



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., 31 de mayo de 2016

Proceso número: 08001233100620000073001 (34096)
Actor: Organización para el Bienestar Humano y Comunitario Limitada (OSPABHUC LTDA.)
Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla – Departamento Administrativo Distrital de Salud "Distrisalud"
Acción: Controversias contractuales

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por OSPABHUC LTDA. contra la sentencia del 14 de febrero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual esa Corporación resolvió:

Primero.- Declárese que el Departamento Administrativo Distrital de Salud "Distrisalud", no cumplió con la entrega del anticipo pactado en el contrato de prestación de servicios No. 001 del 30 de Marzo de 2000 suscrito con el [sic] Sociedad Ospabhuc Ltda., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla "Distrisalud", a pagar a la Sociedad Ospabhuc Ltda., a título de indemnización la suma de \$15.558.000.00 por el pago de la publicación en la gaceta Distrital y del impuesto de timbre nacional.

Dicho valor resultante a favor del demandante, será ajustado desde el 17 de Abril de 2000, en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado, según la cual:

$$R = R.H * \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) (\$15.558.000.00), que es la suma adeudada al demandante a fecha 17 de Abril de 2000, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor IPC certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia entre el IPC vigente desde el 17 de Abril de 2000.

La suma mencionada devengará los intereses comerciales y moratorios de que trata el último inciso del artículo 177 del C.C.A.

Tercero.- De igual forma, condénese al Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla “Distrisalud”, a pagar a la Sociedad Ospabhuc Ltda., a título de indemnización la suma de \$2.100.765.00 por el pago de la expedición de la póliza No. 1393219-2.

Dicho valor resultante a favor del demandante, será ajustado desde el 11 de Mayo de 2000 en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado, según la cual:

$$R = R.H * \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) (\$2.100.765.00), que es la suma adeudada al demandante a fecha 11 de Mayo de 2000, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor IPC certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia entre el IPC vigente desde el 11 de Mayo de 2000.

La suma mencionada devengará los intereses comerciales y moratorios de que trata el último inciso del artículo 177 del C.C.A.

Cuarto.- Deniéguense las demás súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto.- Sin costas (Art. 171 C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) (folios 253 a 267 cuaderno principal).

SÍNTESIS DEL CASO

OSPABHUC LTDA. pretende que el Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla (DISTRISALUD) le indemnice perjuicios presuntamente causados por no haber pagado el anticipo en los términos de la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios No. 001 suscrito con dicha entidad el 30 de marzo de 2000.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El día 28 de febrero de 2002, OSPABHUC LTDA. interpuso demanda de controversias contractuales en contra del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla - Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla.

1.1. Hechos

Los hechos expuestos por la parte actora (folios 2 a 7 cuaderno primera instancia) se resumen así:

1.1.1. El 30 de marzo de 2000 suscribió con DISTRISALUD el contrato de prestación de servicios No. 001, “cuyo objeto consiste en la prestación de los servicios profesionales para asesorar y asistir técnicamente a la Contratante en la implementación, evaluación, desarrollo y actualización del SISBEN basándose en las orientaciones dadas por Misión Social y Planeación Social”.

1.1.2. El valor del contrato se estipuló en mil doscientos millones de pesos (\$1.200.000.000), del cual seiscientos millones de pesos (\$600.000.000) a título de anticipo debían ser desembolsados “dentro de los 10 días hábiles siguientes al perfeccionamiento y legalización del contrato”.

1.1.3. Afirma la parte actora que pagó seis millones quinientos cincuenta y ocho mil pesos (\$6.558.000) por concepto de publicación del contrato, nueve millones de pesos (\$9.000.000) por impuesto de timbre nacional y dos millones cien mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$2.100.765) por la prima de la garantía del anticipo, cumplimiento y calidad del servicio, la cual fue aprobada.

1.1.4. El 17 de abril de 2000 presentó a DISTRISALUD el cumplimiento de los requisitos de legalización del contrato y el día 19 subsiguiente la cuenta de cobro No. 01 por concepto del anticipo pactado, y en virtud de ello la Secretaría Distrital de Hacienda expidió el registro presupuestal No. 15774 de 12 de mayo de 2000

y emitió orden de giro No. 4039 por quinientos cuatro millones de pesos (\$504.000.000) previos los respectivos descuentos, a favor de OSPABHUC LTDA.

1.1.5. Señala la parte actora que, a pesar del incumplimiento de la entidad demandada, OSPABHUC LTDA. cumplió el contrato y presentó informes de ello, para lo cual contrató, entre otro personal, los servicios de 3 asesores: un técnico en las actividades de gerencia, otro para selección, contratación y dirección de personal, y otra para asesoría financiera, con quienes suscribió un acuerdo de pago el 17 de julio de 2001 por treinta y siete millones quinientos mil pesos (\$37.500.000), porque *“no pudo cumplir con la carga laboral que había contratado ni siguió ejecutando el contrato”*.

1.1.6. Afirma la sociedad demandante que “adquirió con destino al objeto del contrato” equipos e implementos de oficina así: 200.000 fichas para el SISBEN, por \$90 cada una y en total \$20.700.000; cartillas por \$3.920.000; 20 “equipos de computación” por \$24.780.000; y adquirió un crédito en el Banco Ganadero por \$40.000.000.

1.1.7. Sostiene que ante el incumplimiento de la entidad contratante, el 21 de agosto de 2001 requirió al Alcalde Distrital “solicitándole conciliáramos los perjuicios irrogados”, solicitud que fue trasladada al Director de DISTRISALUD, quien no contestó.

1.2. Pretensiones

Con base en los anteriores hechos, la parte actora eleva las siguientes pretensiones:

1. Declarar que el Departamento Administrativo Distrital de Barranquilla “Distrisalud” incumplió el contrato de prestación de servicios número 001 celebrado con la Organización para el Bienestar Humano y Comunitario Ospabhuc Ltda. el 30 de marzo de 2000 cuyo objeto es la asesoría y asistencia técnica a la Contratante en la implementación, evaluación, desarrollo y actualización del Sisben; por no pagar el anticipo en la cuantía, forma y términos establecido en la cláusula cuarta del Contrato.

2. Como consecuencia, condenar al Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla "Distrisalud" al pago de las indemnizaciones y perjuicios causados a la sociedad Ospabhuc Ltda., así:

2.1. Daño Emergente: Representado en los gastos y demás erogaciones que OSPABHUC LTDA tuvo que realizar para perfeccionar y desarrollar el contrato. Estos son:

2.1.1. \$6.558.000 cancelado por concepto de publicación del contrato en la gaceta. Pago efectuado en el Banco de Bogotá cuenta número 170416523 y conforme al recibo oficial de pago número 47902 de la Secretaría de Hacienda Distrital.

2.1.2. \$9.000.000 cancelado por concepto de impuesto de timbre. Pago efectuado mediante consignación nacional a la cuenta número 808805782 del Banco de Occidente y, según recibo oficial de pago número 47903 de la Secretaría de Hacienda Distrital.

2.1.3. \$2.100.765 cancelado a Colseguros S.A. por concepto de la expedición de la póliza número 1393219-2 que garantiza el cumplimiento del contrato, manejo del anticipo, entre otros amparos.

2.1.4. \$20.700.000 cancelado al señor Hernán Tangarife H., con N.I.T. 98.546.443 por 200.000 fichas para el Sisben. Pago efectuado mediante comprobante de egreso de abril 14 y mayo 29 de 2000, respectivamente, con cheques números 2757749 y, 2757758 del Banco Ganadero.

2.1.5. \$3.920.000 pagado por la factura número 0047, cartillas para el Sisben, según comprobante de egreso de mayo 29 de 2000 y cheque número 2757762 del Banco Ganadero.

2.1.6. \$24.780.000. Corresponde al gasto según factura número 0500 de abril 20 de 2000, cancelado por la compra de 20 equipos de computación, comprobantes de egreso de abril 14 y mayo 29 de 2000 y cheques números 2757750 y 2757755 del Banco Ganadero.

2.1.7. \$7.400.000 pagados al Banco Ganadero sucursal éxito en Medellín como abono al crédito que por valor de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) se le otorgó a Ospabhuc Ltda. para ejecución del contrato celebrado con Distrisalud.

2.1.8. TOTAL DAÑO EMERGENTE: La suma de setenta y cuatro millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$74.458.765).

2.1.9. La suma anterior deberá ser indexada desde la fecha en que nació la obligación para Distrisalud de desembolsar el anticipo hasta cuando la sentencia que lo ordene quede ejecutoriada.

2.2. Lucro Cesante: Está representando [sic] en los siguientes rubros:

2.2.1. La ganancia que para Ospabhuc Ltda. genera la ejecución del contrato. Por tratarse de un contrato de prestación de servicios, los honorarios se calculan deducidos los costos de administración e impuestos, lo que arroja como mínimo el 30%, es decir la suma de trescientos sesenta

millones de pesos (\$360.000.000), o por el valor que resulte probado en el proceso, todo lo cual teniendo en cuenta que la indemnización debe ser integral conforme al artículo 16 de la ley 446 de 1998.

2.2.2. *Por la interrupción de los contratos de trabajo, y como consecuencia del acuerdo de conciliación OSPABHUC LTDA deberá pagar a sus trabajadores Jhon Jairo Jaramillo, Sandra Patricia Gutiérrez y, Javier Álvarez Martínez la suma de doce millones quinientos mil pesos (\$12.500.000) a cada uno, para un total de treinta y siete millones quinientos mil pesos (\$37.500.000), valor por el que también debe ser condenado “Distrisalud”.*

2.2.3. *TOTAL LUCRO CESANTE: Trescientos noventa y siete millones quinientos mil pesos moneda legal (\$397.500.000,00).*

2.2.4. *En subsidio, por las sumas que se establezcan dentro del presente proceso.*

2.2.5. *Las sumas anteriores deberán ser indexadas desde el momento en que Distrisalud incumplió el contrato y, hasta cuando la sentencia que así lo ordene quede debidamente ejecutoriada.*

2.2.6. *El Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla “Distrisalud” dará cumplimiento a la sentencia en los términos y forma establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

2.2.7. *Las costas y agencias en derecho que se causen” (folios 8 a 10 cuaderno primera instancia).*

1.3. Contestación de la demanda

El apoderado del distrito de Barranquilla, oportunamente, contestó la demanda (folios 158 a 162 cuaderno primera instancia). Reconoció como ciertos los hechos de la demanda salvo los relativos a que OSPABHUC LTDA. sufrió los perjuicios alegados por la conducta de la entidad demandada. Cuestionó que “*el demandante comenzó a ejecutar el contrato el 17 de Abril de 2000 es decir un mes antes de la aprobación de dicha póliza*”, que se formalizó mediante Resolución No. 0195 de 11 de mayo de 2000, y que el contratista haya realizado inversiones a pesar del alegado incumplimiento de DISTRISALUD y formuló como excepción de mérito la que denominó “*inexistencia de la obligación*”. Llamó en garantía a Bernardo Hoyos Montoya, ex Alcalde; Galo Barrios Torres, ex Director de DISTRISALUD; Fabio Guerrero Salgado, ex Secretario de Hacienda; Ana Sauda Palomino, ex Jefe del Departamento de Tesorería y Finanzas; y Carlos Camacho, ex Jefe del Departamento de Presupuesto, que no fue

tramitado porque no se aportó la dirección de notificaciones de los llamados (folios 184 y 185 cuaderno primera instancia).

1.4. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no conceptuó en la primera instancia.

1.5. Alegatos de conclusión

Ninguna de las partes intervino en esta oportunidad.

1.6. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Atlántico declaró que el Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla incumplió el contrato y lo condenó a pagar las sumas aludidas en la parte inicial de esta providencia, porque consideró que OSPABHUC LTDA. demostró que cumplió sus obligaciones relativas a la legalización de contrato y *“fue la administración quien no se allanó a dar cumplimiento a su obligación de entregar el anticipo”,* no obstante lo cual ello *“no la hace responsable de los perjuicios reclamados... comoquiera que los gastos o costos en que incurrió la entidad contratista... no representaron beneficio alguno para la entidad contratante, ni se ejecutó el contrato al ser éstas llevadas a cabo y, tampoco, dentro del contrato existía alguna cláusula que obligara al contratista a la adquisición de éstos bienes con cierta anticipación, por lo que dichas erogaciones no son responsabilidad de la entidad contratante, teniendo éstas que ser asumidos por la contratista en su totalidad”,* sumado a que *“no obra documento alguno donde se avale, por algún interventor de Distrisalud, lo que manifestó la accionante haber ejecutado el forma parcial el contrato”* (folios 11 y 12 cuaderno principal).

No se pronunció sobre el llamamiento en garantía, porque no fue tramitado por falta del dato sobre la notificación de los llamados, mas resaltó que *“esto no es óbice para que en caso de configurarse los requisitos del artículo 90*

constitucional, la entidad demandada pueda ejercer la acción de repetición” (folio 13 *ibídem*).

1.8. El recurso de apelación

Dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante interpuso recurso de apelación el 21 de marzo de 2007 (folios 18 a 22 cuaderno principal). Sustenta su inconformidad en que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha reconocido que el contratista tiene derecho a la utilidad que no percibió por la conducta de la administración *“incluso cuando no se le adjudica el contrato”*; critica la sentencia recurrida porque *“en últimas lo que hace es avalar la manifiesta mala fe de la parte demandada que se atreve a afirmar que si no se había cancelado el anticipo, mi mandante no podía ejecutar el contrato”*, posición que contradice los principios de la contratación estatal *“y desdibuja de un tajo el objeto de la contratación que es el servicio público donde es claro que el contratista está obligado a la prestación del servicio al cual se comprometió, incluso cuando la entidad estatal... incumple con el pago de sus obligaciones”* (folio 21 *ibídem*); y cuestiona también que el *a quo* echó de menos prueba relativa a que los productos entregados por el contratista habrían sido aprobados por el interventor, porque la ejecución del contrato *“se basó en principios de buena fe y lealtad contractual”*.

El recurso fue concedido el día 29 de marzo de 2007 por el Tribunal Administrativo del Atlántico (folio 24 cuaderno principal) y admitido por esta Corporación el 8 de junio de 2007 (folio 32 *ibídem*).

1.9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Mediante auto del 19 de julio de 2007 (folio 35 cuaderno principal) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte actora, que reiteró lo expuesto a lo largo de la actuación procesal.

II. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el presente asunto, se hará un análisis de los presupuestos procesales (i), de las excepciones planteadas (ii) y se formulará el problema jurídico (iii). Posteriormente, se identificarán los hechos probados (iv) con el fin de determinar si hay lugar a imputar responsabilidad al distrito demandado (v).

I. Presupuestos procesales

1. Jurisdicción y competencia

De conformidad con el artículo 82 del C.C.A., modificado por la ley 1107 de 2006, para que la jurisdicción administrativa conozca de un asunto debe verificarse que una de las partes del litigio o controversia sea de naturaleza pública. En este caso, se tiene que la entidad demandada es una entidad estatal: el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla - Departamento Administrativo Distrital de Salud “Distrisalud”.

2. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, puesto que el numeral 1º del artículo 129 del C.C.A., con las modificaciones del artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 1º de la Ley 954 de 2005, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos.

3. Caducidad

La demanda se presentó dentro del término previsto para ello por el artículo 136 del C.C.A., porque según la cláusula séptima del contrato, suscrito el 30 de marzo de 2000, el término de duración pactado fue de “6 meses contados a partir de aprobación de la póliza de garantía” (fl. 18 cuaderno primera instancia), lo que ocurrió el 11 de mayo de 2000 según está acreditado en el expediente. Por ello,

como la demanda se presentó el 28 de febrero de 2002, es posible concluir sin necesidad de mayor disquisición que la demanda fue interpuesta oportunamente.

4. Legitimación en la causa:

La legitimación en la causa por activa y por pasiva aparece demostrada en el plenario, toda vez que la empresa OSPABHUC LTDA y el Departamento Administrativo Distrital de Salud “Distrisalud” celebraron el contrato de prestación de servicios en cuestión (folios 16 a 20 cuaderno primera instancia).

II. Las excepciones planteadas

Tal como se reseñó en el acápite de la contestación de la demanda, el distrito de Barranquilla contestó oportunamente la demanda y planteó como excepción de mérito la que denominó “inexistencia de la obligación”, que será abordada conjuntamente con el estudio de fondo del problema jurídico, porque está íntimamente relacionada con los resultados del proceso.

III. Problema jurídico

¿El distrito de Barranquilla debe indemnizar a la Organización para el Bienestar Humano y Comunitario Limitada (OSPABHUC LTDA.) por no haber desembolsado el anticipo estipulado en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios No. 001 de 30 de marzo de 2000?

IV. Valoración probatoria

Antes que otra cosa, debe señalarse que las pruebas allegadas al proceso se hicieron en debida forma; de conformidad con las mismas, se tienen acreditados los siguientes hechos:

1. El Departamento Administrativo Distrital de Salud de Barranquilla (DISTRISALUD) suscribió el 30 de marzo de 2000 un contrato de prestación de servicios con la Organización para el Bienestar Humano y Comunitario Limitada

(OSPABHUC LTDA.), que tuvo por objeto “la prestación de los servicios profesionales para asesorar y asistir técnicamente a la Contratante en la implementación, evaluación, desarrollo y actualización del SISBEN, basándose en las orientaciones dadas por Misión Social y Planeación Social. El CONTRATISTA en desarrollo del presente contrato deberá realizar la depuración y ampliación de la base de datos de los afiliados al Régimen Subsidiado en el Distrito de Barranquilla, de conformidad con la propuesta presentada la cual se anexa al contrato y hace parte integral del mismo, teniendo en cuenta, los parámetros establecidos en el Acuerdo 77 y la Resolución No. 219 del Ministerio de Salud” (folios 16 a 20 cuaderno principal).

2. En lo pertinente al objeto de la *litis*, es pertinente traer a cuento la cláusula cuarta del contrato en cuestión:

CLAUSULA CUARTA: VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor del contrato corresponde a la suma de UN MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/L (\$1.200.000.000,00), que El Contratante deberá pagar al Contratista así: La suma de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS M/L (\$600.000.000,00) a título de anticipo, dentro de los diez días hábiles siguientes al perfeccionamiento y legalización del contrato, correspondiente al 50% del valor del Contrato firmado; un 20% del valor del contrato, es decir, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$240.000.000,00) a los sesenta (60) días de ejecución del contrato previa certificación del funcionario interventor designado por Distrisalud para ejercer la supervisión, el seguimiento y la evaluación del contrato, de haberse ejecutado por el contratista por lo menos el 50% de la labor contratada y el 30% restante, es decir la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$360.000.000,00), dentro de los diez (10) días siguientes a la finalización del objeto contratado previa certificación del supervisor en donde conste el recibido a satisfacción o cumplimiento a cabalidad del contrato. Se entiende que en el valor del presente contrato se incluyen los gastos específicos y totales que debe hacer el Contratista para cumplir con el objeto del presente contrato” (subraya la Sala).

3. Igualmente está probado que OSPABHUC LTDA. pagó la prima de la póliza única de seguro de cumplimiento para entidades estatales No. 1393219-2 prestada por Aseguradora Colseguros S.A. (folio 27 cuaderno primera instancia), que fue aprobada mediante Resolución No. 195 de 11 de mayo de 2000 (folio 28 *ibídem*); que el contrato contó con certificado de disponibilidad presupuestal No. CDP-0082 y registro del compromiso No. 15774 (folios 29 y 30 *ibídem*); que mediante oficio radicado No. 2268 de 19 de abril de 2000 ante DISTRISALUD el representante legal de la sociedad contratista informó a la entidad contratante el

cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, y presentó cuenta de cobro por el anticipo (folios 35 y 36 cuaderno primera instancia); que el contratista pagó el impuesto de timbre nacional por nueve millones de pesos (\$9.000.000) y la publicación del contrato por seis millones quinientos cincuenta y ocho mil pesos (\$6.558.000) (folios 34 y 32 ibídem); y que el 31 de mayo de la misma anualidad se emitió por parte de la Secretaría Distrital de Hacienda la orden de giro a favor de OSPABHUC por quinientos cuatro millones de pesos (\$504.000.000) (folio 37 ibídem).

4. Está probado que la entidad demandada no hizo el pago del anticipo.

5. A pesar del no pago del anticipo, la actora comenzó a ejecutar el objeto del contrato.

6. Así, Aparece en el expediente oficio sin firma dirigido al Director de DISTRISALUD con nota manuscrita e ilegible de acuse de recibo adiada el 12 de julio de 2000 y que no precisa cantidad de anexos, cuyo contenido es *“formalmente entregamos INFORME No. 2 – ACTIVIDADES IMPLEMENTACIÓN, EVALUACIÓN, DESARROLLO Y ACTUALIZACIÓN DEL SISBEN EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA”* (folios 38 a 47 cuaderno primera instancia).

7. Consta también en el expediente documento suscrito por Marta Giraldo Pezzoti, como Gerente Sucursal Éxito del Banco Ganadero, sobre un crédito aprobado y desembolsado a la empresa actora por cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) que dice *“el análisis de esta operación se realizó con base al contrato presentado por su representante legal el Sr. Óscar Amarillo, con el municipio de Barranquilla de la empresa en mención, este contrato era por cuantía de \$1.200.000.00, actualización del sisben”* (folios 53 ibídem); acta de acuerdo suscrita por Ospabhuc Ltda. y Sandra Patricia Gutiérrez, Jhon Jairo Jaramillo y Javier Álvarez Martínez sobre un presunto incumplimiento del contrato por parte de aquella (folios 54 a 61 ibídem); petición presentada el 21 de agosto de 2001 por el apoderado de la firma actora al Alcalde Distrital de Barranquilla mediante la cual le relaciona lo acontecido y afirma que *“intentamos*

provocar ante Usted conciliación, a efectos de evitar que el impacto resarcitorio se incremente con graves consecuencias para el Distrito” y el trámite que se le dio (folios 62 a 67 ibídem); documentos No. 3 “Cartilla del encuestador” y No. 4 “Control de calidad de los datos” del “Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales” del Departamento Nacional de Planeación – DNP, Unidad de Desarrollo Social – UDS y Misión Social (folios 69 a 135 ibídem); y dictamen pericial sobre los perjuicios presuntamente causados a la firma actora (folios 194 a 205 ibídem).

8. No hay prueba de que la demandada haya avalado los informes presentados por el contratista.

9. La demandada no realizó pagos al contratista.

V. ¿Hay lugar a condenar al distrito de Barranquilla a indemnizar a OSPABHUC LTDA. por los perjuicios presuntamente sufridos por el no desembolso del anticipo?

Conforme a la controversia puesta a consideración de la Sala, el actor solicita sea declarado el incumplimiento del contrato por el no pago del anticipo y se condene a la demandada al pago de los perjuicios alegados por el actor en cuanto este cumplió con sus obligaciones.

Para abordar la citada problemática, la Sala analizará la demostración del alegado cumplimiento del contrato por parte de la sociedad actora, no sin antes precisar que el incumplimiento de una entidad contratante en cuanto a la entrega del anticipo podría configurar su responsabilidad siempre y cuando se demuestre una pérdida real, grave y anormal sufrida por el contratista¹. Así, la sala ha señalado:

28. Del mismo modo, incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de julio de 2013, exp. 21642, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista.

29. Por lo tanto, el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en la obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos. (subraya la Sala).

De conformidad con la jurisprudencia citada, para que el incumplimiento de una entidad estatal contratante implique para ella la obligación de reparar los perjuicios ocasionados al contratista, se requiere de este que pruebe efectivamente la existencia de tales perjuicios amén de que de su conducta contractual se acredite el cumplimiento de las obligaciones, y es precisamente esta razón la que impide que el recurso de apelación se abra paso.

Según lo expuesto por la actora y las pruebas que hacen parte del plenario, el no pago del anticipo no fue obstáculo para que el contratista – OSPABHUC – pudiese adelantar la ejecución el objeto contractual.

En efecto, la actora indicó que *“pese a que Distrisalud no cumplía con su obligación contractual de desembolsar el anticipo pactado en seiscientos millones de pesos (\$600.000.000) OSPABHUC LTDA ejecutaba, en lo posible el objeto del contrato, y en tal sentido presentaba el 10 de julio de 2000 el informe número 2 relacionado con las actividades que venía desarrollando”*.

También manifestó en su recurso de apelación que *“la ejecución iniciada por mi mandante se basó en principios de buena fe y lealtad contractual, Esa (sic) claramente atinente al objeto del contrato, entre las fichas y las cartillas del Sisbén (...)”* (folio 272 cuaderno principal).

Así, dado que ella realizó gestiones tendientes al cumplimiento del contrato, demostrando que el no pago del anticipo no era condición necesaria para el desarrollo del objeto contractual, ha debido probar que ella cumplió con sus obligaciones o por lo menos hasta qué punto podía ejecutarlas a falta del anticipo, exigencia que no logró acreditar.

Para la Sala, OSPABHUC LTDA no acreditó el cumplimiento del contrato y tampoco que se haya allanado a hacerlo, tal como pasa a explicarse.

La falta del pago del anticipo, conforme a lo expuesto por la actora, no fue obstáculo para que la contratista pudiese cumplir con el objeto del contrato.

Las pruebas de que la sociedad actora cumplió el contrato o se allanó a cumplirlo reseñadas por la Sala en esta sentencia no demuestran nada al respecto, pues:

- (i) el informe No. 2 es una comunicación sin firma, dirigida al Director de DISTRISALUD, con nota manuscrita e ilegible de acuse de recibo adiada el 12 de julio de 2000, y no precisa cantidad de anexos (folios 38 a 47 cuaderno primera instancia); y
- (ii) las cartillas que aduce fueron en cumplimiento del contrato, en realidad corresponden a documentos de autoría del Departamento Nacional de Planeación – DNP, Unidad de Desarrollo Social – UDS y Misión Social (folios 69 a 135 ibídem) sobre el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), que nada prueban en relación con el contrato objeto de las pretensiones.

Ahora bien, la parte actora no señaló las razones por las cuales el no desembolso oportuno del anticipo afectaba el cumplimiento del objeto contractual más cuando ella misma indica que adelantó su ejecución. En este orden, la pretensión relacionada la ganancia dejada de recibir por el incumplimiento del contrato no puede prosperar en cuanto la actora, según lo acreditado dentro del proceso, no cumplió con las obligaciones a su cargo.

Si bien no se canceló el anticipo, no hay prueba de que la actora haya cumplido con lo exigido por el contrato para recibir los pagos acordados durante su ejecución.

Obsérvese que la cláusula cuarta del contrato en cuestión, resaltada por la Sala, claramente condiciona los pagos a “*previa certificación del funcionario interventor designado por Distrisalud para ejercer la supervisión, el seguimiento y la evaluación del contrato*” (folio 17 cuaderno primera instancia), lo cual es indiscutible y descarta el argumento esgrimido por la recurrente en el sentido de que no era necesaria la aprobación de los informes por parte del supervisor.

En la cláusula undécima del contrato objeto de las pretensiones, las partes estipularon:

CLAUSULA DECIMA PRIMERA. SUPERVISIÓN E INTERVENTORIA:

El Departamento Administrativo de Salud Distrital De Barranquilla designará como interventor y supervisor del presente contrato a los Jefe de los Departamentos de Planeación y al Jefe del Departamento de Seguridad Social, los cuales realizarán la coordinación, supervisión, seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por el contratista en la ejecución del presente contrato (folio 19 cuaderno primera instancia).

De lo anterior, se concluye que las partes estipularon en el contrato que los pagos durante la ejecución estarían sujetos a previa verificación del supervisor de las actividades, lo que el mismo apoderado de la entidad demandante acepta al afirmar en la sustentación de su impugnación que “*mal puede sujetar el Honorable Tribunal el pago de los gastos realizados por mi mandante en el curso de la ejecución del contrato a la existencia de actas de recibo aprobadas por el interventor*” (folio 272 cuaderno principal), con el argumento bajo el cual aparentemente ejecutó el contrato acorde a los principios de buena fe y lealtad contractual.

Y es que por más buena fe y lealtad con que haya actuado el contratista, no puede pretender que la entidad contratante estaba obligada a desembolsar los pagos sin que el supervisor verificara las actividades realizadas en cumplimiento del contrato, pues no sólo estaba expresamente estipulado que los pagos estaban condicionados a certificación previa del supervisor, sino que además el sentido común indica que una entidad estatal sólo debe pagar si se cercioró que el contrato fue cumplido por el contratista.

Para la Sala no escapa la suspicacia que suscita la manifiesta desproporción entre el valor del anticipo pactado, seiscientos millones de pesos (\$600.000.000), frente al total del daño emergente cuya indemnización pretende la sociedad actora porque son los gastos en que tuvo que incurrir por el no desembolso oportuno del mismo, que apenas si superan el equivalente al 10% del anticipo, pues ascienden setenta y cuatro millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$74.458.765), de donde, se reitera, salta a la vista que el no haber contado con ese recurso no dificultaba el cumplimiento de las obligaciones por parte de OSPABHUC LTDA.

Este análisis probatorio permite a la Sala concluir que la apelación no está llamada a abrirse paso.

En virtud del respeto debido al principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, la Sala, dado que la parte actora funge como único apelante, no modificará las condenas impuestas a su favor por el a quo. En este orden, se confirmará la sentencia apelada.

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de febrero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado