumidas por el municipio ni que su causación haya sido consecuencia directa del incumplimiento contractual que se endilga a la entidad territorial, por cuanto, precisamente corresponden a gastos operativos que el contratista se comprometió a asumir durante la ejecución del contrato y que fueron cubiertos con lo entregado por el municipio a título de gastos y costos operacionales, por lo que sus conclusiones no se pueden tener en cuenta.

6) En ese sentido, se emite una sentencia condenatoria en abstracto, para lo cual en el incidente de liquidación de la condena deberá solicitar la parte demandante lo siguiente: el valor de cada cupo de conformidad con el nivel escolar, distribución proporcional de los cupos de los diferentes niveles, cálculo de ingreso bruto, deducción de los montos pagados por el municipio durante el tiempo de ejecución del contrato, deducción del monto de la factura de cobro, utilidad líquida sin compensaciones, actualización del monto adeudado, deducción del valor del inmueble objeto de reversión, reducción del 50% del monto de indemnización por inejecución del contrato y disminución del riesgo, alea de pérdida o ganancia.

## **6. El recurso de apelación**

La entidad demandada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 1012 a 1016 vlto. cdno. ppal.) el cual fue concedido por el a

quo mediante auto de 2 de septiembre de 2022 (fls. 1038 y vlto. *ibidem*), impugnación que fue sustentada en los términos que se reseñan a continuación:

1) El municipio insiste en la declaración de nulidad absoluta del contrato objeto de análisis, pues, el contrato de concesión fue suscrito sin contar previamente con el correspondiente registro presupuestal, circunstancia que acredita la configuración de la violación del principio de planeación ya que, se omitieron las formalidades necesarias para su perfeccionamiento acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44 (numerales 2 y 3) y 45 de la Ley 80 de 1993.

2) En los términos de la cláusula décima del contrato, la contraprestación en favor del concesionario *“es la continua y eficiente prestación del servicio en la institución educativa por cuenta y riesgo del concesionario durante la duración del contrato”* (fl. 1014 vlto. cdno. ppal), no obstante, el contratista mediante comunicación del 1° de agosto de 2012 informó sobre la suspensión de la ejecución del contrato, documento en el que manifestó una causa extraña que le impedía cumplir con el objeto contratado.

3) La decisión de primera instancia pasó por alto la asignación de riesgos estipulada en la cláusula 12 del contrato, en virtud de la cual el concesionario asumía tanto los efectos favorables como los desfavorables que los eventos de fuerza mayor y caso fortuito tuviesen sobre la ejecución del negocio jurídico.

4) Si bien el municipio se obligó a otorgar cuatro mil (4.000) cupos o su respectiva remuneración, la Fundación Educativa El Taller de Los Niños debía procurar que tales cupos fueran eficaces lo cual implicaba el deber de información a la comunidad, pero, ello no fue así, ya que la concesionaria decidió, abruptamente, suspender el contrato, de manera tal que incumplió el deber de colaboración e infringió la buena fe objetiva.

5) De otra parte, en el presente asunto el municipio dejó de cumplir sus obligaciones en el momento en que la contratista decidió interrumpir la ejecución del mismo, razón por la cual, se insiste en la excepción de contrato no cumplido, según la cual, la entidad contratante estaba legitimada para no ejecutar sus obligaciones siempre

y cuando, en este caso, la concesionaria diera cabal cumplimiento a sus obligaciones propias.

6) Por último, se opuso expresamente al reconocimiento de los intereses moratorios determinado en el ordinal sexto de la parte resolutive de la decisión objeto de apelación, pues no resulta coherente que su causación surja a partir de la ejecutoria de la sentencia y no de la providencia que liquide la condena en abstracto.

## **7. Actuación surtida en segunda instancia**

1) Por auto de 7 de julio de 2023 se admitió el recurso de apelación (índice no. 13 SAMAI).

2) Posteriormente, el 21 de 13 de octubre de 2023 se notificó al Ministerio Público del auto admisorio (índice no. 16 SAMAI) y, en los términos del numeral 5 del artículo 247 del CPACA se le informó que no había solicitud ni decreto de pruebas en segunda instancia y se corrió traslado para emitir el respectivo concepto (índice no. 19 SAMAI).

3) En dicho término las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (índice no. 21 SAMAI).

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero<sup>2</sup>: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones y, 4) condena en costas y agencias en derecho.

---

<sup>2</sup> La demanda fue formulada dentro de la oportunidad que tenía para ello ya que, el contrato no. 0768 de 2010 fue suscrito el 1° de septiembre de 2010 con un plazo de veinte (20) años, sin que en modo alguno las partes de mutuo acuerdo hubieran convenido una terminación anticipada o la entidad contratante en forma unilateral lo hubiera declarado, la demanda fue presentada el 16 de junio de 2014, es decir, dentro del término que tenía para ello.

## 1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El objeto de la controversia planteada se centra en la discusión acerca del supuesto incumplimiento del municipio de Bello (Antioquia) de la obligación de pago del contrato de concesión no. 0768 de 2010 celebrado con la Fundación Educativa El Taller de Los Niños por el hecho de no haber asignado los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles a los que se había comprometido, así como también, por no sufragar el valor equivalente de los mismos, circunstancia que conllevó al desequilibrio económico del contrato en cabeza del contratista.

El Tribunal Administrativo de Antioquia concedió parcialmente las súplicas de la demanda en el sentido de declarar el incumplimiento del municipio de Bello en la ejecución del contrato de concesión no. 0768 de 2010, la terminación de dicho negocio jurídico y condenó en abstracto al municipio de Bello a pagar las sumas que por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente resultaran del trámite incidental que se propusiera por la parte actora.

En el presente caso, la entidad demandada se opuso a la sentencia de primera instancia e insistió en la declaración de nulidad absoluta del contrato de concesión no. 768 de 2010 por el hecho de que fue suscrito sin contar previamente con el correspondiente registro presupuestal, circunstancia que acredita la configuración de la violación del principio de planeación.

Solicitó un análisis expreso de la cláusula décima del contrato de concesión objeto de análisis, puesto que la contraprestación en favor del concesionario *“es la continua y eficiente prestación del servicio en la institución educativa por cuenta y riesgo del concesionario durante la duración del contrato”* (fl. 1014 vlto. cdno. ppal.) y, en el presente asunto, el concesionario suspendió la ejecución del contrato por cuenta de una causa extraña que le impedía cumplir con el objeto contratado, razón por la cual insiste en la excepción de contrato no cumplido.

Por último, se opuso expresamente al reconocimiento de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia objeto de apelación y no a partir la providencia que liquide la condena en abstracto impuesta.



La Sala modificará el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de establecer que las cantidades líquidas reconocidas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la providencia que así las liquide y confirmará en lo demás la decisión.

## 2. Análisis de la impugnación

### 2.1 Aspectos preliminares

En primer lugar, procede la Sala a resolver sobre la insistencia en la petición de nulidad absoluta del contrato, circunstancia que de ser comprobada haría inane el pronunciamiento de los demás aspectos puestas en consideración con el recurso de apelación objeto de análisis<sup>3</sup>.

La entidad demandada solicita la declaración de nulidad absoluta del contrato de concesión no. 768 de 2010 por el hecho de haber sido suscrito sin contar con el *registro presupuestal* en contravía con el principio de planeación, punto sobre el cual se debe precisar lo siguiente:

a) El mencionado contrato de concesión no. 768 de 2010 en la cláusula 7, contentiva del valor del contrato, establece que este es indeterminado<sup>4</sup>.

b) En la cláusula 8 del mismo negocio jurídico las partes estipularon que “[e]l *concedente se compromete a asignar cuatro mil (4.000) cupos de cobertura educativa por 20 años o su correspondiente remuneración, con sujeción al tope máximo de los valores asignados por el Ministerio de Educación Nacional para que sean atendidos en la Institución Educativa por parte del concesionario, por cada año escolar, valores que serán cancelados con recursos del Sistema General de Participación (SGP) o con recursos propios (...)*” (fl. 38 cdno. no. 3).

---

<sup>3</sup> Al respecto, puede consultarse el artículo 187 del CPACA, norma cuyo texto es del siguiente tenor: **“ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** *La sentencia tiene que ser motivada. (...). En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la non reformatio in pejus (...).*” (mayúsculas fijas y negrillas del original).

<sup>4</sup> La cláusula 7 del contrato de concesión no. 768 de 2010, es del siguiente tenor: **“CLÁUSULA 7 – VALOR DEL CONTRATO:** *El presente contrato es de valor indeterminado.*” (fl. 38 cdno. no. 3 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

c) A su turno, la cláusula 10 del referido contrato determinó que *“la contraprestación a favor del concedente la constituye la continua y eficiente prestación del servicio en la Institución Educativa por cuenta y riesgo del concesionario durante todo el término de duración del contrato de concesión, a cambio de los derechos que adquiere por virtud de este contrato”* (fl. 38 *ibidem*).

d) En los términos en que las partes acordaron la remuneración del mencionado contrato de concesión no. 768 de 2010, es claro que el registro presupuestal y monto de este dependía del número de cupos que se debieran asignar con sujeción de los valores asignados por el Ministerio de Educación por cada año escolar, sin que en modo alguno se señalara o se estableciera en el texto de dicho negocio jurídico un trámite administrativo que hubiera adelantado la entidad contratante o debiera hacerlo para efectos de solicitar tales valores por parte de la Nación.

e) Sin perjuicio de lo anterior, advierte la Sala que la ausencia o falta de registro presupuestal es una carga de exclusivo resorte de la entidad contratante, en este caso, del municipio de Bello (Antioquia) y, constituye el respaldo de la existencia de los recursos necesarios para la ejecución del objeto contratado, de manera que tales dineros no puedan ser destinados para otras actividades, bienes, servicios u obligaciones de la administración, sin que ello en modo alguno constituya un elemento que afecte ni la existencia ni tampoco la validez o perfeccionamiento del contrato ya que, se trata de un deber y responsabilidad de los funcionarios que puede conducir al desconocimiento de las normas presupuestales y a la infracción de los postulados disciplinarios, por tanto las consecuencias del incumplimiento o inobservancia del deber legal afectan las conductas del servidor público concernido con el asunto pero no la validez del respectivo negocio jurídico.

Lo anterior, por cuanto, según las disposiciones del Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 111 de 1996), el registro presupuestal es tan solo una operación administrativa, consistente en anotar o consignar en el correspondiente libro anual de ejecución presupuestal una novedad atinente a la afectación de una determinada partida o rubro presupuestal por razón de una obligación previamente constituida, por consiguiente en modo alguno se trata de una actuación que determine ni la existencia ni mucho menos la validez de la obligación previamente contraída, como por ejemplo de carácter contractual.

f) En efecto, de acuerdo con lo dispuesto expresa y puntualmente en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993<sup>5</sup>, para la Sala es claro que los contratos estatales se perfeccionan cuando en ellos converjan los elementos esenciales que determinan su existencia, el acuerdo de voluntades se limita al objeto y la contraprestación, y siempre que conste por escrito el negocio jurídico existe, razón por la cual el contrato es ejecutable cuando se obtenga la aprobación de las garantías y el registro presupuestal.

Esta Corporación en un caso similar al presente<sup>6</sup>, aplicó la tesis reiterada en torno a la imposibilidad de configurar la nulidad de los negocios jurídicos por motivo de la ausencia del *registro presupuestal*<sup>7</sup>.

g) De acuerdo con lo anterior, es claro entonces que la ausencia de registro presupuestal no conlleva a la nulidad del contrato estatal, puede conducir a la acreditación de un incumplimiento en la obligación de pago e incluso a una posible infracción disciplinaria, pero, no a la nulidad del respectivo negocio jurídico, como equivocadamente lo pretende la entidad demandada.

h) En el presente asunto, la entidad demandada pasa por alto que en el texto del negocio jurídico objeto de demanda se estableció claramente que el monto del valor del mismo era indeterminado, así como también que los compromisos de pago estaban sujetos y dependían directamente “del tope máximo de los valores asignados por el Ministerio de Educación” (fl. 38 cdno. no. 3), aspectos estos que

---

<sup>5</sup> El texto de la norma en comento es como sigue: “**ARTÍCULO 41-** Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. (...)” (negritas y mayúsculas sostenidas del original).

<sup>6</sup> Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera – Subsección A del 6 de julio de 2022, expediente 47001-23-31-000-2011-00037-01 (54.711), MP José Roberto Sáchica Méndez.

<sup>7</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otras las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Tercera: *i*) del 28 de septiembre de 2006, expediente 15307, MP Ramiro Saavedra Becerra; *ii*) del 30 de julio de 2008, expediente 23.003, MP Mauricio Fajardo Gómez; *iii*) del 28 de febrero de 2013, expediente 22.892, MP Carlos Alberto Zambrano Barrera; *iv*) del 12 de agosto de 2014, expediente 28565, MP Enrique Gil Botero; *v*) del 9 de octubre de 2014, expediente 31382, MP Stella Conto Díaz del Castillo; *vi*) del 12 de noviembre de 2014, expediente 73001233100020030066701 (34.324), MP Hernán Andrade Rincón (E); *vii*) 29 de enero de 2014, expediente 88001-23-31-000-2002-00125-01 (27.263), MP Carlos Alberto Zambrano Barrera, y *viii*) del 27 de mayo de 2015, expediente 50001-23-31-000-2008-00031- 01 (38600), MP Hernán Andrade Rincón (E).

nada tienen que ver con el registro presupuestal indispensable para suscripción del negocio jurídico, como erradamente lo propone aquella con el recurso de apelación.

i) En ese sentido, ante la falta de prosperidad de la petición de nulidad absoluta del contrato de concesión no. 768 de 2010 por el hecho de no contar con registro presupuestal ya que, se insiste, se trata de un requisito para la ejecución del negocio jurídico, más no de validez ni de perfeccionamiento, se desestima tal planteamiento y solicitud por ausencia de mérito.

## **2.2 Hechos probados**

Examinadas las pruebas allegadas al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para la adopción de la decisión:

1) El 12 de febrero de 2009, el secretario de educación para la cultura del municipio de Bello (Antioquia) certificó que debido a la insuficiencia de cupos escolares en el sector oficial las comunas que requerían mayor cobertura y cantidad de cupos escolares a atender eran los números 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y zona rural (fl. 584 cdno. no. 3).

2) El 5 de abril de 2010, mediante la Resolución no. 787 el municipio de Bello adjudicó la licitación pública no. 01 de 2010 con el objeto de otorgar un contrato de concesión para la prestación del servicio de cobertura educativa en el colegio que se construya por particulares en las comunas números 6 y 7, con reversión al municipio (fls. 106 y 107 *ibidem*).

3) El 1° de septiembre de 2010, el municipio de Bello y la Fundación El Taller de Los Niños suscribieron el contrato de concesión no. 768 cuyo objeto consistía en *“otorgar por parte del concedente y a favor del concesionario la concesión para la prestación del servicio de cobertura educativa en colegio que se construya por particulares en las comunas número seis (6) y siete (7), con reversión a favor del municipio de Bello, actividades que el concesionario deberá desarrollar por su cuenta y riesgo en el inmueble que para el efecto construya, previa individualización e identificación que de este se haga”* (fls. 36 y 37 cdno. no. 3), con valor indeterminado y en un plazo de veinte (20) años.

4) El 6 de septiembre de 2010, el director operativo de cartera y secretario del Comité de Crédito del Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) certificó que *“el contrato de concesión número 768 de 2010, cuyo objeto es la concesión para la prestación del servicio de cobertura educativa, por un término de 20 años, suscrito entre el MUNICIPIO DE BELLO Y LA FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS, hace parte de la garantía de los créditos aprobados y desembolsados por el IDEA a la FUNDACIÓN EDUCATIVA EL TALLER DE LOS NIÑOS”* (fl. 110 *ibidem* – mayúsculas del original).

5) El 28 de septiembre de 2010, el municipio de Bello a través de la secretaria de educación, junto con la interventoría del contrato, aprobaron los diseños de la institución educativa El Taller de Los Niños (fls. 111 y 112 cdno. no. 3).

6) El 1° de octubre de 2010, las partes suscribieron el acta de terminación de la etapa previa (fls. 113 y 114 *ibidem*).

7) El 4 de octubre de 2010, las partes suscribieron el acta de inicio de la etapa de construcción (fl. 115 cdno. no. 3).

8) El 14 de octubre de 2010, la Fundación El Taller de Los Niños y el IDEA suscribieron el contrato de empréstito no. 0147 con el objeto de destinar la suma de dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500'000.000) en la construcción y dotación de la sede educativa, y como garantía para el pago del mismo la Fundación El Taller de Los Niños pignoró los derechos económicos del contrato de concesión no. 768 de 2010 (fls. 116 a 123 *ibidem*).

9) El 14 de marzo de 2011, con presencia del personal de la secretaria de educación del municipio de Bello se llevó a cabo una visita técnica en la Institución Educativa San Elías construida por el Fundación El Taller de Los Niños en cumplimiento del citado contrato de concesión no. 768 de 2010, documento en el que se consignó a modo de conclusiones lo siguiente:

*“La institución cumple con los índices de ocupación y construcción sin ningún problema, y dado que estos todavía se encuentran en un nivel y el índice de construcción es bajo, puede plantearse la dotación nuevos espacios, como zona de parques de vehículos, placa deportiva, etc.*

*La institución cumple con el área mínima por estudiante.*

*La institución puede albergar aún más estudiantes pues tiene capacidad para 1600 alumnos por jornada.*

*La institución cumple con el número de 1 unidad sanitaria por 25 estudiantes” (fls. 138 a 140 cdno. no. 3).*

10) El 4 de abril de 2011, la Fundación El Taller de los Niños comunicó al alcalde del municipio de Bello que para el año 2010 la operación de la Institución Educativa San Elías arrojó un déficit de doscientos millones de pesos (\$200'000.000), tanto por el pago de los intereses del contrato de empréstito suscrito con el IDEA para el financiamiento de la ejecución del contrato de concesión no. 768 de 2010, como por los gastos del inicio del programa de inteligencia emocional para la atención de los estudiantes y formación docente, recursos que eran indispensables para la continuación de la ejecución de la cobertura educativa en el municipio.

Adicionalmente, le solicitó al alcalde del municipio de Bello que, en el momento en que no se pueda cumplir con los cupos educativos, procediera con la compensación en dinero y/o tiempo de ejecución adicional para no desestabilizar económicamente el contrato (fls. 141 a 147 *ibidem*).

11) El 8 de abril de 2011, el curador urbano primero del municipio de Bello mediante la Resolución no. C1L-376-2011 otorgó licencia de construcción en la modalidad de obra nueva para la construcción de la Institución Educativa San Elías a la Fundación El Taller de Los Niños (fls. 151 a 153 cdno. no. 3).

12) El 12 de abril de 2011, la Fundación El Taller de Los Niños a través del oficio con radicación no. 7772 solicitó al alcalde del municipio de Bello el cumplimiento de lo pactado con el contrato de concesión no. 768 de 2010, en el sentido de asignar los cupos de cobertura educativa o trasladar los asignados por el Ministerio de Educación para que fueran atendidos en la institución educativa por parte del concesionario (fls. 160 a 165 *ibidem*).

13) El 25 de abril de 2011, las partes suscribieron al acta de terminación de la etapa de construcción, documento en el que se constató y registró lo siguiente:

*“El concesionario presentó licencia de construcción (...).*

*El municipio realizó revisión periódica de la ejecución del proyecto y el cumplimiento del plan de inversión propuesto por el concesionario.*

*Se verifica que el concesionario ha dotado la totalidad de las aulas de clase propuestas en el proyecto.*

*El concesionario ha cumplido con los cronogramas y obras que se incluyen en el plan de inversión.*

*Las obras se han desarrollado con suficiente personal, equipo y seguridad industrial necesarios para las actividades desarrolladas en la construcción.*

*El concesionario entregó al municipio los ensayos de los materiales utilizados en obra previa revisión de la interventoría interna del proyecto de construcción.*

*La interventoría de la construcción presentó informe bimensual detallado de las actividades realizadas en obra, con el respectivo registro fotográfico y evidencias de ejecución del mismo.*

*El concesionario conoce su obligación de mantener en buen estado la construcción y el municipio verificará periódicamente que se cumpla con el mantenimiento de las mismas” (fls. 351 y 352 cdno. no. 3).*

14) El 26 de abril de 2011, las partes suscribieron el acta de inicio de la etapa de explotación (fl. 353 *ibidem*).

15) El 27 de abril de 2011, el municipio de Bello por conducto del secretario de educación mediante el oficio con radicación no. SAC 19667, en respuesta de la petición presentada por la concesionaria, determinó que era imposible conceder el traslado de estudiantes por existir expresa prohibición (fls. 349 y 350 cdno. no. 3).

16) El 20 de septiembre de 2011, el IDEA a través de la dirección operativa de cartera requirió a la secretaria de educación del municipio de Bello para que remitiera el programa de pagos de los cuatro mil cupos (4.000) estudiantiles correspondientes al año 2012 del contrato de concesión no. 768 de 2010, debido a que el referido negocio jurídico era la fuente de pago directa para cubrir la deuda adquirida con el IDEA (fl. 369 *ibidem*).

17) El 27 de septiembre de 2011, las Secretarías de Educación y Hacienda del Municipio de Bello (Antioquia) en respuesta al requerimiento realizado por el IDEA informaron que a partir del año 2012 se daría cumplimiento al contrato de concesión

no. 768 de 2010, así como también al pago de la cobertura educativa a partir del mes de marzo de 2012 en un 30% del valor total y “*el restante será pagado en cuotas mensuales hasta el cumplimiento del valor del contrato*” (fl. 370 cdno. no. 3).

18) El 3 de octubre de 2011, mediante la Resolución no. 1291 la Secretaría de Educación del Municipio de Bello autorizó a la Institución Educativa San Elías realizar el cobro de las tarifas anuales de matrícula y pensión dentro del régimen “*Libertad Regulada*” (fls. 371 a 372 vlto. *ibidem*).

19) El 23 de noviembre de 2011, la interventoría del contrato de concesión no. 768 de 2010 evidenció el cumplimiento del 100% de las obligaciones adquiridas por el concesionario (fls. 374 a 378 cdno. no. 3).

20) El 8 de febrero de 2012, la Fundación El Taller de Los Niños requirió al municipio de Bello el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la suscripción del contrato de concesión no. 768 de 2010 e informó que sin el pago de las cuentas radicadas en diciembre de 2011 y febrero de 2012 se vería obligada a solicitar al Ministerio de Educación autorización para la suspensión de las labores académicas (fls. 395 a 403 *ibidem*).

21) El 13 de marzo de 2012, a través de la Resolución no. 20120623 el secretario de educación del municipio de Bello reconoció y ordenó el pago de mil quinientos millones de pesos (\$1.500'000.000) a la Fundación El Taller de Los Niños en atención a que con la suscripción del contrato de concesión no. 768 de 2010 el municipio se había comprometido a la asignación de cuatro mil (4.000) cupos de cobertura educativa por veinte (20) años o su correspondiente remuneración (fls. 404 a 406 cdno. no. 3).

22) En los meses de abril y mayo del año 2012, la interventoría del contrato de concesión no. 768 de 2010 evidenció el cumplimiento del 100% de las obligaciones adquiridas por el concesionario (fls. 407 a 410 y 411 a 414 *ibidem*).

23) El 6 de junio de 2012, la Fundación El Taller de Los Niños presentó al municipio de Bello una solicitud de arreglo directo por medio de que no había podido obtener el pago de la remuneración del periodo correspondiente al año 2011, así como



tampoco el pago oportuno de las cuentas presentadas en el año 2012, documento en el que se presentó como fórmula para un arreglo directo lo siguiente:

*“a) Acordar la cancelación de los dineros adeudados correspondientes a la vigencia del contrato por el año 2011 no cancelados y que suma **CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTE MILLONES (\$4.820.000.000)**.*

*b) Acordar los pagos pendientes y los pagos por venir correspondientes a la vigencia del año 2012, que a la fecha están pendientes por pago una suma cercana a **TRES MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$3.800.000.000)**.*

*c) Negociar a favor del municipio las instalaciones locativas del COLEGIO SAN ELÍAS, más su correspondiente inmobiliario y bienes accesorios, para lo cual se acordará un valor entre las partes o forma de evaluarlo.*

*d) Ceder el contrato de concesión a favor del municipio para lo cual se requiere llegar a una fórmula de terminación del contrato con su correspondiente indemnización.*

*e) Acordar la cesión de la deuda al IDEA”. (fls. 418 a 419 cdno. no. 3 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).*

24) El 3 de agosto de 2012, con radicación no. 0201217732, la Fundación El Taller de Los Niños pidió al municipio de Bello la suspensión unilateral del contrato de concesión no. 768 de 2010 con apoyo en lo dispuesto en la cláusula 50 del referido negocio jurídico, *“por cuanto mientras no sean provistos los recursos por parte del municipio, se impide total y absolutamente la operación de LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN ELÍAS, además del cumplimiento de las obligaciones que se tienen contraídas con EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA “IDEA””* (fls. 420 a 421 *ibidem* – mayúsculas sostenidas del original).

En ese contexto, según lo acreditado en el expediente, procede la Sala a resolver el problema jurídico consistente en determinar si la obligación del municipio de Bello (Antioquia) de otorgar cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o su respectiva remuneración, hacía parte de los riesgos asumidos por el concesionario por el hecho de comprometerse a ejecutar el objeto contratado por su cuenta y riesgo.

Adicionalmente, se determinará si con las pruebas que conforman el expediente está acreditado el incumplimiento de las obligaciones a las que se comprometió el concesionario por el hecho de suspender la ejecución del contrato de concesión no. 768 de 2010 y, si resulta o no procedente y fundado el reconocimiento de intereses

moratorios y, consecuentemente, si es o no coherente establecer que los intereses se comienzan a causar desde la ejecutoria de la sentencia de primera instancia porque la condena fue en abstracto o, si aquellos se causan a partir de la ejecutoria de la decisión del respectivo incidente de liquidación.

## **2.3 Análisis específico de la impugnación**

### **2.3.1 La obligación de remuneración**

Para proceder con la determinación del cumplimiento o no del contrato no. 768 de 2010 es preciso partir del examen de los elementos que conforman el contenido y alcance del objeto, las obligaciones y la forma de pago del contrato como se explica a continuación:

1) El pliego de condiciones para la licitación pública no. 01 de 2010, en los acápite correspondientes al presupuesto y a la retribución del proyecto expresamente estipuló lo siguiente:

#### **“1.3 PRESUPUESTO**

*Por tratarse de una licitación por el sistema de concesión, en donde el concesionario se obliga por su cuenta y riesgo a aportar la infraestructura requerida y desarrollar a todo costo las labores necesarias para tal operación, la Administración Municipal, Secretaría de Educación para la Cultura, garantizará al concesionario la prestación del servicio de cobertura educativa durante el tiempo que dure la concesión en la institución educativa que se construya en las comunas 6 y 7, con reversión al Municipio de Bello, hasta un cupo mínimo de 4000 alumnos, para lo cual reconocerá, como asignación la que defina el Gobierno Nacional, en la correspondiente tipología por alumno atendido y por calidad educativa, financiados total o parcialmente con los recursos recibidos por transferencias con destinación específica del sistema general de participaciones, con recursos propios u otros que puedan concurrir o en su defecto cualquiera otra modalidad de contraprestación que se acuerde diferente, en consideración a los alumnos que sean atendidos por el concesionario, acorde a lo señalado en el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el Decreto Nacional no. 2355 de 24 de junio de 2009.*

(...).

#### **4.1. RETRIBUCIÓN**

*El proponente indicará el porcentaje único que recibirá como retribución por los servicios prestados expresado como un porcentaje fijo del total de los Alumnos atendidos durante la ejecución del contrato de concesión.*

(...).

**El municipio de Bello Secretaría de Educación garantizará como mínimo 4000 alumnos, de no llegar a este tope, deberá garantizarse con otros servicios de acuerdo a las necesidades de la Secretaría de Educación.**

*En la preparación de la oferta, el proponente deberá tener en cuenta todos los impuestos, derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, los cuales se entenderán incluidos en el valor total de la oferta (...)" (fls. 221 y 236 cdno. no. 3 – mayúsculas sostenidas y negrillas adicionales).*

2) A su turno, en la respectiva propuesta económica presentada por la Fundación El Taller de Los Niños al municipio de Bello se consolidó así:

***“Los resultados sobre la viabilidad económica y financiera del proyecto en cuanto a las cifras arrojadas en la TASA INTERNA DE RETORNO y del VALOR PRESENTE NETO se presentaran a continuación, siempre y cuando los ingresos por cobertura Educativa se den por 20 años, para un número de estudiantes mínimo de 4.000 y que las variables macroeconómicas, expectativas de crecimiento en costos y gastos de operación se den de acuerdo a lo contemplado en la evaluación, de pronto bajo otras consideraciones que generen cambios significativos no será posible la recuperación de la totalidad de la inversión prevista.***

(...).

<b>EVALUACIÓN FINANCIERA DEL PROYECTO INICIAL</b>	
<b>FLUJO DE CAJA LIBRE DEL PROYECTO</b>	<b>INVERSIÓN INICIAL</b>
<i>Periodos considerados (semestres)</i>	40
<i>Inversión de la propuesta en pliegos</i>	\$7.588.612*
<i>Valor presente neto del proyecto (VPN)</i>	\$2.113*
<i>Tasa interna del proyecto (TIR) semestral</i>	7.2%
<i>Tasa interna del proyecto (TIR) anual</i>	14.9%

<b>EVALUACIÓN FINANCIERA DEL PROYECTO PROPUESTO</b>	
<b>FLUJO DE CAJA LIBRE DEL PROYECTO</b>	<b>INVERSIÓN INICIAL</b>
<i>Periodos considerados (semestres)</i>	40
<i>Inversión de la propuesta en pliegos</i>	\$8.605.037 <sup>8</sup>
<i>Valor presente neto del proyecto (VPN)</i>	\$1.553 <sup>9</sup>
<i>Tasa interna del proyecto (TIR) semestral</i>	7.1%
<i>Tasa interna del proyecto (TIR) anual</i>	14.7%

(...).

<sup>8</sup> Los valores de la tabla trascrita están expresados en miles de millones de pesos.

<sup>9</sup> *Ibidem.*

*Como puede apreciarse los resultados arrojados en la Evaluación Económica y Financiera del Proyecto de Inversión, el proyecto llega exactamente a su punto de equilibrio en un horizonte de 20 años, es cuando la inversión en su proceso de las condiciones de reversión del activo logra recuperarse vía generación de caja libre y es por lo tanto que la factibilidad para los inversionistas se asegura siempre y cuando se garantice unos ingresos mediante la celebración de un contrato por cobertura educativa bajo ese lapso de tiempo.*

*La tasa interna del proyecto del 14,9% se hace igual al costo de capital o tasa de descuento siempre y cuando se garantice un horizonte de veinte años, un contrato de cobertura educativa que garantice los ingresos futuros y unas condiciones de gestión gerencial adecuadas<sup>10</sup>.*

### **RESUMEN DE LA PROPUESTA ECONÓMICA**

*En resumen nuestra propuesta mejora sustancialmente la propuesta del municipio, ya que el área construida ajustándola a los requerimientos exigidos por el Ministerio de Educación nacional para ambientes escolares ya que pasamos de 4306 m2 construidos a 5557 m2, la inversión del proyecto del municipio la mejoramos en su construcción inicial ya que pasamos de \$3.600.000.000 propuestos a \$4.706.000.000 en el proyecto de la fundación, la inversión final durante todo el proyecto la mejoramos ya que pasamos de una inversión propuesta de \$7.588.612.000 a \$8.605.037.000 y mantenemos la TIR del proyecto ya que el propuesto era de 14,7% y lo mantenemos en el 14,9%” (fl. 286 cdno. no. 3 – negrillas y mayúsculas sostenidas del original).*

3) El contrato de concesión no. 768 de 2010 suscrito entre el municipio de Bello y la Fundación El Taller de Los Niños se compone de tres (3) etapas, *una previa* de duración máxima de seis (6) meses<sup>11</sup>; *una de construcción*, de extensión máxima

<sup>10</sup> Adicionalmente, en el acápite de la conclusión a la propuesta presentada por la Fundación El Taller de Los Niños, esta indicó que “[c]omo la administración municipal no tendrá que invertir ningún recurso, el éxito para el desarrollo del proyecto es la garantía de poder contar con los 4000 cupos fijos durante la ejecución del mismo, o sea 20 años y revertir el inmueble al municipio con sus dotaciones” (fl. 263 cdno. no. 3).

<sup>11</sup> De acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas 22 y 24 del referido contrato de concesión, la etapa previa “[e]s la etapa no operativa de ejecución contractual en la que el concesionario debe ejecutar todos los actos preparatorios para iniciar la ejecución de las obligaciones previstas en la Etapa de Construcción. Sin perjuicio de lo anterior, durante la Etapa Previa las partes deben cumplir con todas las obligaciones que, sin encontrarse contenidas en el presente capítulo, resulten aplicable de acuerdo con los términos establecidos en el presente contrato” y, se compone de la siguientes actividades: “24.1 CONSECUCIÓN DEL PREDIO: El concesionario garantizará que cuenta con un inmueble adecuado para la ejecución de las labores correspondientes a la Etapa Previa y para la Construcción de la Institución Educativa (...) 24.2 SOLICITUD DE LA LICENCIA O LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN (...) 24.3 APROBACIÓN DEL DISEÑO POR PARTE DEL CONCEDENTE (...)” (fls. 44 y 45 cdno. no. 3 – mayúsculas sostenidas del original).

de seis (6) meses<sup>12</sup> y la de explotación cuyo plazo es de veinte (20) años; las primeras dos (2) etapas no se contabilizan dentro del plazo de la concesión y son denominadas no operativas<sup>13</sup>.

4) Complementariamente, en los términos de la cláusula 31 del contrato objeto de análisis, una vez se suscribiera el acta de verificación del cumplimiento de las actividades correspondientes de la etapa de construcción, requisito para la suscripción del acta de finalización de la etapa de construcción, era posible la formalización del acta de inicio de la etapa de explotación.

5) Según las pruebas del proceso, el 9 de abril de 2011 entre el interventor y el contratista se suscribió el acta de verificación de cumplimiento de la etapa de construcción, documento en el que se dejó constancia de la ejecución de todas las actividades del plan de inversión de dicha fase (fls. 155 y 156 cdno. no. 3), circunstancia por la cual el 26 de abril de 2011 se suscribió el acta de inicio de la etapa de explotación (fl. 353 *ibidem*).

Las actividades adelantadas en la etapa preoperativa y de construcción, de acuerdo con la información inicial del proyecto, consistieron en la adquisición del terreno, la construcción del colegio, la dotación de las instalaciones de la institución y los costos de capital de trabajo, labores que sin contar las inversiones durante la ejecución del proyecto pueden estar cerca de la suma de \$6.629.000.000<sup>14</sup>, pues existe una diferencia entre el valor del proyecto y el valor de la oferta seleccionada

---

<sup>12</sup> La cláusula 25 del contrato de concesión no. 768 de 2010 dispone expresamente lo siguiente: **“CLÁUSULA 25.- ALCANCE DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN:** Es la etapa no operativa de ejecución contractual, es decir, cuya duración no se encuentra incluida dentro del plazo de la concesión, en la que el Concesionario debe ejecutar las actividades del Plan de Inversión y que corresponden a la ejecución de las obras, incluyendo, sin limitación, la adecuación del terreno previa a la construcción, suministros, montajes y preinstalaciones que se describen de manera expresa en los pliegos de condiciones y en la oferta del presente contrato de concesión” (fl. 45 cdno. no. 3 - mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

<sup>13</sup> De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 21 del contrato de concesión no. 768 de 2010: **“CLÁUSULA 21.- ETAPAS DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO:** Para efectos de la ejecución o, su desarrollo se encuentra dividido en tres (3) etapas diferentes así: (i) Etapa Previa; (ii) Etapa de Construcción; y (iii) Etapa de Explotación. De las tres etapas, las dos primeras, es decir, la Eta Previa y la Etapa de Construcción, se consideran como Etapas no operativas, es decir, no incluidas dentro del plazo de la concesión” (fl. 44 cdno. no. 3 - mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

<sup>14</sup> El valor al que se hacer referencia se extrae de la información presentada en la oferta de la Fundación El Taller de Los Niños, concretamente, con el detalle del acápite correspondiente al valor del proyecto “[e]l costo total del proyecto es de \$7.897.000.000, donde la construcción del colegio cuesta \$3.600.000.000, el terreno cuesta \$1.200.000.000, las dotaciones, muebles y enseres, software, maquinaria y equipo \$1.356.000.000, los preoperativos cuestan \$113.500.000, las inversiones durante la ejecución del proyecto cuestan \$1.268.000.000 y el capital de trabajo es de \$360.800.000.” (fl. 259 cdno. no. 3).

de \$708'037.000<sup>15</sup> (el valor del proyecto era de \$7.897.000.000<sup>16</sup> mientras que el de la oferta fue de \$8.605'037.000<sup>17</sup>).

6) Suscrita como fue el acta de inicio de la etapa de explotación, surgió la obligación del municipio de realizar la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o el pago del valor que a ello correspondiera, pues, para ese momento, se insiste en que el concesionario ya había ejecutado todas las actividades del plan de inversión<sup>18</sup> y solo le restaba el cumplimiento de la operación de la institución educativa San Elías, denominada *etapa de explotación* por un periodo de veinte (20) años para luego adelantar la reversión de la infraestructura afectada al servicio de educación en favor del municipio de Bello<sup>19</sup>.

En este preciso punto de análisis es indispensable señalar que, de acuerdo con el contrato de concesión no. 768 de 2010 la inversión completa a cargo de la Fundación El Taller de Los Niños se efectuaba con el avance de las etapas preoperativa y de construcción, antes de que se diera paso a la ejecución del contrato que correspondía al inicio de la etapa de explotación, luego, los veinte (20) años de plazo del referido contrato correspondían al periodo de tiempo en el que el concesionario retribuía la totalidad de la inversión realizada y se lucraba de tales actividades a una tasa interna de retorno del 14,9%.

---

<sup>15</sup> Valor extraído de la información visible en el folio 259 del cuaderno no. 3.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Valor extraído de la información visible en el folio 259 del cuaderno no. 3.

<sup>18</sup> La cláusula 31 señala lo siguiente: "**CLÁUSULA 31.- SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE INICIO DE LA ETAPA DE EXPLOTACIÓN:** Tan pronto se suscriba el Acta de Verificación correspondiente a todas las actividades del Plan de Inversión de la etapa de construcción, se cuente con el personal necesario para la operación y mantenimiento de la Institución Educativa y se encuentre copada en un cien (100%) la asignación de cuatro mil (4.000) cupos, el concesionario, el Concedente y el Interventor deberán suscribir el Acta de Inicio de la Etapa de Explotación y, para todos los efectos de este Contrato, se dará el cambio de Etapa. Si las actividades del Plan de Inversión culminan antes de cumplirse el plazo estimado para la Etapa de Construcción, se procederá a suscribir el Acta de Inicio de la Etapa de Explotación y a cambiar la Etapa sin que este hecho implique una disminución del plazo de la concesión, el cual no podrá contarse antes del primer día del inicio del calendario académico en que comience a prestar servicios la institución." (fl. 48 y 49 *ibidem* – mayúsculas y negrillas sostenidas).

<sup>19</sup> En los términos de la cláusula 51 del contrato de concesión no. 768 de 2010 "[u]na vez finalizado el término de ejecución de la concesión de acuerdo con lo dispuesto en el presente contrato, nace para el concesionario la obligación de proceder con la reversión y restitución de la institución educativa, así como de los bienes que la conformaban al momento de la entrega por parte del concedente y de todas las obras y todos aquellos bienes muebles e inmuebles incorporados a la concesión por el concesionario y que el concesionario tenga afectos a su operación, mantenimiento y explotación" (fl. 57 cdno. no. 3).

7) En concordancia con lo anterior, en el inciso segundo de la cláusula 8 del contrato de concesión no. 768 de 2010 las partes pactaron expresamente que “[e]l *concedente se compromete a asignar cuatro mil (4.000) cupos de cobertura educativa por 20 años o su correspondiente remuneración, con sujeción al tope máximo de los valores asignados por el Ministerio de Educación Nacional para que sean atendidos en la institución educativa por parte del concesionario, por cada año escolar, valores que serán cancelados con recursos del Sistema General de Participación (SGP) o con recursos propios*” (fl. 38 *ibidem*).

8) Complementariamente, en el inciso tercero de la cláusula 8 del referido negocio jurídico se estipuló que “[e]l *concesionario entiende y acepta incondicionalmente que el monto de su remuneración remunera y retribuye íntegramente las obligaciones y los riesgos por él asumidos con ocasión del presente contrato de concesión y que la concesión no contempla o requiere de aportes, pagos o compensaciones adicionales por parte del concedente y a favor del concesionario*” (*ibidem*).

9) En consonancia con lo antes expresado, en la cláusula 10 del contrato de concesión no. 768 de 2010 prevé que la contraprestación en favor del concesionario “*la constituye la continua y eficiente prestación del servicio en la institución educativa por cuenta y riesgo del concesionario durante todo el término de educación del contrato*” (fl. 38 *ibidem*).

10) En ese contexto, la cláusula 12 del contrato de concesión no. 768 de 2010 relaciona, expresa y puntualmente, los efectos favorables o desfavorables de los riesgos que asume el concesionario con ocasión de la suscripción del negocio jurídico objeto de análisis, así:

- a) Financiación con la que deberá contar el concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones.
- b) Alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de los cambios en las variables del mercado.
- c) Cambios en la normatividad aplicable al caso.

- d) Alteración de los precios de los insumos, equipos, materiales, mano de obra, etc.
  - e) Cambio en el cronograma de obra.
  - f) Mantenimiento de las obras, en cuanto a que los costos de la operación y el mantenimiento resulten mayores a los proyectados por el concesionario al momento de presentar la propuesta.
  - g) Cambios regulatorios, administrativos, legales o constitucionales.
  - h) Obtención de permisos y licencias requeridos.
  - i) Eventos asegurables de fuerza mayor y caso fortuito sobre la ejecución del contrato.
  - j) Daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por terceros.
- 11) Del análisis de los apartes del contrato de concesión no. 768 de 2010 a los que se ha hecho referencia, se advierte que una cosa es la remuneración del concesionario y, otra, muy distinta, el valor del negocio jurídico.

Desde el pliego de condiciones, el municipio de Bello fue claro en establecer como obligación propia la asignación y reconocimiento de mínimo cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o su equivalencia en dinero para la ejecución del contrato de concesión, sin que en modo alguno se determinara una obligación en cabeza del concesionario tendiente a condicionar y supeditar dicho cumplimiento con resultados de otra índole, como por ejemplo la captación de mayor número de alumnos que llegasen a matricularse como resultado de la información entregada a la comunidad, pues, se insiste, para el momento en que surgía la obligación del municipio, esto es, con la suscripción del acta de inicio de la etapa de explotación, la contratista ya había efectuado el cumplimiento del total del plan de inversiones, restando tan solo las actividades correspondientes a la ejecución de la concesión que se efectuarían dentro del plazo de los veinte (20) años del referido contrato.



12) Por lo tanto, de la propuesta económica presentada por la parte actora se desprende que los números del proyecto financiero se mantenían siempre y cuando se contara con mínimo 4.000 estudiantes durante el término de ejecución del contrato de concesión o su valor correspondiente, es decir, que sin perjuicio de que la comunidad no concurriera con el número mínimo de estudiantes matriculados, el funcionamiento de la institución se sustentaba con el cumplimiento de la obligación remunerativa asumida por el municipio de Bello.

13) La Sala advierte igualmente que, de la relación de los riesgos asumidos en cabeza del concesionario no hay ningún evento que releve al municipio de su compromiso de asignar, por cada año escolar, cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles durante el plazo de ejecución el contrato de concesión no. 768 de 2010 y, el hecho de que el concesionario asumiera la ejecución del objeto contratado por su cuenta y riesgo no implicaba que el municipio no debiera concurrir al cumplimiento de sus compromisos, pues, para que resultara materialmente posible la operación de la institución educativa construida con ocasión del contrato de concesión no. 768 de 2010 era necesario que el municipio garantizara el mínimo de cupos estudiantiles.

### **2.3.2 El cumplimiento de contrato de concesión por parte del concesionario**

En los términos del recurso de apelación formulado por parte del municipio de Bello (Antioquia), el concesionario incumplió con las obligaciones adquiridas con la suscripción del contrato de concesión no. 768 de 2010 por el hecho de haber suspendido la ejecución del contrato de concesión en forma unilateral.

Para resolver la cuestión puesta a consideración, es preciso hacer las siguientes consideraciones:

- 1) El municipio de Bello en el recurso de alzada insiste en la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, la suspensión de la ejecución del contrato de concesión fue adelantada en forma unilateral por parte de la contratista.
- 2) La excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil, aplicable al presente asunto por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de

1993<sup>20</sup>, dispone que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

3) La mencionada figura jurídica, si bien es propia de los contratos con régimen de derecho privado, esta Corporación ha determinado en decisiones reiteradas que dicha excepción es aplicable a los casos de ejecución de contratos estatales, siempre y cuando se cumpla con los siguientes supuestos: *i)* que se trate de un contrato bilateral o sinalagmático; *ii)* que se esté en presencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes; *iii)* que el incumplimiento de la entidad estatal sea grave, de tal magnitud, que el contratista esté en imposibilidad de concurrir al cumplimiento de las obligaciones que le son propias; *iv)* dicho incumplimiento sea la fuente o causa del incumplimiento del contratista y, *v)* que quien invoque la excepción demuestre el cumplimiento de tales obligaciones o por lo menos, se allane a cumplirlas<sup>21</sup>.

En atención a las condiciones que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido como requerimiento para que pueda predicarse la posibilidad de la configuración de la excepción de contrato no cumplido, para la Sala es claro que en el presente asunto está acreditado el hecho de que se trata de una discusión en relación con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el municipio de Bello con la suscripción del contrato de concesión no. 768 de 2010, esto es, en relación con la ejecución de un contrato bilateral.

---

<sup>20</sup> El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, prevé lo siguiente: “**ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.” (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

<sup>21</sup> Al respecto, pueden consultarse, entre otras las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado las de *i)* 11 de octubre de 2021, expediente no. 62.052, MP Alberto Montaña Plata; *ii)* 20 de septiembre de 2021, expediente no. 64.940, MP Nicolás Yepes Corrales; *iii)* 30 de enero de 2013, expediente no. 24.217, MP Danilo Rojas Betancoruth (E); *iv)* 11 de abril de 2012, expediente no. 17.511, MP Hernán Andrade Rincón; *v)* 19 de septiembre de 2002, expediente no. 12.726, MP Germán Rodríguez Villamizar; *vi)* 15 de marzo de 2001, expediente no. 13.415, MP Ricardo Hoyos Duque; *vii)* 14 de septiembre de 2000, expediente no. 13.530, MP Ricardo Hoyos Duque; *viii)* 17 de octubre de 1995, expediente no. 8790, MP Stella Conto Díaz del Castillo; *ix)* 21 de febrero de 1992, expediente no. 5857, MP Carlos Betancur Jaramillo y, *x)* 13 de abril de 1999, expediente no. 10.131, MP Ricardo Hoyos Duque.

4) De otra parte, la Fundación El Taller de los Niños, en condición de parte actora, pretende la declaración de incumplimiento del municipio de Bello en la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles, como consecuencia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo con dicha entidad territorial.

5) Al respecto, es necesario reiterar que el contrato de concesión no. 768 de 2010 se compone de tres (3) etapas, *una previa* de duración máxima de seis (6) meses, una segunda *de construcción* de extensión máxima de seis (6) meses y, *la de explotación* cuyo plazo es de veinte (20) años, las primeras dos (2) etapas no se contabilizan dentro del plazo de la concesión y son denominadas no operativas.

6) Ahora bien, en ese contexto fáctico y probatorio se advierte que en los términos de la cláusula 31 del referido contrato, una vez suscrita el acta de verificación de cumplimiento de las actividades correspondientes de la etapa de construcción, esto es, a la ejecución de las obligaciones a cargo de la Fundación El Taller de Los Niños correspondientes a la etapa preoperativa y de construcción, se procedía al inicio de la etapa de explotación, momento a partir del cual comenzaba el término de operación de veinte (20) del contrato de concesión y el municipio correlativamente debía concurrir a la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o el pago del valor económico correspondiente de reemplazo.

7) En este punto de análisis, es preciso anotar que las actividades del plan de inversión, de acuerdo con la información inicial del proyecto, consistieron en la adquisición del terreno, la construcción del colegio, la dotación de las instalaciones de la institución y los costos de capital de trabajo, labores que sin contar las inversiones durante la ejecución del proyecto pueden estar cerca de la suma de \$6.629.000.000<sup>22</sup>, pues, existe una diferencia entre el valor del proyecto y el valor de la oferta seleccionada de \$708'037.000 (el valor del proyecto era de \$7.897.000.000 mientras que el de la oferta fue de \$8.605'037.000), inversión que ocupa aproximadamente un 87% del total de la oferta presentada por la contratista,

---

<sup>22</sup> El valor al que se hace referencia se extrae de la información presentada en la oferta de la Fundación El Taller de Los Niños, concretamente, con el detalle del acápite correspondiente al valor del proyecto “[e]l costo total del proyecto es de \$7.897.000.000, donde la construcción del colegio cuesta \$3.600.000.000, el terreno cuesta \$1.200.000.000, las dotaciones, muebles y enseres, software, maquinaria y equipo \$1.356.000.000, los preoperativos cuestan \$113.500.000, las inversiones durante la ejecución del proyecto cuestan \$1.268.000.000 y el capital de trabajo es de \$360.800.000.” (fl. 259 cdno. no. 3).

circunstancia por la cual era indispensable el cumplimiento de la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o el pago del valor de los mismos, pues, para ese momento, el concesionario ya había ejecutado todas las actividades del plan de inversión y solo quedaba pendiente el cumplimiento de la operación de la institución educativa San Elías, denominada etapa de explotación, por un periodo de veinte (20) años, para luego adelantar la reversión de la infraestructura afectada al servicio de educación en favor del municipio de Bello<sup>23</sup>.

8) En relación con la posibilidad de suspensión de la ejecución del negocio jurídico, la cláusula 50 del contrato de concesión no. 768 de 2010 consagra expresamente lo siguiente:

**“CLÁUSULA 50.- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO:** Cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suspensión de la ejecución del contrato cuando quiera que concurran causas de fuerza mayor comprobada que impidan total y absolutamente la ejecución del contrato. Una vez solicitada la suspensión del contrato por cualquiera de las partes, la otra deberá dar respuesta dentro de los cinco (5) días siguientes, dando o no su consentimiento expreso, sin que dicho consentimiento pueda ser irrazonablemente negado. En caso de no haber acuerdo entre las partes, el asunto será dirimido por quien corresponda según las normas que para la solución de conflictos prevé el presente contrato” (fl. 57 cdno. no. 3 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

9) En ese marco de obligaciones, la Fundación El Taller de Los Niños, desde el 4 de abril de 2011 (fls. 141 a 147 cdno. no. 3) solicitó al municipio de Bello la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles para el debido funcionamiento de la institución educativa San Elías, en cuya comunicación la concesionaria recordó a la entidad territorial que tenía pendiente el pago de las cuotas del contrato de empréstito suscrito con el IDEA para la financiación de la construcción y dotación del colegio, actividad que ya había sido culminada y recibida a plena satisfacción por el municipio.

---

<sup>23</sup> En los términos de la cláusula 51 del contrato de concesión no. 768 de 2010 “[u]na vez finalizado el término de ejecución de la concesión de acuerdo con lo dispuesto en el presente contrato, nace para el concesionario la obligación de proceder con la reversión y restitución de la institución educativa, así como de los bienes que la conformaban al momento de la entrega por parte del concedente y de todas las obras y todos aquellos bienes muebles e inmuebles incorporados a la concesión por el concesionario y que el concesionario tenga afectos a su operación, mantenimiento y explotación” (fl. 57 cdno. no. 3).

10) En efecto, el 14 de octubre de 2010 y el 1° de marzo de 2011 la Fundación El Taller de Los Niños suscribió dos (2) contratos de empréstito números 147 y 0026 con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA), por un valor total de \$7.200'000.000, desembolso que debía ser invertido para la construcción y dotación de la sede educativa en un plazo de once (11) años cada uno (fls. 116 a 123 y 119 a 136 con. no. 3).

Las garantías de los mencionados contratos de empréstito se conformaban con el beneficio de los derechos fiduciarios de los cuales es titular la Fundación El Taller de Los Niños, en el fideicomiso *“las Araucarias, en la parte que corresponde al inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 001N-5209604 (sobre el cual se va a construir el colegio) lote denominado reserva no. 6 (...)”* y *“la pignoración de los derechos económicos del contrato de cobertura educativa no. 0768 firmado con el municipio de Bello”* (fls. 118 y 119 cdno. no. 3).

11) El 12 de abril de 2011, la concesionaria, a través de un derecho de petición dirigido al alcalde del municipio de Bello puso en consideración la solicitud de arreglo directo en relación con el incumplimiento en la asignación de los cupos de cobertura educativa o su correspondiente remuneración (fls. 160 a 165 *ibidem*).

12) Tales requerimientos fueron reiterados mediante comunicaciones de 12 de diciembre de 2011, 8 de febrero de 2012, 6 de junio de 2012, 1° de agosto de 2012 y 14 de agosto de 2012 (fls. 384 a 387, 395 a 403, 418 a 419, 420 a 421 y 422 a 467 cdno. no. 3), sin que en modo alguno el municipio de Bello concurriera a la solución directa de la controversia suscitada y que impedía la normal ejecución del contrato de concesión.

13) En efecto, la ejecución del contrato se suspendió *“de facto”* (fl. 16 cdno. no. 3), tal como lo señaló la parte actora en el escrito de la demanda, pero, siguiendo los pasos descritos en la cláusula 47 del contrato en relación con el arreglo directo de

discrepancias en la ejecución del mismo<sup>24</sup>.

Adicionalmente, el inciso tercero de la cláusula 47 del contrato de concesión no. 768 de 2010 prevé que en caso de que no se llegue a un acuerdo entre las partes, “se procederá a resolver la controversia a través de un tribunal de arbitramento en los términos de la siguiente cláusula” (fl. 56 *ibidem*), esto es, la cláusula 48.

14) La Fundación El Taller de Los Niños, ante la negativa del municipio de proceder con un arreglo directo, concurrió al tribunal arbitral en los términos de la cláusula 48 del contrato de concesión no. 768 de 2010<sup>25</sup>, trámite que culminó el 19 de julio de 2013 por falta del pago de los honorarios y gastos del proceso a cargo de las partes (fl. 438 cdno. no. 3), circunstancia por la cual presentó la demanda de la referencia ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio del medio de control jurisdiccional de controversias contractuales para dirimir la controversia en torno al incumplimiento de parte de la entidad contratante.

15) En ese sentido, el periodo de tiempo que transcurrió entre la fecha de inicio del contrato y el inicio de la etapa de explotación, esto es, del 1° de septiembre de 2010 al 26 de abril de 2011, fue el tiempo que se tomó la Fundación El Taller de Los Niños para ejecutar las actividades de aprobación de los diseños, aprobación de las licencias de funcionamiento y de construcción, adquisición del predio, construcción de la institución educativa, dotación de la misma y disponibilidad del personal para su funcionamiento, razón por la cual, el hecho de que para el mes de agosto de 2012 el municipio de Bello no concurriera al cumplimiento de la obligación consistente en la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o su

---

<sup>24</sup> El texto de la cláusula 47 del contrato de concesión no. 768 de 2010 es como sigue: “[e]l concedente y el concesionario adelantarán las acciones necesarias para solucionar las controversias en forma directa, para lo cual realizarán una reunión de arreglo directo que se llevará a cabo dentro de los quince (15) días siguientes al día en que cualquiera de los dos manifieste por escrito al otro su desacuerdo sobre la aplicación del correspondiente aspecto técnico y/o financiero. (...) Si como resultado de la reunión se llega a un acuerdo se suscribirá un acta que ponga fin a la controversia suscitada, la cual será de obligatorio cumplimiento para el concedente y el concesionario. Si por el contrario, no se llegare a un acuerdo, se procederá a resolver la controversia a través de un tribunal de arbitramento en los términos de la siguiente cláusula” (fl. 56 cdno. no. 3).

<sup>25</sup> La cláusula 48 del contrato de concesión no. 768 de 2010 es del siguiente tenor: “**CLÁUSULA 48.- ARBITRAMENTO:** Sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas excepcionales consagradas en la Ley 80 de 1993, toda diferencia que no sea posible solucionar amigablemente y que no corresponda a un asunto expresamente asignado a la decisión de los amigables componedores, será dirimida por un tribunal de arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen. (...)”. (fl. 56 cdno. no. 3 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

reconocimiento en valor económico, constituyó como la causa de la suspensión de la ejecución contractual efectuada por la contratista.

16) En ese contexto, para la Sala es claro que la ejecución del contrato de concesión entró en déficit desde el inicio de la etapa de explotación, específicamente, por cuenta de la falta de cumplimiento de la obligación de remuneración que le asistía al municipio de Bello (Antioquia) y, aun cuando la concesionaria en forma insistente solicitó a la entidad contratante su cumplimiento ello no fue posible, razón por la cual la suspensión de la ejecución del objeto negocial tramitada en el marco del procedimiento de arreglo directo no puede ser entendida como un incumplimiento del contrato de concesión no. 768 de 2010, pues, precisamente ante la evidente imposibilidad de solución de un aspecto financiero que impedía la normal ejecución del contrato era menester acudir a las formas de arreglo dispuestas para ello.

17) Es importante, además, señalar que el municipio de Bello en modo alguno concurrió a este escenario judicial con la acreditación del cumplimiento de sus obligaciones, así como tampoco se comprometió o allanó a su cumplimiento, circunstancias por las cuales en el presente asunto no tiene vocación de prosperidad la excepción de contrato no cumplido pretendida por el municipio de Bello.

18) Asimismo, es preciso tener en cuenta que al expediente fueron aportados los informes de las visitas realizados en los años 2010 y 2011, los informes técnicos de avance de actividades suscritos por la interventoría correspondientes a noviembre de 2011, abril de 2012 y mayo de 2012, así como también las actas de inicio y terminación de la etapa previa, terminación de la etapa de construcción e inicio de la etapa de explotación, documentos que dan cuenta del cumplimiento del 100% de las obligaciones asumidas por la Fundación El Taller de Los Niños.

Del cruce de las comunicaciones que hacen parte del acervo probatorio no hay alguna que refiera el incumplimiento de parte del concesionario, por el contrario, lo que denotan es el incumplimiento del municipio de Bello en la asignación o compensación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles.

19) Advierte la Sala igualmente la existencia de la Resolución no. 20120623 de 13 de marzo de 2012 mediante la cual el municipio de Bello, a través de la Secretaría de Educación y Cultura, reconoció el incumplimiento de la obligación de la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles indispensables para el funcionamiento de la institución educativa San Elías (construida por el concesionario en cumplimiento del contrato de concesión no. 768 de 2010) en cuanto a los años 2011 y 2012 y, ordenó el pago de mil quinientos millones de pesos (\$1.500'000.000), acto administrativo que goza de presunción de legalidad y no ha sido objeto de cuestionamiento y menos aún de reproche de ilegalidad.

20) En ese escenario, muy al contrario de lo afirmado por el municipio de Bello, la Fundación El Taller de Los Niños dio cabal cumplimiento a las obligaciones asumidas con la suscripción del contrato de concesión no. 768 de 2010 y, el hecho de que anunciara la decisión de suspensión del contrato por la imposibilidad financiera de su continuación no implica la configuración de un evento de incumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que, la parte que cumplió fue precisamente el concesionario e incluso el trámite de suspensión del objeto negocial fue adelantado en los precisos términos en los que las partes lo pactaron en las cláusulas 47, 48 y 50 del referido contrato.

21) De igual manera debe tenerse en cuenta que en relación con el inmueble en el que funcionó la institución educativa San Elías construida en cumplimiento del contrato de concesión no. 768 de 2010, identificado con la matrícula inmobiliaria no. 01N-5333477 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Norte<sup>26</sup> se advierte que, como dicho inmueble era la garantía de los contratos de empréstitos números 147 de 14 de octubre de 2010 y 026 de 1° de marzo de 2011 suscritos por la Fundación El Taller de Los Niños con el IDEA, con el objeto de obtener el financiamiento de las obligaciones de la etapa preoperativa y de construcción objeto del referido contrato de concesión y, tales negocios de crédito quedaron en incumplimiento total por motivo de la falta de flujo económico durante la etapa de explotación del contrato, el IDEA, en condición de financiador de la concesión, a través de la Resolución no. 0361-13 el 18 de junio de 2013 declaró el

---

<sup>26</sup> Lote desagregado del lote de mayor extensión mediante escritura pública del 14 de junio de 2011 de la Notaría 15 de Medellín, identificado con el folio de matrícula no. 01N-5209604 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Norte, tal como aparece en la anotación no. 22 del mencionado folio de matrícula.



vencimiento del plazo de tales obligaciones y exigió “*el pago del capital con sus intereses remuneratorios y moratorios, como consecuencia de la caducidad del plazo y del vencimiento de las obligaciones*” (fls. 496 a 500 cdno. no. 3).

22) En cumplimiento de lo anterior, el IDEA obtuvo la adjudicación del derecho de dominio del mencionado inmueble por parte de la Fiduciaria Central SA como vocera del Fideicomiso las Araucarias<sup>27</sup> mediante la escritura pública no. 1112 de 19 de junio de 2015 de la Notaría 15 de Medellín, tal como figura en la anotación no. 3 del folio de matrícula no. 01N-5333477 (fls. 657 a 658 cdno. no. 3).

23) Posteriormente, el IDEA suscribió con el municipio de Bello el contrato interadministrativo no. 0249 de 24 de junio de 2015 con el objeto de “[a]unar esfuerzos para la transferencia y/o entrega al municipio de Bello del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria no. 01N-5333477 y sus mejoras” (fls. 659 a 664 cdno. no. 3), sin embargo, dicho convenio terminó sin el cumplimiento de su objeto, por cuanto, el municipio de Bello, luego de una visita e inspección al inmueble, advirtió que el mismo no estaba en condiciones para la continuación de la institución educativa San Elías, razón por la cual solicitó la terminación anticipada de dicho negocio jurídico (fls. 655 a 656 *ibidem*).

24) De acuerdo con lo anterior, es claro que el inmueble en donde se construyó la institución educativa San Elías, en cumplimiento del contrato de concesión no. 768 de 2010, es propiedad del IDEA desde el 19 de junio de 2015, circunstancia por la cual no era posible establecer el cumplimiento de la obligación de reversión de la infraestructura afecta al desarrollo del referido contrato.

25) Así las cosas, como la entidad demandada no demostró el incumplimiento de la entidad concesionaria, esto es, la Fundación El Taller de Los Niños, respecto de la ejecución del contrato de concesión no. 768 de 2010, se impone confirmar la declaración de incumplimiento del municipio de Bello (Antioquia) en la ejecución del referido contrato.

---

<sup>27</sup> El 28 de febrero de 2011, la Fiduciaria Central SA, en condición de vocera del patrimonio autónomo fideicomiso Las Araucarias certificó que la Fundación El Taller de Los Niños le informó que el beneficiario de los derechos fiduciarios sobre el lote de terreno identificado con el folio de matrícula no. 01N-5209604 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Medellín era el IDEA (folios 209 a 2011 cdno. no. 3).

### 2.3.3 Los intereses moratorios causados desde la ejecutoria de la sentencia

1) De otra parte, la entidad demandada se opone expresamente al reconocimiento de los intereses moratorios, por cuanto, en su criterio, no resulta coherente disponer que los intereses moratorios se causan desde la ejecutoria de la sentencia cuando la condena en abstracto está sujeta a la correspondiente y posterior liquidación.

2) Al respecto, es pertinente anotar que el acápite de la decisión al que se refiere este preciso punto de oposición es el ordinal sexto del fallo impugnado, el cual establece expresamente lo siguiente:

*“SEXTO: Conforme lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las cantidades líquidas reconocidas en esta sentencia devengarán intereses moratorios a partir de su ejecutoria”* (fl. 996 cdno. ppal. – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

3) A su vez, el artículo 192 del CPACA al que hace referencia el ordinal transcrito dispone lo siguiente:

**“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.**

*Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.*

*Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.*

*Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.*

*(...).”* (fl. 996 cdno. ppal. – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

El artículo 192 del CPACA es claro en preceptuar que en los eventos en los que las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena determinan que los intereses se causan a partir de la ejecutoria de la providencia o del auto que liquide la condena.

4) De igual manera, debe tenerse en cuenta que el numeral 4 del artículo 195 del CPACA, mediante el cual se desarrolla el trámite para el pago de las condenas o conciliaciones, preceptúa: “[l]as sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria”.

5) Sobre este punto de análisis, es preciso centrar la controversia en la decisión mediante la cual se impone el surgimiento de la causación de los perjuicios moratorios ya que, el citado artículo 192 del CPACA no puede ser leído con abstracción del artículo 195 *ibidem*, puesto que el legislador se refiere a las providencias que impongan o liquiden condenas y es labor del operador judicial adecuar los efectos jurídicos de estas normas en cada caso concreto.

En efecto, en el presente asunto la hipótesis en principio hace referencia a una condena en abstracto, es decir, una condena que solo se concreta hasta cuando la parte interesada adelante el correspondiente incidente de liquidación<sup>28</sup> y este se decida; la providencia que lo resuelva declara como condena una suma líquida de dinero que causará intereses moratorios una vez esta quede ejecutoriada, razón por la cual, imponer la causación de intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia objeto de apelación no resulta acertado.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra necesario hacer una modificación del ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación, para señalar que las cantidades líquidas reconocidas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la providencia que las liquide aquellas.

---

<sup>28</sup> Al respecto, el artículo 193 del CPACA dispone lo siguiente: “**ARTÍCULO 193. CONDENAS EN ABSTRACTO.** Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil. Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea.”

### 2.3.4 La condena en abstracto

1) Por último, en el presente asunto la entidad demandada, esto es, el municipio de Bello fue quien se opuso a la sentencia de primera instancia y, dicha oposición se centró en la insistencia de la excepción de contrato no cumplido propuesta con la contestación de la demanda, porque, en su criterio, no podía dar cumplimiento a la asignación de los cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o su remuneración económica, toda vez que la contratista había suspendido la ejecución del contrato.

2) Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no puede acceder a tal petición por cuanto en el expediente se acreditó que quien incumplió inicialmente fue el municipio de Bello, al punto que tales falencias conllevaron a la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión por parte de la contratista, pues, tal como lo especificó la Fundación El Taller de Los Niños en la respectiva oferta seleccionada *“el éxito para el desarrollo del proyecto es la garantía de poder contar con los 4000 cupos fijos durante la ejecución del mismo, o sea 20 años y revertir el inmueble al municipio con sus dotaciones”* (fl. 263 cdno. no. 3), aspecto este que en modo alguno fue desvirtuado por parte de la entidad contratante.

3) Por lo anterior, resuelto el objeto de apelación de la entidad demanda, la Sala confirmará la decisión de primera instancia lo cual incluye los perjuicios a los que aquella fue condenada por no ser materia del recurso de apelación.

4) En esa perspectiva, la Sala encuentra que el tribunal de primera instancia condenó en abstracto para que mediante trámite incidental se cuantifique el valor de la misma con fundamento en los siguientes parámetros:

a) El valor de cada cupo estudiantil, de conformidad con el nivel escolar que certifique el Ministerio de Educación o la autoridad que haga sus veces, para los meses de abril a diciembre del año 2011 (por cuanto el colegio fue construido en

esa fecha) y del año de 2012 hasta el año de la liquidación de la condena<sup>29</sup>.

b) La distribución proporcional de los cupos en los diferentes niveles, pues, los cuatro mil (4.000) cupos a los que se comprometió el municipio correspondían 192 a transición, 1.896 a primaria, 1.235 a secundaria y 674 a la jornada nocturna.

c) El cálculo de ingreso bruto se obtendrá del número que resulte de la distribución de los cupos en los diferentes niveles y el monto o valor que certifique por cada año el Ministerio de Educación o la autoridad competente.

d) Se deducirán los montos pagados por el municipio de Bello durante el tiempo de ejecución del contrato, cifra que de acuerdo con lo acreditado en el expediente corresponde a la suma de \$1.994'253.000, suma esta que deberá actualizarse para luego ser descontada.

e) Asimismo, se deducirá, pero en favor de la contratista, el monto de la factura de venta no. 5 de 7 de febrero de 2012 por valor de \$4.802'920.000 cuyo pago se persigue en proceso ejecutivo, por cuanto para la fecha de emisión de la presente providencia no se ha pagado *“no obstante, si al momento de hacerse la liquidación dicha obligación se ha extinguido se tendrá en cuenta la deducción de su monto del total a indemnizar”* (fl. 990 vlt. cdno. ppal.).

f) Al anterior monto se aplicará la tasa de retorno esperada del 14,9%, cifra que corresponde a la utilidad esperada.

g) El valor de la utilidad esperada por la Fundación El Taller de Los Niños con la suscripción del contrato de concesión no. 768 de 2010 y que no recibió por el incumplimiento del municipio de Bello se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

---

<sup>29</sup> El 31 de mayo de 2022, el tribunal de primera instancia aclaró que *“para realizar la liquidación de los años posteriores al año de la liquidación, se tomará como referencia el valor certificado del último año de la liquidación de perjuicios, valor que se tomará para liquidar los años subsiguientes hasta el 2031”* (fl. 1032 vlt. cdno. ppal.). Adicionalmente, se aclaró *“que para el cálculo de la condena, se tendrán en cuenta los extremos temporales contenidos en el acta de inicio de la etapa de explotación de 28 de abril de 2011 a 28 de abril de 2031, tal como se observa en el folio 42 a 113 del cuaderno de la prueba pericial”* (ibidem).

h) A la suma resultante de las anteriores operaciones se deberá deducir o restar el monto o valor actualizado por el cual IDEA recibió el inmueble donde funcionada la institución educativa San Elías *“como parte del pago de la deuda u obligación de la demandante en este proceso, en concordancia y teniendo en cuenta el valor que se llegue a determinar con dictamen pericial del inmueble donde funcionaba el establecimiento educativo, propiedad sobre el cual recaería el derecho de reversión a favor del Municipio de Bello, suma que deberá actualizarse a la fecha de liquidación de la condena”* (fl. 991 *ibidem*).

i) Al valor que resulte de la suma anterior, se le restará el 50%<sup>30</sup> por cuenta de la inejecución del contrato y disminución del riesgo o alea de pérdida o ganancia *“esta suma será la que se le reconocerá como lucro cesante siempre y cuando no sobrepase el 5% del valor total del contrato y, en caso de sobrepasar dicho valor se entiende que solo se condenará por el 5% del valor total del contrato y, si da menos del 5%, será la suma menor, la que se reconocerá como lucro cesante”* (fl. 991 cdno. ppal.).

j) Se reconocen, además, los intereses de mora que la contratista adeuda al IDEA, pues, es claro que estos se derivan del incumplimiento del municipio de Bello, *“no obstante al no contar la Sala con elementos para liquidar los mismos, se profiere sentencia en abstracto y, su monto se determinará en trámite incidental que deberá proponer la parte demandante, en el que se deberá aportar la liquidación de los mismos con su correspondiente soporte, para lo cual deberá tenerse en cuenta la fecha desde la cual se incurrió en mora por parte de la demandante en este proceso, el capital adeudado a la fecha de mora y teniendo en cuenta el pago parcial por la efectividad de la garantía (inmueble) y, la tasa pactada entre el IDEA y la demandante en el contrato de mutuo o préstamo (folios 67 a 74, cuaderno 1), suma a la cual deberá restársele el monto de los intereses remuneratorios o de plazo que debían ser asumidos por el demandante en los términos de los contratos de mutuo y pagarés suscritos con el IDEA, durante el plazo o término y tasa pactados en los mismos”* (fl. 994 vlto. *ibidem*).

---

<sup>30</sup> Valor que fue aclarado mediante la providencia de 31 de mayo de 2022 (fls. 1031 a 1035 cdno. ppal.).

k) Por último, se reconocerán los intereses moratorios a partir del año 2012, teniendo en cuenta que solo hasta el 31 de diciembre de 2011 se puede tener por incumplida la obligación de ese año.

5) En la misma línea de análisis del tribunal de primera instancia, en el presente asunto, efectivamente, está acreditado el incumplimiento de la obligación del municipio de Bello, consistente en la asignación de cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o el pago del valor en dinero que por ellos corresponda desde la suscripción del acta de inicio de la etapa de explotación, elemento financiero este del cual dependía la viabilidad de la operación del contrato de concesión no. 768 de 2010 puesto que, tal como lo presentó la Fundación El Taller de Los Niños en la oferta, sin el cumplimiento de la asignación de tales cupos estudiantiles o el reconocimiento del valor económico de los mismos no era procedente la sustentación financiera del proyecto.

6) Sobre ese punto, igualmente debe advertirse que, la Fundación El Taller de Los Niños intentó asumir directamente la operación del contrato de concesión a la espera del cumplimiento de las obligaciones a cargo de municipio por el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2011, y junio de 2012, sin embargo, habida cuenta que para el inicio de la etapa de explotación, esto es, 26 de abril de 2011 la contratista ya había efectuado la totalidad del plan de inversiones, es claro que la decisión de suspender la ejecución del contrato resultaba acorde con la situación de incumplimiento ya que, dimensión y la gravedad se dio por razón de la magnitud en la inversión realizada por el concesionario y el correlativo incumplimiento de las obligaciones de crédito adquiridas para ello.

7) De otra parte, encuentra la Sala acertada la decisión asumida por el *a quo* en cuanto a la imposibilidad de disposición del inmueble en el que se desarrolló la obra y se dio en funcionamiento la institución educativa San Elías puesto que, para el momento en que se resolvió sobre la controversia objeto de análisis, el inmueble ya era de propiedad del IDEA como cumplimiento de la garantía de los contratos de empréstito números 147 de 2010 y 0026 de 2011, además, no se reconoció a título de daño emergente el valor de la obligación pendiente por pagar al IDEA, por cuanto se trataba de obligaciones asumidas por la contratista para efectos de cumplir con las obligaciones del contrato de concesión no. 768 de 2010, pero, sí se reconocieron

los intereses moratorios causados por el incumplimiento de tales obligaciones debido a que se acreditó que se causaron como consecuencia del incumplimiento del municipio de Bello.

8) De igual manera, se advierte que el municipio de Bello en modo alguno cuestionó los criterios para proceder con la liquidación de la condena en abstracto antes relacionados, de modo que no es posible su examinación, especialmente en cuanto se refiere a la orden de descuento del 50% por la inejecución del contrato y el riesgo que asumió el contratista, así como tampoco en cuanto al descuento del valor por el que Idea recibió el inmueble en donde funcionó la institución educativa San Elías, ya que algún cambio en sentido contrario al establecido, haría más gravosa la situación del apelante único, por lo que la Sala confirmará la decisión de primera instancia con los parámetros señalados para que mediante incidente se calcule el valor de los perjuicios materiales causados a la Fundación El Taller de Los Niños en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

### **3. Conclusiones**

1) La entidad demandada se opuso a la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia por cuanto, en su criterio, el contrato de concesión no. 768 de 2010 está incurso en una causal de nulidad absoluta porque fue suscrito sin que la entidad contratante contara con el respectivo registro presupuestal, asimismo, la obligación de asignar cuatro mil (4.000) cupos estudiantiles o su respectiva remuneración hacía parte de los riesgos asumidos por el concesionario y, que con las pruebas que conforman el expediente no es posible acreditar el cabal y debido cumplimiento de las obligaciones a las que se comprometió la Fundación El Taller de Los Niños, así como tampoco hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios contados desde la ejecutoria de la sentencia que condenó en abstracto al municipio de Bello (Antioquia).

2) El análisis de los problemas jurídicos planteados con el recurso de apelación no permite declarar la prosperidad de la petición de nulidad absoluta del contrato de concesión no. 768 de 2010, por cuanto la ausencia de registro presupuestal no es un elemento de la validez del negocio jurídico.



3) De la revisión de los documentos aportados por ambas partes durante el trámite judicial, no es factible establecer que la parte que incurrió en incumplimiento fue la Fundación El Taller de Los Niños, pues, contrario a lo aducido por la entidad demandada, en el proceso lo que está probado es el cumplimiento de la concesionaria y el reiterado incumplimiento del municipio de Bello, circunstancia que conlleva a la confirmación de la sentencia apelada en relación con las declaraciones de incumplimiento y terminación del negocio jurídico, pero, se impone modificar el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de especificar que las sumas líquidas reconocidas a título de condena en favor de la parte actora devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva providencia que las liquide.

#### **4. Condena en costas y agencias en derecho**

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 3) del CGP, como en el presente asunto prosperó parcialmente el recurso de apelación formulado por la entidad demandada no habrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A :**

**1º) Modifícase** el ordinal sexto de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Primera de Oralidad de 30 de enero de 2020, en la cual queda así:

*“SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las cantidades líquidas reconocidas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la providencia que así las liquide.*

**2º) Confírmase** en lo demás la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Primera de Oralidad de 30 de enero de 2020.

Expediente no. 05001-23-33-000-2014-01023-01 (69.042)  
Actor: Fundación Educativa El Taller de los Niños  
Controversias contractuales  
Apelación de sentencia

3°) Sin condena en costas en esta instancia.

4°) Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las respectivas constancias secretariales de rigor.

### **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

*(firmado electrónicamente)*  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Presidente de la Subsección

*(firmado electrónicamente)*  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado Ponente

**Aclara voto**  
*(firmado electrónicamente)*  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
Magistrado

*Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*