

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONVENIO DE ASOCIACIÓN / COLABORACIÓN EMPRESARIAL / CONVENIO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL / LEY APLICABLE AL CONTRATO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CONCEPTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / INAPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / TERMINACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES CONTRACTUALES SUBSISTENTES POSTERIORES A LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

[E]l contrato objeto de litigio estaba sujeto al artículo 355 superior, al Decreto 777 de 1992 y, según este último, estaba sometido al derecho privado, salvo por las disposiciones expresamente incorporadas por esas normas. Es decir, se trataba de un contrato estatal especial. Por lo mismo, las disposiciones del Estatuto General de Contratación sobre equilibrio económico del contrato no resultan aplicables. En consecuencia, todas las pretensiones del contratista que reclaman una ruptura del equilibrio económico deberían ser rechazadas. (...) Ahora bien, si se interpretan las pretensiones para aplicar las normas de derecho privado relevantes en materia de alteración de las condiciones de ejecución, sería necesario recurrir al artículo 868 del Código de Comercio sobre excesiva onerosidad sobrevenida. Analizadas en el marco de esa norma, las pretensiones serán rechazadas por las razones que se explican a continuación. (...) La excesiva onerosidad sobrevenida tiene una lógica distinta al desequilibrio económico, pues pretende remover, a futuro, las dificultades que se le presenten a una de las partes de un contrato durante su ejecución. Por esto, el artículo 868 del Código de Comercio exige que las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, deben alterar una “prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”. Esto guarda coherencia con las potestades que otorga al juez el inciso segundo de ese artículo, pues este autoriza a ordenar el reajuste o la terminación del contrato; órdenes que no tendrían sentido en relación con una prestación ejecutada o un contrato terminado. (...) En el caso no existe ninguna prestación de futuro cumplimiento que pueda ser objeto de revisión o terminación judicial de conformidad con lo normado por el artículo 868 del Código de Comercio. Así las cosas, las pretensiones de la parte demandante serán negadas como consecuencia de que el contrato que dio origen a la controversia terminó y fue liquidado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTÍCULO 355 / DECRETO 777 DE 1992 & CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 868

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la inaplicación de las disposiciones del Estatuto General de Contratación sobre equilibrio económico del contrato a negocios jurídicos del Estado regidos por el derecho privado, consultar providencias de 28 de abril de 2021, Exp. 48962, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; de 10 de febrero de 2021, Exp. 47068, C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Sobre la excesiva onerosidad

sobreviniente, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537-01.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJECCIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES / PAGO DE LA OBLIGACIÓN LABORAL / OMISIÓN DE PAGO DE APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / FALTA DE PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / RESPONSABILIDAD DEL PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

La Sala debe decidir si el Departamento podía, válidamente, descontar en el acto de liquidación (...) pues no se realizó el pago de parafiscales y seguridad social de las ecónomas (...), así como el valor (...) por los mismos conceptos para otros trabajadores. (...) El contratista no presentó para sus pagos todos los certificados de orden laboral exigidos en la cláusula de forma de pago, ni si quiera en relación con los trabajadores administrativos. Adicionalmente, obran pruebas en el expediente de que el Departamento fue declarado solidariamente responsable por juzgados laborales y el Tribunal Superior de Boyacá, por deudas laborales de (...) [la demandante]. Esto constituye un incumplimiento del contratista (...). Así las cosas, esta Sala no encuentra que los descuentos por deudas laborales hayan sido contrarios al texto del contrato, menos aun cuando el Departamento ha sido declarado responsable y ha tenido que pagar por deudas laborales del demandante. En adición, los argumentos y pruebas presentados no lograron desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJECCIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / CONDICIÓN TÉCNICA DEL CONTRATO ESTATAL / CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

En lo que concierne al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los adicionales 1 y 2 que darían derecho a recibir los valores descontados por el Departamento por su no ejecución, la Sala encuentra lo siguiente: (...) El

demandante aportó al proceso las garantías de las licuadoras, estufas y los equipos de refrigeración adquiridos. Obran en el expediente actas de entrega de parte del menaje (cucharas, vasos plásticos, platos calderos, entre otros), así como de las licuadoras, congeladores y las estufas. (...) De otra parte, obran informes de “supervisión” elaborados por la Interventoría, según los cuales las estufas entregadas por el contratista eran de 2 y 3 puestos –lo que se confirma con las actas de entrega aportadas con la demanda– y no de 4 como se había pactado. (...) Revisadas las pruebas, se evidencia que, como lo advirtió la interventoría, las estufas entregadas no cumplían con las especificaciones técnicas y, por tanto, el Departamento no estaba obligado a pagarlas. Esta Subsección sostuvo de manera reciente que el demandante debe demostrar el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con las especificaciones técnicas para que pueda ordenarse su pago. Lo anterior resulta, de un lado, del alcance de las obligaciones que tienen fuente en el contrato y, del otro, de la carga de la prueba que tiene el demandante.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el deber del contratista de demostrar el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con las especificaciones técnicas para que pueda ordenarse su pago, consultar providencia de 26 de julio de 2021, Exp. 48508, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJECCIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CLASES DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONCEPTO DE ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / SUPUESTOS DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / NORMATIVIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RÉGIMEN LEGAL DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHO AL DEBIDO PROCESO CONTRACTUAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

[En] el cargo relacionado con la falta de un procedimiento sancionatorio (...) [los] argumentos [del apelante] se concentraron en la vulneración al debido proceso, ya que los descuentos se hicieron en la liquidación y sin haber adelantado un procedimiento previo para la imposición de sanciones. (...) La Sala comparte la decisión del Tribunal en el sentido de que en la liquidación no se impuso multa o sanción alguna en contra del contratista, sino simplemente se hizo uso de la potestad unilateral de la administración para liquidar unilateralmente el contrato (...). Ahora bien, del hecho de que el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral no tenga naturaleza sancionatoria no se deriva que no se aplique en esta materia el debido proceso. El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala que el debido proceso es un principio rector en “materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”. No obstante, el artículo 29 de la Constitución Política de manera inequívoca establece que el debido proceso “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Así las cosas, la expedición del acto de liquidación unilateral,

aunque no tiene un procedimiento previo de origen legal, debe respetar aquel principio constitucional. (...) Esta corporación ha sostenido que cuando el contratista no se presente a la liquidación o cuando las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de esta, la entidad queda facultada para practicar la liquidación unilateral. Señalado lo anterior, se observa en el expediente que la entidad estatal llamó al contratista para liquidar bilateralmente el contrato, hizo audiencias, permitió que presentara sus observaciones e, incluso, recibió de este una propuesta de liquidación bilateral. Con ello, esta Sala no observa una vulneración al derecho al debido proceso del contratista.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la facultad de las entidades estatales para practicar la liquidación unilateral, consultar providencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 9 de octubre de 2014, Exp. 28881, C.P. Danilo rojas Betancourth; y concepto de Sala de Consulta y Servicio Civil, de 28 de junio de 2016, Rad. 2253, C.P. Álvaro Namén Vargas.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJECCIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / PAZ Y SALVO EN LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

Está probado que, según la cláusula de forma de pago, el contratista debía presentar “copia de los recibos de pago (...) [y] copia de los paz y salvo con proveedores correspondientes”. Está demostrado en el expediente que el contratista no presentó los paz y salvo con sus proveedores y que se encontraba en deuda con ellos. (...) En el escrito de apelación, antes que desvirtuar sus incumplimientos, [la demandante] (...) indicó que solamente había incumplido sus pagos con 4 proveedores y que posteriormente pagó sus deudas con 3 de ellos. (...) Así las cosas, está demostrado que el contratista no cumplió con sus obligaciones, que se habían establecido como deberes previos para el pago. Esto está expresamente aceptado en los argumentos de la apelación. Luego, no existen razones para que esta Sala declare que se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral, ni para revocar la Sentencia de primera instancia.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJECCIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SUMINISTRO DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR / SUMINISTRO DE DOTACIONES / REGULACIÓN LEGAL PARA EL SUMINISTRO DE DOTACIONES / RECONOCIMIENTO DEL SUMINISTRO DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / NULIDAD DEL ACTA

DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En la pretensión tercera, numeral 1, sobre el contenido de la liquidación, el contratista solicitó expresamente que los descuentos por dotaciones a las ecónomas se tasaran en 0 pesos, aspecto que se pasa a resolver. (...) En el Contrato no se pactó que debía darse una dotación con mayor periodicidad a la establecida en el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo. Consecuencialmente, no era exigible que se entregaran 3 dotaciones como lo hizo el Departamento en la liquidación del contrato. Por ello, los descuentos realizados no se ajustaron a la realidad contractual y se declarará la nulidad parcial de la Resolución demandada. Asimismo, se condenará a la entidad al pago de los (...) descontados por concepto de dotación de las ecónomas.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 230

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJECCIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN / INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES / NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

[L]a demandante solicitó que se declarara que no tenía obligación de tener 11 centros de acopio. (...) En el contrato las partes no acordaron la obligación de que el contratista tuviera 11 centros de acopio. (...) Para la Sala está demostrado que el contratista no ofertó 11 centros de acopio. En el contrato, [la demandante] (...) tampoco se obligó a tener ese número de centros. Por tanto, el Departamento no podía considerar no ejecutado, en la liquidación, parte del valor del contrato por esta razón. Esto resultaría contrario a la buena fe si se toma en cuenta que no se exigieron los 11 centros durante la ejecución del contrato. Por consiguiente, se declarará la nulidad parcial de la Resolución demandada y se condenará al pago de los (...) que fueron descontados por este concepto.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia cuenta con aclaración de voto del doctor Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00003-01(58235)

Actor: EMPRESA COOPERATIVA PARA LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE ENTIDADES TERRITORIALES – EMCOOP LTDA

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – equilibrio económico del contrato en derecho privado – excesiva onerosidad sobrevenida – excepción de contrato no cumplido – incumplimiento contractual – descuentos por no cumplimiento – liquidación unilateral del contrato

Síntesis: un contratista solicitó, entre otras pretensiones, el pago de la totalidad de los saldos descontados por una entidad contratante en la liquidación unilateral del contrato, así como los daños y perjuicios causados por ese presunto incumplimiento. La contratante propuso la excepción de contrato no cumplido.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 15 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual se declaró probada la excepción de inepta demanda respecto de una de las pretensiones, la excepción de contrato no cumplido, y se negaron las demás pretensiones de la demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada. 1.3. Sentencia de primera instancia. 1.4. Recurso de apelación.

1.1. Posición de la parte demandante

1. La Empresa Cooperativa para la Gestión y Administración de Entidades Territoriales – “EMCOOP LTDA” presentó **demanda**² en ejercicio de la **acción contractual**, en contra del Departamento de Boyacá, con las siguientes **pretensiones** (se transcribe):

“Pretensión Primera: Que se declare la nulidad de la Resolución 000136 de fecha de 18 de junio de 2010 expedida por el Departamento de Boyacá, por medio de la cual se procede a

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

² El 16 de diciembre de 2010 F. 1-63 del cuaderno 1.

liquidar unilateralmente el contrato de prestación de servicios No 713 celebrado entre (...) EMCOOP LTDA y el Departamento de Boyacá (...), y que como consecuencia se decreta el restablecimiento del derecho a favor de EMCOOP LTDA., se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato a punto de no pérdida”.

Pretensión Segunda: Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de la Resolución No. 000136 de fecha 18 de junio de 2010, se ordene de conformidad lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 subrogado por la Ley 1150 de 2007, artículo 11, se reconozca dentro del acta de liquidación la suma de \$3.997.893.028 valor actualmente reconocido por la Gobernación dentro de los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 establecidos para la etapa de intento de liquidación de mutuo acuerdo del contrato (pruebas acta 00136 de fecha del 18 de junio de 2010) (...)

Pretensión Tercera: Que se condene a la entidad demandada (...) a pagar dentro del acta de liquidación conforme a lo probado dentro de la presente demanda los ítems que a continuación se relacionan:

1. Raciones suministradas por EMCOOP en Desarrollo del Contrato 713-2009 y sus modificatorio aclaratorios y adicionales

- Octubre
 - El total de raciones durante el mes de octubre fueron de $1.418.706 * 1250 = \$1.773.382.500$
- Noviembre
 - El total de raciones durante el mes de noviembre fueron de $1.582.543 * 1250 = \$1.978.053.750$

Para un valor total por suministro de raciones de:
\$3.751.436.250,00

Menos saldo de anticipo:
\$2.374.130.500,00

Menos faltantes en productos de la Minuta Patrón: \$ - 0-

Menos aportes parafiscales no pagados por EMCOOP: \$ - 0-

Menos segunda dotación a ecónomas: \$ - 0-

Más valor equipos realmente comprados: \$
299.998.600,00

Más el valor real ejecutado “Creciendo pasitos”: \$
204.000.000,00

Total por pagar a EMCOOP LTDA:
\$1.881.304.450,00

(...)

2. Abstención de devolución de dineros

- Teniendo en cuenta que la Gobernación de Boyacá mediante comprobante de Egreso No. 11817 del 22 de octubre de 2009 retuvo la suma de \$51.000.000,00 por embargos dentro del proceso No. 200900194, (...); el juzgado municipal de Tunja, mediante oficio No 1082 de 18 de septiembre de 2009, comunicó a la Gobernación de Boyacá; decretar el embargo de retención de los dineros, limitando la medida a \$30.000.000,00; el mismo juzgado anteriormente mencionado mediante oficio No 1247 de fecha 24 de octubre de 2009 informa al Tesorero o Pagador de la Gobernación de Boyacá que la medida ha sido

limitada a \$30.000.000,00. Posteriormente el mencionado juzgado de conocimiento con oficio 1446 de fecha diciembre 04 de 2009 comunica que por auto calendado 25 de noviembre de 2009 (...) se ordeno levantar las medidas cautelares decretadas, y en consecuencia le ordena que se sirva cancelar dicha medida cautelar de embargo y retención de dineros (...)

- Valor Abstención Devolución Embargo:
\$21.000.000,00

3. Mayor valor retenido por parte de la Gobernación:

a. Retención ICA

- (...) EMCOOP LTDA, acogiéndose a la Resolución 0389 de 30 de diciembre de 2006, en cuanto a plazos y tarifas para determinación del ICA en el Municipio de Tunja–Boyacá: la cual expresa que el servicio dado por la cooperativa corresponde a la Actividad No. 3018 (...) y cuya tarifa es 7 por mil; esto con la asesoría externa de la Tesorería Municipal de Tunja. (...) la Gobernación de Boyacá efectuó en su mayoría de pagos una tarifa del 10 por mil (...)

Concepto	Base de Retención	Tarifa	Valor de Rete ICA
Retención realizada por la Gobernación	\$12.666.520.500	10 por mil	\$113.952.971
Retención de Ley	\$12.666.520.500	7 por mil	\$88.666.000
Diferencia a favor de EMCOOP			\$25.286.971

(...)

4. Aplicación Cláusula Décima Novena Cláusula Penal

- Teniendo en cuenta que (...) EMCOOP cumplió a cabalidad el objeto del contrato de prestación de servicios No. 00713 de 2009 (...) es claro aplicar la cláusula Décima Novena: Cláusula Penal, aplicable a las dos partes (...) equivalente al 10% (...)

Valor Cláusula Penal: \$ 1.673'171'485,00

5. Silencios Administrativos Positivos Aplicables

Por cuanto transcurrieron más de tres meses, desde que formulo petición a la administración (...) sin que se recibiera ningún pronunciamiento por parte de la citada entidad, dentro de dicho término, aplicable al caso en comento de conformidad a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, conforme a lo pactado en contrato 173-2009, numeral quinto (...)

- Silencio Administrativo protocolizado mediante escritura Pública 144 de 25 de enero de 2010, ante la Notaría No. Sesenta y dos del círculo de Bogotá D.C., el cual ocurre por el reajuste económico, teniendo en cuenta el incremento de las rutas por un valor de \$ 500.000.000,00
- Silencio Administrativo protocolizado mediante escritura pública No. 459 de fecha 22 de febrero de 2010 ante la

notaría No. Sesenta y dos del círculo de Bogotá D.C. el cual ocurre por el incremento de rutas y el incremento de pan, queso y bocadillo por un valor de \$747.200.000,00

- c. Silencio Administrativo protocolizado mediante escritura pública No. 460 de fecha de 22 de febrero de 2010, ante la notaría No. Sesenta y dos del círculo de Bogotá, el cual ocurre por el incremento de rutas y el incremento de pan, queso y bocadillo por un valor de \$ 747.200.000,00
- d. Silencio Administrativo protocolizado mediante escritura pública No. 461 de fecha 22 de febrero de 2010, ante la notaría No. Sesenta y dos del círculo de Bogotá D.C., el cual ocurre por el incremento de rutas y el incremento de pan, queso y bocadillo por un valor de \$747.200.000,00.

La Gobernación de Boyacá hasta la fecha ha cancelado la suma de (...) \$12.666.520.500,00 (...)

El valor de lo entregado por EMCOOP LTDA, Diez y seis mil setenta y un millones doscientos setenta y nueve mil ochocientos cincuenta pesos m/cte (\$ 16.731.714.850,00).

- Valor Silencios Administrativos \$ 2.741.600.000,00

Adendos, daños y perjuicios

6. Daños y perjuicios

a. Daño Emergente

- Raciones no entregadas por la no entrega por parte de la Gobernación de la infraestructura, logística y condiciones necesarias para el desarrollo del programa

Mes de abril	\$ 527.747.500,00
Mes de mayo	\$ 181.782.500,00
Mes de junio	\$ 119.297.500,00
Mes de julio	\$ 70.612.500,00
Mes de agosto	\$ 19.213.750,00
Mes de septiembre	\$ 50.325.750,00
Mes de octubre	\$ 324.330.000,00
Mes de noviembre	\$ 119.652.500,00
Mes de diciembre	\$ 552.032.250,00

(...)

Valor de raciones no entregadas: \$ 1.964.993.500,00

- Daños y perjuicios de terceros, este valor ocurre por el valor de las pretensiones y sanciones que solicitan en las demanda instaladas contra EMCOOP LTDA, por el incumpliendo de la Gobernación de Boyacá, de la cláusula tercera-forma de pago del contrato 0713-2009 (...) ya que por falta de pago de la Gobernación de Boyacá, los cheques y pagos programados a los proveedores, contratistas, laborales, y demás obligaciones legales de la empresa (...) se incumplieron las obligaciones contraídas por EMCOOP LTDA, en desarrollo del contrato citado.

(...) Emcoop LTDA desde la fecha 20 de noviembre de 2009 se vio en la necesidad de retrasarse en el pago

con colaboradores y proveedores lo que le generó las siguientes demandas, sin perjuicio de que este valor se vaya actualizando, hasta la fecha en que se configure efectivamente el pago por parte de la Gobernación de Boyacá (...)

[Se reportaron 33 procesos en contra de EMCOOP, luego de lo cual se indicó:]

- *Lo que generó perjuicios por la suma de 3.874.931.000,00 más intereses \$120.000.000,00 para un total de 3.994.931.000,00 y costas hasta que se efectúe el pago por la Gobernación de Boyacá.*

Valor total daños y perjuicios de terceros: \$ 3.994.931.000,00

Valor Total daño emergente: \$ 5.959.924.500,00

7. Lucro cesante

a. Utilidad estimada

- *El lucro cesante corresponde al valor de la utilidad estimada por la empresa por cada contrato teniendo en cuenta que la empresa siempre estima un 6% de cada proyecto, en este caso se estima de la misma forma el cual corresponde a:*

Valor estimado: \$ 1.003.902.891,00

b. Daños morales:

- *Este lucro cesante corresponde al daño moral, la imagen, disociación y discriminación de la empresa operadora EMCOOP LTDA, por parte de la Gobernación de Boyacá; declaraciones en radio, prensa y televisión, lo cual causo como consecuencia la no contratación y pérdida de opciones de trabajo para la empresa que en años anteriores alcanzaba en aproximado a un:*

Valor Promedio: \$ 1.166.600.000,00

Valor total presente acta de liquidación del contrato No. 00713 del 24 de marzo de 2009, firmado entre las partes Gobernación de Boyacá y EMCOOP LTDA, teniendo en cuenta los silencios administrativos daños y perjuicios

Valor a pagar a EMCOOP LTDA: \$ 14.482.790.197,00

Pretensión cuarta: en cuanto a la vinculación de personal que se reconozca que es por contrato de voluntariado y no por contrato laboral como lo pretende la gobernación de Boyacá (...) por lo anterior, basándonos en este argumento y de acuerdo al compromiso de vinculación de talento humano presentado por la cooperativa y aceptado por la Gobernación de Boyacá se establecen diferentes formas de vinculación de personal en la cual las ecónomas ingresan con vinculación de voluntariado de acuerdo a la ley 720 (...)

La multa por no pago de salarios y prestaciones sociales es ilegal por parte de la gobernación de Boyacá ya que no corresponde a lo ofertado y contratado, por lo tanto el descuento en el acta de liquidación unilateral no aplica por ilegalidad.

(...)

Pretensión quinta: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 00136 de fecha 18 de junio de 2010 no se aplique el descuento de \$229.763.624,08 millones, por la causal de mala calidad nutricional y faltantes propuesta por el Departamento de Boyacá

(...)

El contrato 07713-2009, dentro del plazo de ejecución contractual, que es la oportunidad legal, desde el acta de inicio de fecha de 30 de marzo de 2009, hasta la finalización contrato con su acto administrativo que comunicaba a los municipios que hasta esa fecha iba el contrato de EMCOOP LTDA, circular de comunicación a los municipios, la cual nunca fue notificada a EMCOOP LTDA, sino declarada unilateralmente con violación al debido proceso a EMCOOP LTDA. Se cuestionó la calidad nutricional, ítem por el cual EMCOOP LTDA nunca fue requerido por éste concepto por parte de la interventoría dentro del plazo de ejecución del contrato. Por lo tanto no es legal el descuento pretendido por la Gobernación de Boyacá (...) Dicho descuento se aplicó de manera arbitraria por la Gobernación de Boyacá desconociendo los principios del debido proceso, contradicción, a EMCOOP LTDA, ya que no se dio aplicación al procedimiento antes mencionado.

Pretensión Sexta: Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de la Resolución 000136 de fecha 18 de junio de 2010, el aparte correspondiente a Centro de Acopio: no estaban contratados ni ofertados se considera un elemento obligatorio pero no se cuantifican dentro de la propuesta ni se estipula un descuento de acuerdo a su montaje y funcionabilidad y a su vez en la propuesta presentada por EMCOOP LTDA, y en la parte correspondiente al compromiso de Centro de Acopio solo se afirma en cómo debe estar compuesta las bodegas así mismo los elementos de que deben tener y así mismo se cumplió con eso.

(...)

En el acta unilateral de liquidación la gobernación exige un centro de acopio zonal, es decir 11 zonas 11 centros (...)

La solicitud de la Gobernación al final del contrato de instalar los centros de acopio zonales es imposible de llevar a cabo si se tiene en cuenta que ninguna de las zonas de productos de todos los insumos necesarios para el programa alimentario (...)

La instalación de 11 centro de acopio no es funcional, generaría mayores costos, doble manipulación de alimentos (...)

Emcoop Ltda cumplió a cabalidad logísticamente con la ejecución del programa y tenía discrecionalidad de organizar sus centros de acopio siempre y cuando el resultado fuera el comprometido en la ejecución de programa.

Pretensión séptima: Reconocimiento y pago de intereses por actas no pagadas (...)

La gobernación dio anticipo % 6.491.086.500,00 40% del contrato original, con fecha 30 de marzo de 2009

Acta No.	Valor	Amortización Anticipo	Mes cobrado	Fecha pago
1	\$ 1.017.926.250	\$ 407.140.500	Abril	24 de junio 09
2	\$ 1.915.935.000	\$ 766.374.000	Mayo	24 de julio 09
3	\$ 1.426.750.000	\$ 570.550.000	Junio	11 agosto 09
4	\$ 1.475.063.750	\$ 590.025.500	Julio	9 septiembre 09

5	\$ 2.078.495.000	\$ 831.398.000	Agosto	15 septiembre 09
6	\$ 2.378.595.000	\$ 951.438.000	Septiembre	22 octubre 09

(...) Emcoop Ltda radicó ante la interventoría, la documentación correspondientes a las raciones suministradas durante los meses de octubre, noviembre y diciembre, de las cuales aún no se ha generado ningún tipo de pago, ni total ni parcial a la empresa. (...) Pretensión Octava: Se declare a favor de EMCOOP Ltda, el reconocimiento del valor de los intereses comerciales legales y moratorios causados al momento de la presentación de la demanda de la suma adeudada, desde 27 de noviembre de 2009 (...) hasta el momento del pago efectivo total (...)

Pretensión Novena: Se declare a favor de EMCOOP LTDA el pago de valor de los ítems adicionales ejecutados por EMCOOP LTDA, según adicional 1 al Contrato de Prestación de Servicios (...) por el valor de (...) \$ 299.998.600 (...), por cuanto se quiso dotar 32 unidades aplicativas de los elementos que permitan la correcta prestación del servicio (...), cuya forma de pago se rige por la cláusula tercera del contrato principal de la siguiente manera «un anticipo del cuarenta por ciento» (...) sin que hasta la fecha el Departamento de Boyacá incluso no ha cumplido con el anticipo del Adicional 1 (...) y por parte de EMCOOP un cumplimiento del 100% de las entregas de estufas, refrigeradores y otros elementos (...)

Pretensión Décima: Se declare a favor de EMCOOP LTDA el pago del valor de los ítems adicionales ejecutados por EMCOOP LTDA, según adicional 2 al contrato de prestación de servicios (...) por el valor de (...) \$ 204.000.0000, cuyo objeto es suministrar y distribuir 204.000 refrigerios con destino a 8.000 niños y niñas menos de cinco años y 8.000 padres, madres o adultos responsables (...), cuya forma de pago se rige por la cláusula tercera del contrato principal de la siguiente manera «un anticipo del cuarenta por ciento» (...) sin que hasta la fecha el Departamento de Boyacá incluso no ha cumplido con el anticipo correspondiente al Adicional 2 y por parte de EMCOOP un cumplimiento del 100% del objeto del adicional (...).

Pretensión Once: Se reconozca a favor de EMCOOP LTDA, el daño por mayor transporte: la falta de planeación por parte de la Gobernación de Boyacá (...) el incremento generado por este factor para la empresa ascendió a las suma de (...) \$ 500.000.000,00

Pretensión Décima Segunda: se condene a la parte demandada a las expensas y costas del proceso.

Pretensión Décima Tercera: Dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del CCA.

Pretensión Décima Cuarta: Que se cumplimiento a los estipulado en el artículo 178 del CCA y se ajuste el valor de la condena tomando como base el Índice de Precios al consumidor, o la por mayor, concordante con lo dispuesto en los artículos 170 y 172 del CCA y 307 y 308 del C. de P.C.

2. La parte demandante basó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

3. 1) El Departamento de Boyacá y EMCOOP suscribieron, el 24 de marzo de 2009, el contrato 713 de 2009, cuyo objeto era “*brindar complementación alimentaria a niños y niñas de las instituciones educativas oficiales del departamento, en condiciones de extrema vulnerabilidad y pobreza, focalizados en los grupos de edad ubicados en Bachillerato Básico para 122 municipios del Departamento durante 157 días del calendario escolar*”, por valor de \$16.227.250.000.

4. 2) El 30 de marzo de 2009 se firmó el acta de inicio del contrato.

5. 3) Las partes modificaron el contrato mediante los siguientes acuerdos:

- a. 3.1) Aclaratorio 1, de 24 de marzo de 2009, en el cual se pactó que el municipio de Tota pertenecía a la zona 3, con 192 cupos urbanos y un valor de \$1.250,00 por ración, con atención por 157 días y un valor de \$34.343.750,00
- b. 3.2) Modificadorio 2, de 16 de abril de 2009, en el cual el contratista se obligó a prestar el mismo servicio para “*preescolar y básica primaria*”, para 122 municipios y durante 141 días para un valor de \$15.567.281.250.
- c. 3.3) Modificadorio 1, de 24 de abril de 2009, en el que acordaron que el servicio se prestaría por 157 días a bachillerato básico, preescolar y básica primaria.
- d. 3.4) Adicional 1, de 1 de junio de 2009, en el que se adicionaron \$299.998.600, para que el contratista adquiriera los equipos necesarios para la adecuada prestación del servicio en 32 unidades aplicativas que no contaban con las condiciones necesarias para garantizar el servicio.
- e. 3.5) Aclaratorio 2, de 16 y 24 de abril de 2009, por medio del cual se modificó el valor del contrato, y su objeto, para un valor de \$15.567.281.250,00.
- f. 3.6) Modificadorio 3, de 23 de julio de 2009, en el que se acordó que el operador atendería la población mediante “*ración preparada, ración empacada y lista para el consumo en sitio*” en aquellos municipios que no contaban con las condiciones de infraestructura adecuada para la prestación del servicio.
- g. 3.7) Adicional 2, de 7 de septiembre de 2009, en el que se adicionaron \$204.000.000 con el fin de suministrar y distribuir 240.000 refrigerios con destino a 8.000 niños y niñas y 8.000 padres de familia.
- h. 3.8) Modificadorio 1 del adicional 2 del contrato, de 5 de octubre de 2009, por medio del cual se acordó que el dinero no ejecutado se invertiría en aumentar el valor de la ración a niños de menos de 1 año.

6. 4) El Departamento suspendió los pagos a EMCOOP durante los meses de octubre, noviembre y diciembre, lo que generó incumplimiento en pagos de EMCOOP a sus empleados y proveedores.

7. 5) Mediante la circular de 18 de noviembre de 2009, el Departamento de Boyacá dio a conocer a los municipios que la fecha de prestación del servicio finalizaría el 27 de noviembre de 2009, sin que esto se hubiera comunicado a EMCOOP.

8. 6) En la audiencia de 16 de febrero de 2010 las partes se pusieron de acuerdo en que debían liquidar bilateralmente el Contrato dentro de los 4 meses siguientes.

9. 7) El 22 de febrero de 2010, el Departamento entregó un borrador de acta de liquidación en el cual indicó que estaba a dispuesto a aceptar una liquidación con un valor de \$1.206.964.816.92 a favor de EMCOOP.

10. 8) El 8 de marzo de 2010 EMCOOP LTDA entregó al Departamento una propuesta de liquidación con un valor de \$10.877.859.197,00 a su favor. En resumen, los valores allí indicados fueron los que se pretendieron en la demanda que dio origen a este proceso.

11. 9) El 18 de marzo de 2010 se llevó a cabo una "*audiencia de salarios*", en la cual el Departamento informó a EMCOOP que existían reclamaciones laborales por parte de trabajadores suyos en contra del Departamento.

12. 10) El 31 de marzo de 2010, el Departamento hizo entrega de un nuevo borrador de acta de liquidación, en el cual incluyó un valor de \$1.208.958.675,42 a favor de EMCOOP.

13. 11) EMCOOP presentó solicitud de conciliación el 4 de junio de 2010.

14. 12) Mediante la Resolución 136 de 18 de junio de 2010, el Departamento de Boyacá liquidó unilateralmente el contrato 713 de 2009. Este acto administrativo fue notificado el 23 de julio de 2010.

15. 13) El 30 de julio de 2010, EMCOOP presentó recurso de reposición con la Resolución 136 de 2010. La entidad no resolvió en término el recurso, por lo cual se protocolizó el silencio administrativo negativo.

16. 14) EMCOOP protocolizó 5 "*silencios administrativos positivos*" en distintas fechas. El primero por \$500.000.000,00 por el aumento en los costos del transporte. Tres de ellos por valor de 747.200.000,00 "*por el incremento de rutas y el incremento de pan, queso y bocadillo*". El último de ellos por valor de \$1.622.771.625, "*por la exigencia de la cláusula penal del 10%*".

17. Los cargos de nulidad presentados por el contratista se concentraron en los errores de hecho y de derecho en que incurrió la entidad en su liquidación debido a que se desconoció el cumplimiento a satisfacción del objeto contractual y el texto del contrato que no permitía hacer las referidas deducciones. Lo anterior, en su entender es contrario al artículo 50 de la Ley 80 de 1993, sobre responsabilidad de las entidades estatales, y 1625 del Código Civil referido a los modos de extinción de las obligaciones. Además, el contratista consideró que se vulneró el derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 superior, pues no se adelantó un procedimiento administrativo antes de realizar las deducciones en la liquidación.

1.2. Posición de la parte demandada

18. El Departamento de Boyacá presentó **contestación de la demanda**³, en la cual solicitó que se negaran las pretensiones con base en las razones que se presentan a continuación.

19. El Departamento cumplió con todas sus obligaciones. En particular, pagó todas las cuentas de cobro debidamente presentadas, así como lo reconocido en actas. Lo anterior, con los debidos descuentos por anticipo y deudas pendientes del contratista.

20. Algunas de las raciones reclamadas por el contratista no pueden ser pagadas, pues las supuestas certificaciones se encontraban sin firmas. Según el Departamento lo que podía reconocerse ascendió a un valor de \$3.747.120.000,00, a lo que debía restarse el valor del anticipo no amortizado, \$2.374.130.500,00. Para un total adeudado de \$1.372.989.500. Suma efectivamente reconocida en el acta de liquidación unilateral.

21. Los descuentos por el incumplimiento de la Minuta Patrón no podían ser \$0, como pretendió el demandante, pues en el expediente se encontraban las quejas de personeros, directores y rectores que dan cuenta del incumplimiento en la entrega de los productos. Esto arrojó una suma de \$229.763.624,08. Lo mismo ocurrió con las deudas parafiscales de las ecónomas y el personal administrativo que el contratista no acreditó y que dio un valor de \$858.530.648,00.

22. Según el Departamento, EMCOOP incumplió con su obligación de entregar dotación a las manipuladoras de alimentos. En consecuencia, descontó \$50.490.440, dos dotaciones, a \$37.180 cada dotación por 679 ecónomas.

23. En relación con el adicional 1, señaló que tenía por objeto agregar recursos para adquirir los equipos necesarios para la adecuada prestación del servicio en 32 unidades aplicativas. El contratista no podía modificar la destinación de estos recursos, por tanto, ante los incumplimientos reportados por la interventoría, no podía pagarse la totalidad del valor del adicional. Entre los incumplimientos, se reportó que en ningún municipio se entregó la estufa acordada, en 2 municipios no se entregó la licuadora, el menaje fue entregado solo en 3 municipios y de manera incompleta, y el nevecón solo cumplió con las especificaciones en 19 municipios. Lo anterior consta en la siguiente tabla:

Municipio	Licuadora	Estufa	Nevera	Menaje
Sora	\$1.000.000,00			\$372.000
Pajarito	\$1.000.000,00		\$3.100.000	\$603.000
Tuta	\$1.000.000,00			
Corrales	\$1.000.000,00			\$372.000
Motavita	\$1.000.000,00			
La Capilla	\$1.000.000,00			

³ El 30 de mayo de 2010 F. 118-145 del cuaderno 1.

Otanche	\$1.000.000,00			
Sáchica	\$1.000.000,00			
Pisba	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Paya	\$1.000.000,00			
Labranzagrande	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Páez	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Sutatenza	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Tunungua	\$1.000.000,00			
Quípama	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
La Victoria	\$1.000.000,00			
Turmequé			\$3.100.000	
Miraflores	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Susacón	\$1.000.000,00			
Pesca	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Toguí	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Chirataque	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Umbita	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
San Mateo	\$1.000.000,00			
Jericó	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Chita	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Briceño	\$1.000.000,00			
Chivor	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
San Pablo de B.	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Santa María	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Tutaza			\$3.100.000	
Guateque	\$1.000.000,00		\$3.100.000	
Total	\$30.000.000.000		\$58.900.00,00	\$1.347.000
Total				\$90.247.000

24. Sobre los bienes comprados, pero no entregados, cuyo pago pretendió el demandante, indicó que los mismos no cumplían con las especificaciones técnicas y por ello no podían ser pagados.

25. En relación con el adicional 2, por medio del cual se adicionaron \$204.000.000 para distribuir 204.000 refrigerios, el Departamento puso de presente que solamente se entregaron 153.702 refrigerios. Es decir, la suma ejecutada efectivamente fue de \$136.830.340.

26. En punto de la abstención de devolución de dineros por valor de \$21.000.000, se puso de presente que la DIAN comunicó un embargo, el 10 de diciembre de 2009, hasta por \$2.000.000.000. Además, mediante la Resolución 105 de 17 de mayo de 2011, la Secretaría de Hacienda ordenó pagar la suma de \$21.000.000 a la DIAN.

27. En lo relativo a la retención del ICA, el Departamento argumentó que consignó todos los saldos a la DIAN, por lo cual no procedía su reconocimiento.

28. La parte demandada también se opuso a la pretensión sobre la cláusula penal, pues esta solamente podía hacerse efectiva contra la Cooperativa y a favor del Departamento, esto es, no se pactó a favor del contratista. En gracia de discusión, si aplicara la cláusula penal en contra de la entidad contratante, el Departamento no incumplió, con lo cual no podía hacerse efectiva en su contra.

29. Los silencios administrativos positivos, arguyó la entidad, no cumplen con los requisitos para su configuración en materia contractual. El contratista no tenía ningún derecho y no puede pretender su creación por esta vía.

30. La demandada señaló que los daños y perjuicios alegados por el demandante no le eran imputables, pues, de haberse generado, estos eran imputables a sus incumplimientos y nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

31. El Departamento alegó que desconocía que el modo de vinculación de personal se haría por mecanismos no-laborales como el “*contrato de voluntariado*”. Por tanto, no podía accederse a la pretensión declarativa sobre el particular.

32. La entidad adicionó que aplicó la cláusula cuarta del contrato sobre descuentos por productos faltantes. Puso de presente que siempre cumplió y contó con el apoyo de una interventoría diligente y capacitada, y con base en sus informes adoptó las decisiones correspondientes. En la contestación se puede leer también que la obligación de los centros de acopio existió desde la celebración del contrato y en nada se sorprendió al contratista con su exigencia. En lo que se refiere a las cuentas de cobro, se atribuyó al contratista haber incumplido su debida presentación con los soportes pactados.

33. Con fundamento en lo anterior, se propusieron las siguientes excepciones: “*excepción de incumplimiento del contratista de la obligación de presentar documentación y paz y salvo de proveedores para poder efectuar desembolsos*”; “*excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto no se demandó la resolución 377 de 2010 «por la cual se resuelve el recurso de reposición» (...)*»; y “*falta de requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa*”, pues se presentó la solicitud de conciliación antes de que se configurara el silencio administrativo negativo en relación con el recurso de reposición.

1.3. Sentencia de primera instancia

34. El 15 de junio de 2016, el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió **Sentencia**⁴, en la cual declaró probada la excepción de inepta demanda sobre la pretensión sexta y se negaron las demás pretensiones de la demanda.

35. El Tribunal explicó las diferencias conceptuales entre incumplimiento y desequilibrio económico, y con sustento en ello indicó que “*a pesar de que el actor hizo alusión al restablecimiento del equilibrio económico (...) sus pretensiones (...) tienen como fundamento el incumplimiento contractual*”.

⁴ F. 688-753 del cuaderno principal.

36. Señalado lo anterior, hizo un recuento de los hechos probados y estableció las obligaciones de cada parte en la ejecución del contrato. Luego, recordó que en materia de contratación estatal aplicaba la excepción de contrato no cumplido. Indicó que *“no ha[bía] discusión entre las partes frente al hecho consistente en que el Departamento no realizó ciertos pagos parciales del contrato”*. Pese a ello, el Tribunal sostuvo que *“las anteriores pruebas – documentales y testimoniales – permiten concluir que EMCOOP LTDA no cumplió con todas las obligaciones previstas en la cláusula tercera del contrato de prestación de servicios, de forma que el Departamento realizara el pago de los meses de septiembre y octubre”*. En particular, en la Sentencia de primera instancia se hizo énfasis en que el contratista no aportó paz y salvos con sus proveedores, pues había incumplido sus pagos. Esto había motivado varias reclamaciones directas en contra del Departamento y ponía en riesgo el plan de alimentación objeto del contrato. Igualmente, puso de presente que el pago de las obligaciones laborales había sido defectuoso, por lo que se había declarado el siniestro sobre el punto. Adicionalmente, en el expediente obran pruebas de que el Departamento tuvo que asumir pagos derivados de los incumplimientos del contratista en estos asuntos.

37. Señaló que no hubo una terminación anticipada con violación del debido proceso, en la medida en que las partes pactaron, por vía de una modificación, que el término del contrato sería de 144 días. Debido a que el acta de inicio se firmó el 30 de marzo, el Departamento no terminó anticipadamente el contrato cuando anunció a los municipios que el término finalizaría el 27 de noviembre de 2009.

38. El Tribunal determinó que no prosperarían las pretensiones, ya que el contratista no descargó su deber probatorio relacionado con: el no-pago de las raciones de octubre y noviembre; el derecho a recibir el pago del valor completo de los adicionales 1 y 2; el incumplimiento del Departamento que permitía un reconocimiento a su favor de la cláusula penal pecuniaria; la existencia o imputación del daño emergente, lucro cesante, o perjuicios morales.

39. En relación con los silencios administrativos trajo a colación la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia, e indicó que *“no tienen vocación de prosperidad porque los silencios administrativos positivos se refieren al restablecimiento del equilibrio económico del contrato y no a un derecho preexistente en el momento de presentación de la petición”*. En adición, resaltó que *“la Sala considera como conducta temeraria formular pretensiones para el reconocimiento de 4 silencios administrativos que tienen su origen en los mismos hechos”*.

40. Sobre el descuento de los embargos, el Tribunal dio por demostrado que EMCOOP había solicitado que estos dineros se consignaran a la DIAN, y que así lo había hecho el departamento. En lo que concierne a los descuentos por Reteica, la corporación de primera instancia señaló que ningún descuento se había hecho en la liquidación, lo que obligaba a negar esta pretensión.

41. En la Sentencia de primera instancia también sostuvo el Tribunal que, si bien se podía vincular personal voluntario para la ejecución del contrato, *“tenía que existir prueba de la aceptación de la voluntaria”*. Luego, no podían ponerse en riesgo los derechos laborales de los empleados. Además, si el contratista omitió las cargas laborales en su propuesta, esto solamente era imputable a sí mismo, por lo que no prosperó tampoco su pretensión sobre el punto.

42. En lo relativo a los descuentos por incumplimiento de la Minuta Patrón, citó varias pruebas que demostraban que la alimentación entregada a los menores no cumplía con los estándares acordados. Además, indicó que esto había sido debidamente informado al contratista. El Tribunal aclaró sobre el punto que el *“descuento no se trató de una sanción impuesta por incumplimiento, sino de sumas de dinero que no se ejecutaron”*. Por ello, agregó *“no encuentra la Sala que con estas actuaciones el contratante haya violado el debido proceso de EMCOOP LTDA, pues cumplió con lo dispuesto en la ley”*.

43. La Sentencia recurrida también sostuvo que la pretensión sexta sobre los centros de acopio no contenía de forma adecuada y precisa lo que se pedía, por lo que se declaró de oficio la excepción de inepta demanda.

44. Ante la ausencia de reconocimientos dinerarios a favor de EMCOOP, negó las pretensiones sobre intereses. Finalmente, el Tribunal condenó en costas al demandante por su conducta temeraria, puesto que solicitó el mismo valor en más de una pretensión *“conducta reprochable por constituir un abuso del derecho de acción”*.

45. La Sentencia de primera instancia indicó en su parte resolutive:

“PRIMERO. No prosperan las excepciones propuestas por la entidad demandada (...)

SEGUNDO. Prospera la excepción de incumplimiento del contratista de la obligación de presentar documentación y paz y salvos de proveedores para poder efectuar desembolsos (...)

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, negar las pretensiones primera, segunda, tercera numerales 1°, 4°, 6°, 7°, novena y décima correspondientes al valor de suministro de las raciones de octubre y noviembre de 2009, de los adicionales 1 y 2 del contrato de prestación de servicios N° 00713 de 2009; cláusula penal; daño emergente; lucro cesante; y perjuicios morales

CUARTO: Se declara probada de oficio la excepción de inepta demanda respecto de la pretensión sexta (...)

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, se inhibe la Sala para pronunciarse frente a la pretensión sexta.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la parte demandante, liquídense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 393 del C.P.C.

OCTAVO: Fijar como agencias en derecho la suma de (...) \$10.000.000 a cargo de EMCOOP LTDA y a favor del Departamento de Boyacá

1.4. Recurso de apelación

46. EMCOOP presentó **recurso de apelación**⁵ en contra de la sentencia de primera instancia con base en los siguientes motivos de inconformidad:

47. Los 141 días de que trataba el contrato terminaban el 4 de diciembre de 2009, con lo cual la Circular sí terminó anticipadamente el contrato.

48. El contrato se modificó *“lo que produjo una disminución del valor ya contratado, y legalizado; perjudicando notablemente a la cooperativa”*.

49. El objeto original del contrato era entregar raciones a la población de entre grados 6 a 11 en el área urbana *“luego de esto el ente gubernamental modific[ó] el área de suministros de raciones; para ser entregadas en área rural (...) esto causó sobrecostos para la entrega de las raciones, una de ellas se evidenció por cuanto en varios lugares se hacía el transbordo y se debió buscar camionetas 4X4”*.

50. La bienestarina era parte de los refrigerios. Sin embargo, el ICBF se negó a entregar este producto, motivo que llevó a EMCOOP a comprar un refrigerio con bebida, pan y bocadillo, lo que explica el costo adicional reclamado por vía de los derechos de petición y silencios administrativos positivos. Lo anterior por un valor de \$747.200.000,00. Indicó que las tres reclamaciones por el mismo valor solamente eran *“para demostrar el alto grado de negligencia administrativa de la Gobernación de Boyacá”* y que no hubo mala fe de su parte.

51. Argumentó que el Departamento conoció de la manera de vinculación *“voluntaria”* de las ecónomas y que obraba prueba de ello en el expediente. Por ello solicitó el pago retenido por este concepto, y que se declarara que su incumplimiento con proveedores y empleados se debió al incumplimiento de la entidad.

52. Reiteró los argumentos de la demanda relacionados con el adicional 1, y los trajo nuevamente para alegar el presunto incumplimiento del Departamento. Señaló que las estufas se habían entregado (AZ 6 anexo 48), así como todos los demás elementos (libros II Folios 53 al 239). Sobre las actas de entrega de la interventoría se puso de presente que había actas de la misma fecha en lugares distantes del Departamento, que no podían ser ciertas dada su ubicación geográfica. Finalmente, según el apelante, debido a que los adicionales estaban sometidos a las mismas cláusulas del contrato, el Departamento debió pagar un anticipo del 40% por cada uno.

53. Igualmente, repitió los argumentos relacionados con los descuentos y la vulneración al debido proceso.

⁵ El 8 de julio de 2016 F. 758-811 del cuaderno principal.

54. Indicó que no debió declararse probada la excepción de contrato no cumplido, pues solamente había incumplido sus pagos con cuatro proveedores antes de septiembre – 3 de los cuales se pagaron posteriormente–, y que los demás tuvieron como causa el incumplimiento del Departamento.

55. Con cita de los testimonios rendidos en el proceso, por quienes fueran interventores durante algún tiempo, se intentó demostrar que el contratista había cumplido a satisfacción con sus obligaciones contractuales.

56. El apelante señaló que los embargos eran improcedentes, pues el contrato no tenía un porcentaje de AIU, los valores eran todos para la ejecución del contrato, y eran, en su entender, recursos públicos inembargables.

57. Puso de presente que según el Código Sustantivo del Trabajo las ecónomas solamente tenían derecho a 2 dotaciones, por lo que no podía practicarse ningún descuento por esta razón. Resultaba absurdo, indicó el apelante, que la última dotación se entregara tan cerca de la terminación del proyecto.

58. En punto de la declaratoria de ineptitud sustantiva de la pretensión sexta, la parte demandante arguyó que se habían realizado descuentos por este concepto, por lo cual debió estudiarse que el contratista no tenía la obligación de poner centros de acopio en “*sitios remotos*”. Luego reiteró las dificultades de ubicar esos centros de acopio.

59. El apelante insistió en que a partir de octubre la nueva interventoría no hizo un trabajo de campo real, sino de “*oficina*”. Por tanto, resultaba imposible dar credibilidad a lo consignado en los documentos de la interventoría final.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo. 2.2. Sobre la condena en costas.

2.1. Análisis sustantivo

60. Le corresponde a la Sala decidir sobre los aspectos planteados por el apelante único en su escrito de 8 de julio de 2016; esto es, si: (a) EMCOOP presentó una pretensión en contra de la terminación anticipada del contrato y, de encontrarse, si este fue terminado con vulneración de su derecho al debido proceso; (b) hubo una ruptura del equilibrio económico del contrato en contra de EMCOOP por los costos causados por la modificación del contrato en la cual se comprometió a entregar refrigerios en la zona rural, o por la imposibilidad de distribuir bienestarina, lo que llevó a reemplazar este producto con otros; (c) EMCOOP tiene derecho a recibir los recursos retenidos por el Departamento como consecuencia del impago de sus obligaciones relacionadas con los trabajadores y las ecónomas, así como sus prestaciones sociales; (d) el Departamento incumplió al no entregar los anticipos de los adicionales 1 y 2, y el contratista cumplió satisfactoriamente con las obligaciones que tuvieron fuente en esos adicionales, y, en consecuencia, tiene derecho al pago de la totalidad de esos recursos; (e) debe ordenarse el pago al contratista del dinero

descontado por no haber cumplido con sus obligaciones, pues no se adelantó un procedimiento sancionatorio en su contra; (f) fue contraria a la realidad de la ejecución contractual la excepción de contrato no cumplida alegada por la demandada, pues los incumplimientos fueron causados, justamente, por su incumplimiento en los dos últimos pagos, y esto causó perjuicios que deben ser indemnizados a EMCOOP; (g) los embargos en contra del contratista fueron contrarios a derecho y generaron perjuicios que deben ser resarcidos; (h) el contratista cumplió con su obligación contractual de entregar dotaciones a las ecónomas y no podían realizarse descuentos por este motivo; (i) la pretensión relacionada con los centros de acopio, declarada inepta en la decisión de primera instancia, cumple con los requisitos para ser estudiada de fondo y si el contratista tiene derecho a que no se le descuente ningún valor por los presuntos incumplimientos relacionados con este asunto. Finalmente, de haber lugar a ello, (j) la Sala liquidará y actualizará la condena.

61. Antes de entrar en el análisis sustantivo, la Sala considera indispensable poner de presente que el contrato de prestación de servicios que dio origen al litigio fue celebrado en el marco del artículo 355 constitucional y el Decreto 777 de 1992⁶.

62. A ese tipo de contratación, bajo la vigencia del Decreto 777 de 1992, no resultaban aplicables, en principio, las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración, pues, según el artículo 1 del reglamento constitucional autónomo vigente para entonces “[l]os contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren (...) deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”.

63. Como se observa, en este régimen contractual se admitió el uso de facultades unilaterales, y en el contrato las partes pactaron expresamente, en la cláusula vigésima⁷, la posibilidad de liquidar el contrato unilateralmente mediante acto administrativo. A la luz de lo anterior, el Departamento tenía la competencia de liquidar unilateralmente el contrato, pues existía una norma expresa que lo habilitó para ello, a pesar de que se trataba de un contrato con un régimen contractual especial primariamente de derecho privado.

A. Nulidad de la terminación anticipada del contrato, su presentación como pretensión y la vulneración al debido proceso del contratista

64. Una vez revisadas las pretensiones, no se encontró ninguna relativa a la presunta terminación anticipada del contrato. La única referencia que se hizo a la Circular de “terminación” fue a propósito de los argumentos que sustentaban la pretensión quinta. Sin embargo, dicha pretensión se refiere, según el texto literal y

⁶ F. 14, A-Z 1, F. 14.

⁷ “Cláusula vigésima: Liquidación: el presente contrato deberá liquidarse de acuerdo por las partes dentro de los 4 meses siguientes a su terminación, mediante la suscripción del acta de liquidación. Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación se procederá conforme a lo previsto en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993”.

el aparte denominado “*análisis de las pretensiones*” del escrito de subsanación de la demanda, a que “*no se aplique el descuento manifestado por la Gobernación de Boyacá como descuentos por faltantes (...)*”. Por lo tanto, esta Sala no puede estudiar una presunta terminación anticipada en relación con la cual no existe pretensión.

B. Ruptura del equilibrio económico del contrato causada por una modificación contractual-transporte- y la imposibilidad de adquirir un producto-bienestarina- destinado a los refrigerios

65. Como se aclaró, el contrato objeto de litigio estaba sujeto al artículo 355 superior, al Decreto 777 de 1992 y, según este último, estaba sometido al derecho privado, salvo por las disposiciones expresamente incorporadas por esas normas. Es decir, se trataba de un contrato estatal especial. Por lo mismo, las disposiciones del Estatuto General de Contratación sobre equilibrio económico del contrato no resultan aplicables⁸. En consecuencia, todas las pretensiones del contratista que reclaman una ruptura del equilibrio económico deberían ser rechazadas.

66. Ahora bien, si se interpretan las pretensiones para aplicar las normas de derecho privado relevantes en materia de alteración de las condiciones de ejecución, sería necesario recurrir al artículo 868 del Código de Comercio sobre excesiva onerosidad sobrevenida. Analizadas en el marco de esa norma, las pretensiones serán rechazadas por las razones que se explican a continuación.

67. La excesiva onerosidad sobrevenida tiene una lógica distinta al desequilibrio económico, pues pretende remover, a futuro, las dificultades que se le presenten a una de las partes de un contrato durante su ejecución. Por esto, el artículo 868 del Código de Comercio exige que las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, deben alterar una “*prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes*”. Esto guarda coherencia con las potestades que otorga al juez el inciso segundo de ese artículo, pues este autoriza a ordenar el reajuste o la terminación del contrato; órdenes que no tendrían sentido en relación con una prestación ejecutada o un contrato terminado.

68. Respecto de esta norma, Hineirosa sostuvo: “*se concluye que quien ya pagó, logró sortear las dificultades que se le oponían y, por lo mismo, no cuenta con razones valederas para volver sobre hechos cumplidos. (...) de modo que si la demanda de reajuste o terminación se introduce luego de ejecutada la prestación devenida más onerosa, ya no existe sujeta materia para la actividad judicial, pues no hay contrato que cambiar, u obligación que reajustar, pues todo concluyó por cumplimiento-pago*”⁹.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de abril de 2021, exp. 48962; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 10 de febrero de 2021, exp. 47068

⁹ Fernando Hineirosa, Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones: negocio jurídico, volumen 2, p. 523.

69. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado “[b]ien se advierte del *factum normativo*, que la revisión versa sobre «la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes», esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado”¹⁰.

70. En el caso no existe ninguna prestación de futuro cumplimiento que pueda ser objeto de revisión o terminación judicial de conformidad con lo normado por el artículo 868 del Código de Comercio. Así las cosas, las pretensiones de la parte demandante serán negadas como consecuencia de que el contrato que dio origen a la controversia terminó y fue liquidado.

71. Adicionalmente, si se interpretaran estas pretensiones como si se refirieran a un incumplimiento de la entidad contratante, y no a un tema de equilibrio o excesiva onerosidad, tampoco sería posible acceder a ellas, puesto que el contratista se comprometió a través de una modificación contractual a entregar las raciones en los colegios de zonas rurales por los que reclama un mayor valor por transporte y aceptó cambiar la bienestarina, que no pudo adquirir, por otros productos. Luego, la entidad no exigió nada distinto a lo que las partes expresamente acordaron.

C. Recursos retenidos o descontados por el impago de las obligaciones laborales del contratista: las ecónomas y su vinculación al proyecto

72. La Sala debe decidir si el Departamento podía, válidamente, descontar en el acto de liquidación \$858.530.648,00, pues no se realizó el pago de parafiscales y seguridad social de las ecónomas de marzo a noviembre, así como el valor de \$48.025.512 por los mismos conceptos para otros trabajadores. El Tribunal decidió que la oferta de EMCOOP no había incluido voluntarias, sino vinculación laboral y, en consecuencia, consideró ajustado a derecho el descuento realizado por el Departamento. El apelante puso de presente que las ecónomas habían sido vinculadas mediante contrato de voluntariado y se les pagaba 100 pesos por ración servida, e indicó que EMCOOP no tenía deudas por prestaciones sociales de las ecónomas. Además, trajo a colación un informe de la Contraloría que pretendió demostrar que la retención se hizo sin debido sustento jurídico.

73. En primer lugar, la Sala pone de presente que no tiene competencia para decidir sobre la naturaleza jurídica de la relación entre las ecónomas y EMCOOP. La existencia o no de contratos de trabajo o voluntariado, o contratos realidad, es un asunto de competencia exclusiva de la jurisdicción laboral y no se hará, a diferencia de lo que hizo el Tribunal, ningún pronunciamiento sobre el punto.

74. En lo que se refiere a la controversia contractual entre EMCOOP y el Departamento de Boyacá, lo único que interesa es si la retención de saldos se ajusta a lo pactado en el contrato. En la cláusula cuarta, el Departamento se obligó a “*verificar en los casos en que haya lugar, el cumplimiento de las obligaciones*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, discutida y aprobada en sala de 22 de noviembre de 2011.

laborales". Además, en la cláusula tercera sobre forma de pago, las partes acordaron que el contratista debía "*presentar copia de los recibos de pago que los contratistas realicen por concepto de pago de parafiscales y la seguridad social (Salud y ARL) integral del mes inmediatamente anterior, de los empleados y contratistas a su cargo; copia de los paz y salvo con proveedores correspondientes*".

75. El contratista no presentó para sus pagos todos los certificados de orden laboral exigidos en la cláusula de forma de pago, ni si quiera en relación con los trabajadores administrativos. Adicionalmente, obran pruebas en el expediente de que el Departamento fue declarado solidariamente responsable por juzgados laborales y el Tribunal Superior de Boyacá¹¹, por deudas laborales de EMCOOP. Esto constituye un incumplimiento del contratista, ya que se había obligado, en la cláusula novena del contrato, a mantener "*indemne al Departamento de los reclamos, demandas, acciones legales o casos que se generen por daños o lesiones causadas a personas o bienes de terceros, ocasionadas por el Contratista, subcontratistas o proveedores durante la ejecución del objeto del contrato*".

76. Así las cosas, esta Sala no encuentra que los descuentos por deudas laborales hayan sido contrarios al texto del contrato, menos aún cuando el Departamento ha sido declarado responsable y ha tenido que pagar por deudas laborales del demandante. En adición, los argumentos y pruebas presentados no lograron desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral.

D. Los adicionales 1 y 2, el no pago de los anticipos, el cumplimiento del contratista y el derecho al pago de los recursos adicionados

77. Los argumentos del contratista relacionados con los anticipos que debió recibir sobre cada uno de los adicionales serán rechazados. La cláusula de forma de pago del contrato establecía "*un anticipo del 40%*". Además, los adicionales 1 y 2 las partes adicionaron el valor y acordaron que "*las demás cláusulas continúa[ba]n vigentes*". Sin embargo, la cláusula de forma de pago textualmente indicaba "*un anticipo del cuarenta por ciento (40%), es decir la suma de seis mil cuatrocientos noventa y un millones ochenta y seis mil quinientos pesos*". Por ello, resulta claro que se pactó un anticipo sobre el valor original del contrato, pero no para sus adicionales, que fueron celebrados después del pago del anticipo.

78. En lo que concierne al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los adicionales 1 y 2 que darían derecho a recibir los valores descontados por el Departamento por su no ejecución, la Sala encuentra lo siguiente:

79. El demandante aportó al proceso las garantías de las licuadoras, estufas y los equipos de refrigeración adquiridos¹². Obran en el expediente actas de entrega de parte del menaje (cucharas, vasos plásticos, platos calderos, entre otros), así como de las licuadoras, congeladores y las estufas¹³.

¹¹ Obrán sentencias, resoluciones de pago y certificaciones de egreso, cuaderno 2.

¹² A-Z 6, anexo 48.

¹³ Ibidem.

80. De otra parte, obran informes de “supervisión” elaborados por la Interventoría, según los cuales las estufas entregadas por el contratista eran de 2 y 3 puestos –lo que se confirma con las actas de entrega aportadas con la demanda– y no de 4 como se había pactado¹⁴.

81. Revisadas las pruebas, se evidencia que, como lo advirtió la interventoría, las estufas entregadas no cumplían con las especificaciones técnicas y, por tanto, el Departamento no estaba obligado a pagarlas. Esta Subsección sostuvo de manera reciente que el demandante debe demostrar el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con las especificaciones técnicas para que pueda ordenarse su pago¹⁵. Lo anterior resulta, de un lado, del alcance de las obligaciones que tienen fuente en el contrato y, del otro, de la carga de la prueba que tiene el demandante.

82. Adicionalmente, esta Sala encontró evidencia de la entrega de 28 de los congeladores¹⁶. Pese a ello, el Departamento solamente reconoció el pago de 19 de ellos. El informe final de interventoría, realizado con posterioridad a la terminación del contrato, excluyó algunos de estos congeladores, ya que habían sido entregados a personas distintas del rector de la correspondiente unidad educativa y procedió a verificar, una vez más, si se habían entregado, pero esta vez con la información suministrada por los personeros. Para la Sala, el informe de interventoría no tiene la potencialidad de desvirtuar la credibilidad probatoria que tienen las actas de entrega suscrita por servidores públicos durante la ejecución del contrato. Se resalta que en el adicional 1 no se pactó que las actas de entrega debían ser firmadas por el rector de cada institución, ni esto había quedado acordado de tal manera en el contrato, por lo que no puede desconocerse el contenido de las actas de entrega.

83. A la luz de lo sostenido, se declarará la nulidad parcial de la Resolución demandada y se condenará al Departamento al pago de 9 congeladores recibidos por las instituciones educativas a que se había obligado el contratista, según consta en las actas de entrega. Cada congelador, según los acuerdos de las partes y la liquidación unilateral, tenía un valor de \$3.100.000, para un total de \$27.900.000. por los 9 congeladores.

84. De otra parte, revisadas las actas, no se observó, como alegó el contratista, que se hayan entregado todas las licuadoras y todo el menaje¹⁷, sino parte de ello, como indicó la interventoría. Entonces, el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación en lo relativo al adicional 1 sobre la dotación entregada a los colegios del Departamento de Boyacá sobre el particular.

¹⁴ En el adicional 1 se lee “*estufa industrial de 4 puestos con bocel 2 dobles, cacerolero y 1 asador*”.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de julio de 2021, exp. 48508.

¹⁶ Según las actas de entrega los refrigeradores se entregaron en: Sora, Pajarito, Tuta, Motanta, la Capilla, Corrales, Motavita, Pesca, Otanche, Sáchica, Piñba, Paya, Labranzagrande, Paéz, Sutatenza, Tunungua, La Victoria, Turmeque, Susacón, Togüi, Chitaraque, Umbita, San Mateo, Chita, Chivor, San Pablo de Borbur, Santa Mónica, Tutaza.

¹⁷ El menaje fue entregado completamente, según las actas de recibo, en los municipios de Sora, y Corrales, y parcialmente en Pajarito Así se observa en las propias actas de entrega aportadas por el contratista.

85. El apelante no desarrolló las razones por las cuales consideró que la Sentencia de primera instancia debía ser modificada en lo referente al adicional 2, lo que imposibilita el análisis de las inconformidades con la decisión. Además, una vez revisado el material probatorio, esta Sala comparte la conclusión alcanzada por el Tribunal, pues (1) el acto administrativo de liquidación, en donde se dejó consignado que el contratista había entregado 153.702 raciones de las 240.000 del adicional 2, está cobijado por presunción de legalidad (2) el demandante no presentó pruebas que desvirtuaran lo decidido en el acto y (3) la decisión de la liquidación unilateral está fundada en el informe de supervisión que reportó un cumplimiento incompleto de esta obligación¹⁸.

E. Recursos descontados por no entregar raciones y equipamiento de cocina y su ilegalidad por no haberse adelantado un procedimiento sancionatorio en su contra

86. Antes de empezar el análisis sustantivo de este aparte, se considera relevante hacer notar que el cargo relacionado con la falta de un procedimiento sancionatorio también se refería a los descuentos por no entrega de raciones y equipamiento de cocinas, objeto de los adicionales 1 y 2. Las inconformidades del apelante en este punto se refirieron, también, a los descuentos por la no entrega de los bienes acordados en el adicional 1 y las raciones de que trataba el adicional 2. Sin embargo, esta vez sus argumentos se concentraron en la vulneración al debido proceso, ya que los descuentos se hicieron en la liquidación y sin haber adelantado un procedimiento previo para la imposición de sanciones.

87. La Sala comparte la decisión del Tribunal en el sentido de que en la liquidación no se impuso multa o sanción alguna en contra del contratista, sino simplemente se hizo uso de la potestad unilateral de la administración para liquidar unilateralmente el contrato con el *“objeto de definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos y establecer quién le debe a quién y cuánto”*¹⁹.

88. Ahora bien, del hecho de que el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral no tenga naturaleza sancionatoria no se deriva que no se aplique en esta materia el debido proceso. El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala que el debido proceso es un principio rector en *“materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”*. No obstante, el artículo 29 de la Constitución Política de manera inequívoca establece que el debido proceso *“se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. Así las cosas, la expedición del acto de liquidación unilateral, aunque no tiene un procedimiento previo de origen legal, debe respetar aquel principio constitucional.

89. Esta corporación ha sostenido que cuando el contratista no se presente a la liquidación o cuando las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de esta,

¹⁸ F. 15 tomo 1, cuaderno 5.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 28 de junio de 2016, rad. 2253.

la entidad queda facultada para practicar la liquidación unilateral²⁰. Señalado lo anterior, se observa en el expediente que la entidad estatal llamó al contratista para liquidar bilateralmente el contrato, hizo audiencias, permitió que presentara sus observaciones e, incluso, recibió de este una propuesta de liquidación bilateral. Con ello, esta Sala no observa una vulneración al derecho al debido proceso del contratista.

F. Excepción de contrato no cumplido, su ajuste con la realidad de la ejecución contractual, y los presuntos perjuicios por el incumplimiento de pago del Departamento

90. Está probado que, según la cláusula de forma de pago, el contratista debía presentar “*copia de los recibos de pago (...) [y] copia de los paz y salvo con proveedores correspondientes*”. Está demostrado en el expediente que el contratista no presentó los paz y salvo con sus proveedores y que se encontraba en deuda con ellos²¹.

91. En el escrito de apelación, antes que desvirtuar sus incumplimientos, EMCOOP indicó que solamente había incumplido sus pagos con 4 proveedores y que posteriormente pagó sus deudas con 3 de ellos.

92. Así las cosas, está demostrado que el contratista no cumplió con sus obligaciones, que se habían establecido como deberes previos para el pago. Esto está expresamente aceptado en los argumentos de la apelación. Luego, no existen razones para que esta Sala declare que se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral, ni para revocar la Sentencia de primera instancia.

G. Embargos en contra de EMCOOP y la inembargabilidad de sus recursos

93. Contrario a lo afirmado por el contratista, los recursos que le adeudaba la entidad estatal, y que fueron objeto de embargo por decisión de una autoridad judicial, no eran recursos públicos inembargables, pues no se encuadran en ninguno de los supuestos de inembargabilidad de que tratan las normas vigentes. Adicionalmente, en la apelación no se encontraron argumentos relacionados con lo decidido por el Tribunal. Esto es, que los recursos embargados se habían pagado a la DIAN por solicitud expresa del contratista. A la luz de ello, se confirmará la Sentencia recurrida.

H. Dotaciones a las ecónomas, cumplimiento y descuentos

94. En la pretensión tercera, numeral 1, sobre el contenido de la liquidación, el contratista solicitó expresamente que los descuentos por dotaciones a las ecónomas se tasaran en 0 pesos, aspecto que se pasa a resolver. Antes de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 15239; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2009, exp. 28881.

²¹ F. 225 y ss del cuaderno 5,

proceder a resolver este aspecto, la Sala pone de presente, una vez más, que no es competente para decidir si entre EMCOOP y las ecónomas había o debía haber una relación laboral. No obstante, en lo que se refiere a la relación contractual entre EMCOOP y el Departamento, la fecha de inicio del contrato fue el 30 de marzo de 2009 y, según el propio Departamento, la fecha de terminación fue el 27 de noviembre de 2009. Es decir, las ecónomas estuvieron vinculadas al proyecto por un período de 7 meses y 27 días. En el Contrato no se pactó que debía darse una dotación con mayor periodicidad a la establecida en el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo. Consecuencialmente, no era exigible que se entregaran 3 dotaciones como lo hizo el Departamento en la liquidación del contrato. Por ello, los descuentos realizados no se ajustaron a la realidad contractual y se declarará la nulidad parcial de la Resolución demandada. Asimismo, se condenará a la entidad al pago de los \$50.490.440 descontados por concepto de dotación de las ecónomas.

I. Centros de acopio, existencia, cumplimiento de la obligación y descuentos

95. Es cierto, como lo señaló el Tribunal, que la demanda y sus pretensiones fueron redactadas de manera poco clara. Sin embargo, en la pretensión sexta se puede leer que la parte solicitó que se declarara que los centros de acopio “*no estaban contratados ni ofertados*”, que “[e]n el acta unilateral de liquidación la gobernación exige un centro de acopio zonal, es decir 11 zonas 11 centros” y que el contratista “*tenía discrecionalidad de organizar sus centros de acopio siempre y cuando el resultado fuera el comprometido en la ejecución de programa*”.

96. Para la Sala, a pesar de la extensión y de que la pretensión pudo ser más clara, se puede entender que la demandante solicitó que se declarara que no tenía obligación de tener 11 centros de acopio. Por ello, se revocará la decisión que declaró, de oficio, la ineptitud sustantiva de la demanda y, en su lugar, se estudiará de fondo esta pretensión.

97. En el contrato las partes no acordaron la obligación de que el contratista tuviera 11 centros de acopio. En el compromiso, el contratista señaló: “*nos comprometemos a disponer la prestación del servicio ofertado, de Centros de Acopio ubicados en zonas estratégicas (provincias)*”. En el mismo documento se indicó “[s]i el oferente no cuenta con centro de acopio en Boyacá, deberá comprometerse expresamente al establecimiento de dicho centro de acopio en las condiciones aquí señaladas en un plazo máximo de 10 días a partir de la adjudicación del contrato”²².

98. Para la Sala está demostrado que el contratista no ofertó 11 centros de acopio. En el contrato, EMCOOP tampoco se obligó a tener ese número de centros. Por tanto, el Departamento no podía considerar no ejecutado, en la liquidación, parte del valor del contrato por esta razón. Esto resultaría contrario a la buena fe si se toma en cuenta que no se exigieron los 11 centros durante la ejecución del contrato. Por consiguiente, se declarará la nulidad parcial de la Resolución demandada y se condenará al pago de los \$164.000.000 que fueron descontados por este concepto.

²² F. 125, A-Z 1.

J. Liquidación y actualización de la condena

99. De conformidad con las declaraciones realizadas en esta Sentencia, la entidad contratante descontó indebidamente las siguientes sumas: \$27.900.000 por concepto de 9 congeladores entregados, \$50.490.440 que habían sido descontados por dotaciones no entregadas a las ecónomas, y \$164.000.000 por los 11 centros de acopio no instalados, para un total de: \$242.390.440. Este valor actualizado equivale a \$362,638,693²³.

2.2. Sobre la condena en costas

100. La Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del CCA.

3. DECISIÓN

101. 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,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR por las razones expuestas la Sentencia de 15 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá y, en su lugar, resolver lo siguiente:

PRIMERO. No prosperan las excepciones propuestas por la entidad demandada denominadas “ineptitud de la demanda por cuanto no se demandó la Resolución 000337 de 2010 «Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 136 del 18 de junio de 2010, por la cual se procede a liquidar unilateralmente el contrato 713 de 2009, suscrito entre el Departamento de Boyacá y EMCOOP LTDA» y “Falta de requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Prospera la excepción de “incumplimiento del contratista de la obligación de presentar documentación y paz y salvos de proveedores para poder efectuar desembolsos” por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución 136 de 2010, expedida por el Departamento de Boyacá, “*por medio de la cual se procede a liquidar unilateralmente el contrato de prestación de servicios 713 de 2009*”, en los apartes relacionados con los descuentos practicados por 9 congeladores, las dotaciones a las ecónomas y los 11 centros de acopio.

²³ Esta suma resulta de aplicar la fórmula establecida para ello por esta Corporación VA = VH (IPC final/IPC inicial), con un índice inicial de 72,95 en junio de 2010 (fecha de la liquidación unilateral del contrato) y el índice final 109,14 a julio de 2021.

CUARTO: DECLARAR que en la liquidación se hizo un descuento en exceso por valor de \$362,638,693.

QUINTO: CONDENAR al Departamento de Boyacá a pagar a EMCOOP un valor de \$362,638,693.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la parte demandante, líquidense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 3939 del C.P.C.

OCTAVO: Fijar como agencias en derecho la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000) a cargo de EMCOOP LTDA y a favor del Departamento de Boyacá.

NOVENO: Reconocer personería jurídica al abogado Henry Torres León, identificado con la cédula de ciudadanía 19.397.922 de Bogotá y tarjeta profesional 69.842 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la parte demandante conforme al poder obrante a folio 680 del cuaderno 3.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firmado Electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA