



**JUZGADO TREINTA Y SIETE (37) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014)

JUEZ	:	OMAR EDGAR BORJA SOTO
Medio de Control	:	Contractual
Ref. Proceso	:	11001 33 36 037 2012 00170 00
Accionante	:	Liceo Isabel Sarmiento E.U.
Accionado	:	Municipio de Soacha

SENTENCIA

1. OBJETO

No existiendo causal de nulidad que afecte la validez de lo actuado dentro del presente proceso, corresponde al Despacho proferir sentencia en primera instancia respecto de la acción contencioso administrativa por el medio de control de contractual formulada, por la Representante Legal del Liceo Isabel Sarmiento E.U. contra el Municipio de Soacha, con ocasión del presunto incumplimiento en el pago de la adición del contrato de prestación de servicios educativos No.163 de 2010 por parte de la demandada y, en consecuencia, se proceda a efectuar la liquidación judicial del mismo.

2. LA DEMANDA

2.1. PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda se encuentran señaladas a folio 2 del cuaderno principal, las cuales fueron planteadas en el siguiente sentido:

(...) DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: Que se declare el incumplimiento por parte del Municipio de Soacha-Secretaria de Educación de la adición al contrato de prestación de servicios educativos No. 163 de 2010, por negarse a pagar las obligaciones dinerarias de la mencionada adición contractual

SEGUNDA: Que se disponga la liquidación de la citada adición al contrato, conforme a las pruebas que se allegaran y practicarán dentro del proceso

TERCERA: Que se condene al Municipio de Soacha-Secretaria de Educación a pagar a la institución que represento la suma: CUARENTA Y NUEVE MILLONES TREINTA MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS (\$49.030.416), discriminados como se detalla en el correspondiente acápite de la demanda (...)

2.2. HECHOS

Los hechos de la demanda fueron señalados a folios 2 a 4 de la siguiente manera:

(...) HECHOS Y OMISIONES

1) *El Municipio de Soacha-Secretaria de Educación, celebró con el LICEO ISABEL SARMIENTO E.U., la adición al contrato No. 163 de 2010, cuyo objeto fue la prestación de servicios educativos vínculo contractual del cual nacieron obligaciones recíprocas entre las partes contratantes*

1. *(sic) Para garantizar continuidad del contrato y por ende el derecho a la educación, a este se le realizó una adición a su valor inicial por la suma de: CUARENTA Y NUEVE MILLONES TREINTA MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS (\$49.030.416), valor que resulta de multiplicar el número total de alumnos por el valor fijado en la Resolución Municipal*

2) *El contrato junto con su correspondiente adición fueron firmados por el secretario de Educación y Cultura, IGNACIO CASTELLANOS ANAYA*

3) *Para la adición del contrato la entidad contratante manifestó en el literal g), de la justificación adición y modificación, "Que para la adición del contrato se cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 0837 del 17 de noviembre de 2010, expedido por la Dirección de Presupuesto de la Secretaria de Hacienda del Municipio de Soacha"*

4) *Existe aprobación por parte del municipio de Soacha póliza de cumplimiento y su respectiva aprobación y su correspondiente pago del impuesto de publicación*

5) *El LICEO ISABEL SARMIENTO E.U., cumplió sus obligaciones contractuales de acuerdo con lo pactado en dicho negocio jurídico, sin que hasta la fecha el Municipio de Soacha-Secretaria de Educación haya cumplido con el pago de la adición contractual pactada, generándose a la accionante evidentes perjuicios que deben ser resarcidos por el incumplimiento, relacionados con los servicios prestados, produciéndose la ruptura de la ecuación financiera de la adición contractual en detrimento de la institución*

6) *La institución demandante, por conducto de su representante legal, en múltiples ocasiones, requirió al Municipio de Soacha-Secretaria de Educación para el pago de sus obligaciones contractuales, pues se había generado legalmente el derecho para el contratista de recibir el pago de la suma adeudada, desde el momento que se hizo exigible hasta que se produjera el pago, sin que hasta la fecha se haya cumplido esta obligación por parte del municipio de Soacha-Secretaria de Educación.*

7) (...)

8) *El municipio de Soacha-Secretaria de Educación, incumplió por consiguiente el contrato debidamente perfeccionado, pudiéndose argüir el enriquecimiento sin causa, porque el no pago de las obligaciones pactadas ha ocurrido cuando la entidad contratista ha cumplido con la ejecución de la adición contractual conforme a su objeto*

9) *Existe una obligación pendiente a favor de la Institución Educativa demandante, pues el municipio de Soacha no ha cancelado el valor adicionado que garantizó la continuidad del contrato y que corresponde a la suma de: CUARENTA Y NUEVE MILLONES TREINTA MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS (\$49.030.416)*

10) *Para la celebración de la adición al contrato, a través de la secretaria de educación y cultura del municipio de Soacha se realizó el estudio previo y justificación para realizar la mencionada adición y modificación al contrato de prestación de servicio educativo celebrado entre el municipio de Soacha y el colegio que represento*

11) (...)

3. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA POR PARTE DEL MUNICIPIO DE SOACHA (CUNDINAMARCA)

La apoderada del Municipio de Soacha (Cundinamarca), contestó la

demanda el 29 de noviembre de 2013, como consta a folios 26 a 30:

(...) 1. HECHOS

PRIMER HECHO: Es cierto, (...)

SEGUNDO HECHO: Es cierto, (...)

TERCER HECHO: Es cierto, (...)

CUARTO HECHO: Es cierto,

QUINTO HECHO: Es cierto, (...)

SEXTO HECHO: No es cierto, porque jurídicamente era imposible ejecutar esa adición al ser legalizada cuando el año lectivo había terminado. Tampoco es cierto que a la fecha exista incumplimiento en el pago de la "adición", dado que es la misma acta de liquidación del contrato, firmada por las partes que menciona "No se presentan salvedades y por lo tanto se entiende que se está de acuerdo con su contenido" y en ésta misma se determina "las partes quedan a paz y salvo" dando en consecuencia por terminado el contrato N. 163 de 2010.

SÉPTIMO HECHO: No es cierto, que se presente incumplimiento por parte de la Secretaria de Educación de Soacha en el pago de obligaciones contractuales, pues existe una liquidación del contrato, donde las partes se declaran a paz y salvo. Situación que termina la relación contractual sin que en ella se haya dejado salvedad o anotación de deudas o cumplimientos pendientes, finalizando material y jurídicamente cualquier compromiso.

OCTAVO HECHO: No es un hecho, es una interpretación subjetiva proveniente de la parte actora. (...)

NOVENO HECHO: No es cierto. Bajo ningún precepto y como ya se determinó, según acta de liquidación del contrato de prestación de servicios, las partes se encontraban conformes con las obligaciones que regían para los contratantes y de su cabal cumplimiento, pues de no haber sido así, no se hubiese firmado. Es más es un desacierto pretenderse que el presente libelo se ciña por el trámite de un enriquecimiento sin justa causa, aseveración que es completamente inadecuada y para nada acertada, si hablamos de una controversia contractual por incumplimiento de contrato y no puede buscarse que frente a la misma sea reconocido un enriquecimiento sin justa causa, como lo pretende la parte actora, afirmación que no tiene cabida por cuanto el litigio presente versa sobre una controversia contractual, menos aun cuando no se verifica ninguno de los elementos constitutivos que genere indicios de su configuración. Por lo tanto, las afirmaciones son desproporcionadas y erradas, pues si lo que se pretende es demostrar la ocurrencia de este hecho, la acción a invocar es totalmente diferente a la que nos ocupa.

DÉCIMO HECHO: No es cierto. No existen saldos pendientes a favor del demandante, pues el objeto contractual fue llevado a término. En consecuencia que se pruebe.

DÉCIMO PRIMER HECHO: No nos consta, en todo caso que sea probado dentro del proceso. (...)

DÉCIMO SEGUNDO HECHO: Es cierto, (...).

2. - PRETENSIONES

Me opongo a que prosperen todas y cada una de ellas, por cuanto carecen de respaldo y fundamentación jurídica, por lo que, desde este mismo momento le solicito al honorable Juez, que se despachen desfavorablemente.

3. - ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

3.1.- Frente al presunto incumplimiento (...)

3.2.- Liquidación del Contrato - Indebida Pretensión - Cosa Juzgada (...)

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. PARTE DEMANDADA

La parte actora dentro del término de traslado presentó alegatos de conclusión, como consta a folios 67 a 72, reiterando los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

4.2. PARTE ACTORA

La parte actora dentro del término de traslado presentó alegatos de conclusión, como consta a folios 73 a 75, al respecto indicó:

(...)Deberá su señoría, declarar y acceder a la pretensiones de la demanda toda vez que las mismas están fundamentadas en hechos ciertos y probados con los documentos y pruebas allegadas evacuadas que dan certeza, que la entidad demandada a la fecha no ha cancelado el valor de la adición al contrato, adición esta que cumplió con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley, es de recordarle señor juez, q la adición al contrato reclamada de 2010, cumplió entre otros con unos estudios previos para su realización, igualmente se firmo por parte del demandante y demandado, para dicha firma se contaba con el certificado de disponibilidad correspondiente, aunado a lo anterior mi mandante cumplió con la póliza exigida por parte de la entidad para dicha adición, póliza esta que como consta en el expediente aparece aprobada por la entidad demandada, igualmente la demandante cancelo el valor de la publicación exigida para la adición del contrato.

En el acervo probatorio su señoría se allego la siguiente documentación que no fue tachada de falsa por la demandada:

- 1) Certificado de existencia y representación del establecimiento educativo convocante emitido por la cámara de comercio*
- 2) Fotocopia de Resolución de Funcionamiento del establecimiento educativo convocante*
- 3) Fotocopia Resolución de Costos del establecimiento educativo convocante*
- 4) Copia de la Resolución 1170 de 2008, por medio de la cuai se actualizo y conforme el Banco de instituciones oferentes para la contratación del servicio público educativo en la vigencia 20)0*
- 5) Copia autentica de la Resolución que declara insuficiencia educativa 20)0*
- 6) FOTOCOPIA DEL FOLIO MATRICULA CON SELLO ORIGINAL DE RECTORIA como mecanismo de autenticación o reconocimiento.*
- 7) ULTIMO BOLETÍN 2010 CON SELLO ORIGINAL DE RECTORIA*
- 8) FOTOCOPIA DE LA ASISTENCIA DEL AÑO LECTIVO 2010 DONDE SE RESALTEN LOS ALUMNOS QUE PERTENECEN AL CONTRATO ADICIONAL*
- 9) Fotocopia AUTENTICADA del contrato prestación servicio educativo de 2010 para establecer universo de niños inicialmente atendidos*
- 10) Fotocopia AUTENTICADA de la adición No. 1 al contrato de prestación de servicios educativos. (CONTRATO DE ADICION CON SU RESPECTIVO LISTADO)*
- 11) Fotocopia AUTENTICADA de la póliza de cumplimiento y su respectiva aprobación*
- 12) Copia del pago del impuesto de publicación*
- 13) Copia autentica de la solicitud del certificado de registro presupuestal*
- 14) Decreto que adiciono el presupuesto de ingresos y recursos de capital del Municipio de Soacha para la vigencia fiscal del año 2010*

En especial se hace énfasis en las matriculas, asistencia, y boletines documento estos que no fueron objeto de tacha de falsedad alguna por la demandada, por tener ella la certeza que los niños estaban estudiando por el año lectivo 2010.

La entidad demandada en su contestación, nunca manifestó que esta demandante no haya prestado el servicio ni objeto el mismo, por el contrario, fundamenta la negación al parecer por la no existencia del registro presupuestal, irrisoria posición por parte del ente demandado, toda vez que dicha obligación radica única u y exclusivamente en la demandada.

Además su señoría con el interrogatorio absuelto por el representante legal de la institución quedo demostrado por qué se firmó la adición en el mes de diciembre del año 2010 y es suficiente la explicación ai determinar que es una costumbre con el municipio de Soacha firmar contratos cuando ya se ha prestado el servicio, él como representante

del colegio demandante obro de buena fe, creyendo que así también lo haría el municipio. Debe entenderse que la institución educativa no debe asumir las consecuencias negativas de las irregularidades en la contratación.

Valga recordarle al demandado, que en ninguno de los documentos allegados por él en la contestación de la demanda aparece argumento alguno de porque no se canceló la adicción al enunciado contrato, ni el valor ni el número de niños a los cual se les presto el servicio educativo ahora reclamado., razones estas como bien lo ha dicho la ley y la jurisprudencia que como la administración no quiso y no realizo pronunciamiento alguno sobre el valor de la adicción del contrato y por el contrario se sustrajo de la obligación de pagar dicho servicio educativo plasmado en dicha adición al contrato, mi defendida se vio en la obligación de acudir ante la jurisdicción para debatir los asuntos propios a la ejecución contractual y al pago de la misma.

El problema su señoría radica en que el incumplimiento por parte del municipio Soacha - secretaria educación y cultura en el no otorgamiento del registro presupuestal correspondiente para la adicción, configurando un incumplimiento por parte de la administración demandada

Teniendo en cuenta señor juez, que la diferencia entre las partes radica en la falta del pago por la entidad demandada de la adición del contrato, esta repito obedece única y exclusivamente como ya se dijo a que la demanda no expidió el registro presupuestal quien como es sabido es la obligada según lo manda la ley, este hecho de no existir el registro presupuestal como ya es sabido y partiendo de ese hecho es decir no se encuentra perfeccionado la adicción correspondiente al contrato ante la no expedición del mismo, por parte de la administración es preciso determinar señor juez si tal hecho constituye un impedimento para el surgimiento de la obligaciones contractuales, la respuesta su señoría sería no, valga recordarle a la entidad demandada, que una vez perfeccionado el contrato, en este caso la adicción, surgen las correspondientes obligaciones para las partes y con los medios de prueba allegados por mi mandante y pruebas evacuadas que mi mandante cumplió con el objeto contractual y de su adición; y si la entidad demandada no formalizo y realizo el registro al mismo no justifica la no cancelación aquí reclamada, toda vez repito que dicho hecho o acto solo lo puede realizar la parte demandada, es decir su señoría la falta de expedición del registro presupuestal tiene como fundamento una omisión por parte de la demandada que no se encuentra debidamente justificada.

Las pruebas documentales, el interrogatorio de oficio que sabiamente declara el despacho, permiten su señoría determinar con certeza que la entidad demandada incumplió con la obligación de suscribir el registro presupuestal correspondiente, demostrando entonces que esto conlleva al incumplimiento atribuible a la entidad demandada.

Por todo lo anterior señor juez deberá despachar favorablemente las pretensiones de la demanda toda vez que el incumplimiento se deriva única y exclusivamente por parte del municipio Soacha secretaria de educación y cultura del municipio Soacha (...).

El Ministerio Público dentro del término de traslado no presentó concepto.

5. TRAMITE PROCESAL

5.1. La demanda de acción contencioso administrativa por el medio de control contractual promovida, fue presentada ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, quien sometió a reparto correspondiéndole a este Despacho el día 19 de septiembre de 2012 (fl. 9 cuad. principal).

5.2. El medio de control contractual fue inadmitido mediante auto notificado el 11 de diciembre de 2012, para que fueran subsanados los defectos señalados (fls. 11 a 14).

5.3. La parte actora acató la orden impartida y allegó escrito de subsanación el 15 de enero de 2013 como consta a folios 16 a 17, se admitió demanda mediante providencia de 7 de febrero de 2013 (fls.

19 y vto. cuad. principal).

5.4. Con auto de 25 de junio de 2013, se profirió auto previo a decretar desistimiento tácito (fls. 21 y vto.) La parte demandada acató la orden impartida como consta a folio 22.

5.5. Al Municipio de Soacha, se le notificó por aviso de la acción contencioso administrativa el 14 de noviembre de 2013, de conformidad con el acta de notificación visible a folio 25 del cuad. ppal.

5.6. El término de traslado de la demanda de conformidad con lo señalado en el art. 199 CPACA venció el 18 de noviembre de 2013.

5.7. El Municipio de Soacha- Secretaría de Educación, contestó la demanda el 29 de noviembre de 2013, es decir, en tiempo. (fls. 26 a 43). De las excepciones propuestas se corrió traslado como consta a folio 45; dentro del término de traslado la parte actora presentó escrito (fls. 46 a 48)

5.8. Con auto proferido el 18 de marzo de 2014 (folio 50 y vto. cuad. ppal), se fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial para el día 22 de mayo de 2014 a las 11:30 de la mañana.

5.9. El 22 de mayo de 2014 se celebró la audiencia inicial, tal y como consta en el acta obrante a folios 51 a 58 cuad. ppal y en el CD anexo con el video de la diligencia obrante a folio 61, y se fijó el día 28 de agosto de 2014 a las 11:30 PM, como día y hora para la celebración de la audiencia de pruebas.

5.10. Con auto de 6 de agosto de 2014 se corrió traslado de documentales (fl.64)

5.11. Se celebró continuación de audiencia de pruebas, el día 28 de agosto de 2014, se corrió traslado de documentales, en la misma se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de conformidad con el inciso final del artículo 181 del CPACA, y se corrió traslado por el término de diez (10) días a las parte para presentar los alegatos de conclusión por escrito. (fls.66 y vto.)

5.12. Por su parte la apoderada de la parte demandada, presentó escrito de alegatos de conclusión el 11 de septiembre de 2014 como consta a folios 67 a 72 del cuaderno principal.

5.13. La apoderada de la parte actora allegó sus alegatos de conclusión con memorial radicado ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el 11 de septiembre de 2014 (folios 73 a 75 del cuad. ppal).

5.14. La Representante del Ministerio Público no presentó concepto dentro del término de traslado.

6. PRUEBAS RELEVANTES

En el cuaderno principal, obran las siguientes:

6.1. Copia de la Resolución No. 1124 del 25 de septiembre de 2009, por el cual se establece el calendario académico general para el año lectivo 2010 en los establecimientos educativos oficiales de educación formal en los niveles de preescolar, básica y media del Municipio de Soacha (fls. 38 a 41).

6.2. A folios 42 a 43 obra acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato de prestación de servicios No. 163 del 26 de abril de 2010 celebrado entre el Municipio de Soacha y el Liceo Isabel Sarmiento.

6.3. Interrogatorio de parte rendido por el Representante Legal del Liceo Isabel Sarmiento, en cd obrante en folio 67.

En el cuaderno No.2 de pruebas obran las siguientes:

6.4. Copia de la Justificación de adición y modificación 1 al contrato de prestación de servicio educativo No. 163 de 2010 celebrado entre el Municipio de Soacha y Liceo Isabel Sarmiento (fl. 13)

6.5. Copia de la adición y prórroga al contrato 163 de 2010 para la prestación del servicio educativo con anexo adicional, a folios 14 a 17.

6.6. Copia de la Póliza Única Cumplimiento Entidades Estatales Ley 80 de 1993, a folio 20.

6.7. Copia de la aprobación de póliza de garantía única de cumplimiento, a folio 21.

6.8. A folio 22 obra copia de CRP No. 1112, de fecha 29 de abril de 2010 para el contrato 163 de 2010.

6.9. Copia de la Resolución No. 001463 de 1999 por el cual se concede una licencia de funcionamiento y/o reconocimiento oficial, para la prestación del servicio educativo formal al establecimiento denominado Liceo Isabel Sarmiento, del Municipio de Soacha, Departamento de Cundinamarca (fls.23 a 26).

6.10. Copia de la Resolución No. 001698 de 2001 por el cual se concede una licencia de funcionamiento o reconocimiento oficial, para la prestación del servicio educativo formal al un (sic) establecimiento educativo de naturaleza privado (fls.27 a 28).

6.11. Copia de la Resolución No. 00184 de 2006 por el cual se adiciona la Resolución No. 136 de 21 de abril de 2005, por apertura de nueva sede (fls. 29 a 30).

6.12. Copia de la Resolución No. 00136 de 2005 por el cual se adiciona la Resolución No. 001698 de 18 de octubre de 2001, la apertura de nueva sede y se le concede ampliación de licencia a un establecimiento de educación formal, con constancia de notificación (fls. 31 a 33).

6.13. Copia de la Resolución No.1645 de 30 de diciembre de 2009 por la

cual se autoriza la adopción del régimen, categoría y la tarifa del establecimiento educativo privado Liceo Isabel Sarmiento (fls. 34 a 37).

6.14. A folios 38 a 51 obra copia de la Resolución 1170 del 15 de agosto de 2008, por medio de la cual se actualizó y confirmó el Banco de Oferentes para la contratación del servicio público educativo en el Municipio de Soacha.

6.15. Hoja de matrícula de alumnos pertenecientes a la institución de acuerdo al curso que pertenecen (fls. 52 a 107).

6.16. Informes Académicos y de Convivencia año 2010 de alumnos pertenecientes a la institución educativa demandante (fls. 108 a 165)

6.17 Copia de asistencia por curso de los alumnos que cursaron el año 2010 en el Liceo (fls. 166 a 170).

6.18. Copia de derecho de petición en interés particular por medio del cual el Representante Legal del Liceo Isabel Sarmiento solicita el pago de la adición del contrato radicado ante la Alcaldía Municipal de Soacha el 25 de mayo de 2011, a folios 272 a 274

6.19. Copia de la respuesta a derecho de petición con radicado No. 17119 dada por la Alcaldía Municipal de Soacha – Secretaría de Educación y Cultura al representante legal de la entidad demandante, mediante la cual responde a la solicitud del pago (folios 275 a 278).

6.20. Copia del contrato de prestación de servicio educativo No. 163 de 2010 celebrado entre el Municipio de Soacha y el Liceo Isabel Sarmiento con anexo que indica los estudiante a los que se les presta el servicio educativo, celebrado el 26 de abril de 2010 con anexos de estudiantes beneficiarios a folios 282 a 296.

6.21. Decreto 442 de 2 de noviembre de 2010, por el cual se modifica el presupuesto general del Municipio de Soacha para el año 2010 (fls. 297 a 302).

6.17. Certificado de existencia y representación legal de la entidad demandante, a folios 309 a 310.

6.18 Obra respuesta al Oficio No. 014-801, mediante el cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Soacha allega Cd con los siguientes archivos:

1. Contrato – adición y anexos
2. Resolución No. 0107 – 2010 de educación
3. Resolución 1170 de 15 de agosto de 2008

7. CONSIDERACIONES

7.1. EL PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si el Estado a través del Municipio de Soacha, incumplió la adición al contrato No. 163 de 2010, al no realizar el pago, y en consecuencia, si es procedente su liquidación judicial o si hay lugar a establecer que al entidad demandada no incumplió dicha adición

7.2. NORMAS APLICABLES

Teniendo en cuenta que la educación es un servicio público debe indicarse que la **Constitución Política**, ha indicado:

(...) ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)

Ahora bien, la **Ley 80 de 1993** es la encargada de regular los contratos celebrados entre el Estado y particulares, para el efecto debe indicarse:

" ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; (...)

ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante. (...)

ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos

previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

(...)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (...)

Ahora bien, la **LEY 1150 DE 2007**, para la escogencia del contratista ha indicado:

(...) **ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN.** La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...) **4. Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...) h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

Frente a la prestación del servicio de educación por parte de los municipios, la **Ley 715 de 2001** "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", ha establecido:

"ARTÍCULO 7o. COMPETENCIAS DE LOS DISTRITOS Y LOS MUNICIPIOS CERTIFICADOS.

7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.

(...) **7.6. Mantener la actual cobertura y propender a su ampliación.**

(...) **7.12. Organizar la prestación del servicio educativo en su en su jurisdicción.**

7.13. Vigilar la aplicación de la regulación nacional sobre las tarifas de matrículas, pensiones, derechos académicos y cobros periódicos en las instituciones educativas. (...)

ARTÍCULO 15. DESTINACIÓN. Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades:

(...) **15.3. Provisión de la canasta educativa.**

15.4. Las destinadas a mantener, evaluar y promover la calidad educativa.

PARÁGRAFO 1o. También se podrán destinar estos recursos a la contratación del servicio educativo de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la presente ley. (...)

ARTÍCULO 16. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN. La participación para educación del Sistema General de Participaciones será distribuida por municipios y distritos atendiendo los criterios que se señalan a continuación. En el caso de municipios no certificados los recursos serán administrados por el respectivo Departamento.

16.1. Población atendida

16.1.1. Anualmente se determinará la asignación por alumno, de acuerdo con las diferentes tipologías educativas que definirá la Nación, atendiendo, los niveles educativos (preescolar, básica y media en sus diferentes modalidades) y las zonas urbana y rural, para todo el territorio nacional.

Se entiende por tipología un conjunto de variables que caracterizan la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, de acuerdo con metodologías diferenciadas por zona rural y urbana. Dentro de una misma tipología la asignación será la misma para todos los estudiantes del país.

Las tipologías que se apliquen a los departamentos creados por la Constitución de 1991, deberán reconocer sus especiales condiciones para la prestación del servicio público de educación, incluida la dispersión poblacional.

La asignación por alumno en condiciones de equidad y eficiencia según niveles educativos (preescolar, básica y media en sus diferentes modalidades) y zona (urbana y rural) del sector educativo financiado con recursos públicos, está conformado, como mínimo por: los costos del personal docente y administrativo requerido en las instituciones educativas incluidos los prestacionales, los recursos destinados a calidad de la educación que corresponden principalmente a dotaciones escolares, mantenimiento y adecuación de infraestructura, cuota de administración departamental, interventoría y sistemas de información.

La Nación definirá la metodología para el cálculo de la asignación por alumno y anualmente fijará su valor atendiendo las diferentes tipologías, sujetándose a la disponibilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones.

16.1.2. La asignación por alumno se multiplicará por la población atendida con recursos del Sistema General de Participaciones en cada municipio y distrito. El resultado de dicha operación se denominará participación por población atendida, y constituye la primera base para el giro de recursos del Sistema General de Participaciones.

La población atendida será la población efectivamente matriculada en el año anterior, financiada con recursos del Sistema General de Participaciones. (...)

16.2. Población por atender en condiciones de eficiencia

A cada distrito o municipio se le podrá distribuir una suma residual que se calculará así: se toma un porcentaje del número de niños en edad de estudiar que no están siendo atendidos por instituciones oficiales y no estatales, y se multiplica por la asignación de niño por atender que se determine, dándoles prioridad a las entidades territoriales con menor cobertura o donde sea menor la oferta oficial, en condiciones de eficiencia. El Conpes determinará cada año el porcentaje de la población por atender que se propone ingrese al sistema educativo financiado con los recursos disponibles del Sistema General de Participaciones durante la siguiente vigencia fiscal. (...)

16.3. Equidad

A cada distrito o municipio se podrá distribuir una suma residual que se

distribuirá de acuerdo con el indicador de pobreza certificado por el DANE.

ARTÍCULO 19. INFORMACIÓN OBLIGATORIA. En la oportunidad que señale el reglamento en cada año, los departamentos, distritos y municipios suministrarán al Ministerio de Educación la información del respectivo año relativa a los factores indispensables para el cálculo de los costos y de los incentivos del año siguiente. En caso de requerirse información financiera, ésta deberá ser refrendada por el Contador General o por el contador departamental previa delegación.

ARTÍCULO 27. PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO.

<Inciso modificado y adicionado modificado por el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:>

Prestación del Servicio Educativo: Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.

Solamente en donde se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores, que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales. El valor de la prestación del servicio financiado con recursos del sistema general de participaciones no puede ser superior a la asignación por estudiante, definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.

Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica. (...)

ARTÍCULO 28. PRIORIDAD EN LA INVERSIÓN. Los departamentos, distritos y municipios darán prioridad a la inversión que beneficie a los estratos más pobres. Sin detrimento del derecho universal a la educación."

Sumado a lo anterior el Decreto 2355 de 2009, "Por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas", estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente decreto reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas. Los departamentos, distritos y municipios certificados podrán celebrar los contratos a que se refiere el presente decreto, cuando se demuestre la insuficiencia para prestar el servicio educativo en los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción.

ARTÍCULO 2o. CAPACIDAD PARA CONTRATAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO. Las entidades territoriales certificadas podrán contratar la prestación del servicio educativo que requieran con las personas de derecho público o privado que señala la ley y de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación o promoción del servicio de educación formal.

(...)

En los contratos a los que se refiere el presente párrafo se deberán tener en cuenta las disposiciones especiales aplicables, contenidas en el Decreto 804 de 1995 y demás normas concordantes.

ARTÍCULO 3o. PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO. La modalidad de selección para los contratos de prestación de servicios profesionales a que se refiere el literal b) del artículo 4o del presente decreto, se realizará de conformidad con lo establecido en el literal h) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 y en el Capítulo III de este decreto.

ARTÍCULO 4o. MODALIDADES DE LOS CONTRATOS. Conforme a lo previsto en el artículo 1o de este decreto, con el fin de hacer más eficientes los recursos disponibles y satisfacer las distintas necesidades del servicio educativo, las entidades territoriales certificadas podrán celebrar contratos en las siguientes modalidades:

- a) Concesión del servicio educativo.
- b) Contratación de la prestación del servicio educativo.
- c) Administración del servicio educativo con las iglesias y confesiones religiosas.

ARTÍCULO 5o. VALOR DE LOS CONTRATOS. Para las modalidades de contratación de la prestación y de la administración del servicio educativo el valor total de cada contrato será el resultado de multiplicar el valor establecido por estudiante por el número de estudiantes atendidos. El valor por estudiante se determinará teniendo en cuenta los componentes de la canasta educativa ofrecidos.

Para las modalidades de contratación de la prestación y de la administración del servicio educativo establecidas en el artículo 4o de este decreto, y financiadas con cargo a los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones, el valor reconocido por alumno atendido no podrá ser superior, en ningún caso, a la asignación por alumno definida por la Nación. Cualquier suma que exceda lo dispuesto en el presente artículo deberá ser financiada con cargo a los recursos propios de la entidad territorial certificada respectiva.

No obstante, dichos contratos podrán también financiarse total o parcialmente con los recursos que reciban las entidades territoriales certificadas por transferencia con destinación específica, con recursos propios u otros que puedan concurrir para tal efecto, con sujeción a las restricciones legales.

(...) ARTÍCULO 7o. REQUISITOS PRESUPUESTALES PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. Antes de la celebración de cada contrato, la entidad territorial deberá contar con la apropiación presupuestal suficiente para asumir los respectivos compromisos contractuales, para la cual deberá obtener el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. Si el contrato que se suscriba afecta presupuestos de vigencias futuras, deberá darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 o a las normas que lo modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 8o. REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 715 de 2001 y 1o de la 1294 de 2009, para realizar la contratación del servicio público educativo con cualquier fuente de recursos y en los términos del presente decreto, las entidades territoriales certificadas deberán cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

- a) Realizar un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado y, en consecuencia, la necesidad de la contratación. Este estudio deberá realizarse previamente a la conformación o actualización del Banco de Oferentes y a la celebración de los contratos y con base en los resultados de la planeación de cobertura y de la proyección de cupos, en los términos establecidos en la resolución de matrícula expedida por el Ministerio de Educación Nacional.
- b) Garantizar que, en desarrollo de la contratación que realicen, se preste el

servicio educativo formal durante todo el año lectivo y se ofrezcan en su totalidad los programas curriculares y planes de estudio de los niveles y grados determinados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) o en el Proyecto Educativo Comunitario (PEC).

c) **Establecer oportunamente el listado de los niños, niñas y jóvenes que serán atendidos en desarrollo de cada contrato. La relación de estos estudiantes deberá ser remitida a cada contratista debidamente firmada por el Secretario de Educación de la respectiva entidad territorial certificada y hará parte integral del contrato que se suscriba.**

ARTÍCULO 10. CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO. En los términos del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades territoriales certificadas podrán contratar con particulares la prestación del servicio educativo bajo la modalidad de concesión. En estos contratos, el ente territorial podrá aportar infraestructura física y dotación o estas podrán ser aportadas, adquiridas o construidas, total o parcialmente por el particular, imputando su valor a los costos de la concesión. Deberá pactarse, en todo caso, que a la terminación del contrato opere la reversión de la infraestructura física y de la dotación aportada por la entidad territorial o construida o adquirida por el particular con cargo al contrato.

En la modalidad de concesión el valor reconocido por estudiante será la asignación por alumno definida por la Nación, en la correspondiente tipología por alumno atendido y por calidad educativa, de cada entidad territorial. No obstante, la respectiva entidad territorial certificada podrá financiar los valores que excedan la asignación utilizando recursos diferentes a los de transferencias de la Nación.

ARTÍCULO 11. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA. **La selección de los contratistas del contrato de concesión del servicio educativo se realizará con base en lo establecido al respecto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y las normas que las modifiquen o sustituyan.**

ARTÍCULO 12. CONTRATACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO. En esta modalidad, la entidad territorial certificada contrata la prestación del servicio público educativo **por un año lectivo para determinado número de alumnos.**

La contratación de la prestación del servicio podrá efectuarse con contratistas que sean propietarios de los establecimientos educativos en los que se presta el servicio o con contratistas que, sin ser propietarios de los establecimientos educativos, cuentan con un PEI o PEC aprobado por la respectiva secretaría de educación.

ARTÍCULO 13. CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y CONTINUIDAD DEL CONTRATISTA. A los estudiantes beneficiarios del servicio contratado se les deberá garantizar la continuidad del servicio educativo, sin que ello implique que el contratista adquiere derecho alguno a continuar el contrato más allá de su vigencia inicial. En consecuencia, sólo se podrá recurrir, en cada vigencia, a la modalidad de contratación de la prestación del servicio educativo, cuando no se pueda ofrecer disponibilidad de cupo en un establecimiento educativo oficial a los estudiantes que en la vigencia anterior eran beneficiarios del servicio contratado.

La entidad territorial certificada conservará la facultad, en todo caso, de no prorrogar ni suscribir un nuevo contrato, así como la de terminar uno existente, de acuerdo con las normas vigentes.

(...)ARTÍCULO 15. CONFORMACIÓN DE BANCOS DE OFERENTES. Cuando una entidad territorial certificada requiera celebrar los contratos a los que se refiere el artículo 12 del presente decreto, deberá conformar un banco de oferentes de la manera como aquí se establece.

Las entidades territoriales certificadas solo podrán celebrar los contratos en mención con las personas de derecho público o privado prestadoras del servicio educativo que resulten habilitadas en el respectivo banco de oferentes. El proceso de inscripción, evaluación y calificación será gratuito.

El Ministerio de Educación Nacional determinará los lineamientos para la contratación del servicio público educativo y establecerá los criterios de evaluación y de calificación, los cuales incluirán los aspectos técnicos referidos a trayectoria e idoneidad, así como los procesos, procedimientos, formatos y demás instrumentos requeridos para la conformación del banco de oferentes.

PARÁGRAFO. La invitación pública para inscribirse, la evaluación, la calificación y la posterior habilitación en el banco de oferentes no generan obligación para la entidad territorial certificada de realizar contratación alguna. En el evento en que la entidad territorial deba celebrar un contrato de prestación del servicio educativo deberá hacerlo con las personas de derecho público o privado habilitadas y de conformidad con la correlación existente entre la ubicación geográfica de la demanda y el lugar en el cual se prestará el servicio educativo. Así mismo, se tendrán en cuenta, para realizar la contratación, las necesidades específicas de la población atendida, de manera que el servicio educativo contratado sea pertinente para dicha población.

ARTÍCULO 16. PROCEDIMIENTO PARA CONFORMAR UN BANCO DE OFERENTES.
Las entidades territoriales certificadas deben adelantar el siguiente procedimiento para conformar un banco de oferentes:

16.1 Primera etapa. Requerimientos previos para la conformación del banco de oferentes.

16.1.1 Adelantar todas las etapas preliminares y de proyección de cupos del proceso de matrícula que haya definido el Ministerio de Educación Nacional mediante la respectiva resolución.

16.1.2 Realizar un estudio completo que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del ente territorial certificado para prestar el servicio educativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 1o de la Ley 1294 de 2009. Las conclusiones del estudio deben quedar consignadas en la parte motiva del acto administrativo de invitación pública.

16.1.3 Elaborar una invitación pública, que debe contener:

a) Datos básicos de la entidad territorial certificada interesada en conformar el banco de oferentes.

b) Destinatarios de la invitación.

c) Objeto de la invitación.

d) Requisitos que deben acreditar los interesados en inscribirse, principalmente los relacionados con la acreditación de la experiencia e idoneidad para prestar el servicio público de educación y la capacidad para celebrar contratos.

e) Criterios para evaluar a los inscritos y posibles prestadores del servicio.

f) Fecha y hora a partir de la cual se inicia el proceso de inscripción, así como el lugar en que tal procedimiento se adelantará.

g) Fecha y hora en la que se cierra la inscripción.

h) Término durante el cual se realizará la evaluación y calificación de los inscritos.

i) Medio a través del cual se informará a cada inscrito la calificación obtenida.

16.1.4 Elaborar el formato de inscripción, que hará parte integral de la invitación pública.

16.1.5 Elaborar el formato de evaluación de los inscritos, que hará parte integral de la invitación pública.

16.1.6 Elaborar la tabla de calificación, de acuerdo con el formato de evaluación, estableciendo un puntaje máximo y mínimo para cada aspecto evaluable y el puntaje mínimo requerido para ser habilitado, hacer parte del banco de oferentes y poder celebrar los respectivos contratos. La tabla de calificación hará parte integral de la invitación pública.

16.1.7 Establecer los medios de divulgación de la invitación pública que se emplearán, la dependencia responsable de dicha actividad, la duración y frecuencia con que se utilizarán los medios elegidos.

16.2 Segunda etapa. Realización de la invitación pública a inscribirse para la conformación del banco de oferentes, mediante la expedición de un acto administrativo motivado, que contendrá la información a que se refiere el numeral 16.1.3.

16.3 Tercera etapa. Habilitación. Esta etapa comprende la evaluación y la calificación.

(...)ARTÍCULO 23. APLICACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES DE EDUCACIÓN. A la totalidad de los contratos que se celebren de acuerdo con lo dispuesto en este decreto le son plenamente aplicables las normas que regulan la prestación del servicio de educación en el país. (...)

En el caso específico del Municipio de Soacha el **Decreto 082 del 4 de marzo de 2010**, "Por medio del cual se declara el estado de Emergencia Educativa en el municipio de Soacha y se dictan otras disposiciones", teniendo en cuenta que la oferta educativa en las instituciones públicas ya se copó y que para garantizar la prestación del servicio a aquellos estudiantes que aún no se han matriculado o que están por fuera, es necesario contratar con los colegios privados que se encuentren dentro del banco de oferentes para que reciban alumnos nuevos subsidiados por el Ministerio de Educación.

El señalado decreto que declara la emergencia educativa en Soacha contiene básicamente los siguientes cuatro artículos:

"PRIMERO: Declarar a partir de la fecha al municipio de Soacha en situación de emergencia educativa durante tres meses, con el fin de adelantar las acciones encaminadas a garantizar la prestación de la educación básica a la totalidad de los menores en edad escolar que tienen derecho a la inclusión dentro del servicio educativo y que a la fecha no han podido tener acceso al servicio, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 348 de 2010, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura.

SEGUNDO: Establecer que como consecuencia de la situación de emergencia educativa se adelantarán las acciones encaminadas a la contratación del servicio educativo, o las que resulten pertinentes, para efectos de aplicar la excepción prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 y en los términos allí establecidos.

TERCERO: De conformidad con la disposición adoptada, el Secretario de Educación y Cultura del municipio de Soacha-Cundinamarca, podrá suscribir con los colegios privados del municipio la contratación de la educación de los niños y jóvenes de actualmente no están cubiertos por el sistema oficial de Educación,

siempre que tales establecimientos educativos hagan parte del Banco de Oferentes vigente y reúnan los requisitos establecidos en los artículos 27 de la ley 115 de 2001 y 1o. de la ley 1294 de 2009 y el decreto 2355 de 2009, y teniendo en cuenta los contenidos de la resolución 348 de 2010.

CUARTO: El presente decreto rige a partir de la fecha de expedición" (04 de marzo de 2010).

7.3. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado, frente a la noción de los contratos estatales ha señalado lo siguiente:

(...) El artículo 1495 del Código Civil asimila el concepto de contrato al de convención, entendiendo por ambos el "acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". No obstante, la jurisprudencia y la doctrina nacionales han precisado que el contrato es aquella forma de convención a la que le corresponde la función positiva de crear o transmitir derechos y obligaciones. En otras palabras, el contrato se distingue de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar derechos y obligaciones, en tanto que la convención puede ir en procura no sólo de ese objetivo, sino también de modificar o extinguir derechos y obligaciones ya creadas. El contrato nace de la fusión de voluntades frente a prestaciones contrapuestas (contratos de contraprestación) o frente a propósitos comunes (contratos de colaboración) y, para hablar de contrato estatal, se requiere que al menos una de tales voluntades sea la del Estado o la de una persona jurídica de derecho público. En efecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad". De manera que son contratos estatales los que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales.(...)

Ahora bien frente a los requisitos que deben reunir los contratos estatales se ha indicado:

" Las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, habida cuenta de que éste constituye requisito o formalidad constitutiva (ad substantiam actus y ad solemnitatem), conforme a lo dispuesto por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. De ahí que para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica es preciso que obre en escrito y por ello no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, tal y como la ha indicado una y otra vez la jurisprudencia de la Sala. En efecto, el citado artículo 39 de la Ley 80 de 1993, al regular la forma del contrato estatal, prescribe que los contratos que celebren las entidades estatales "constarán por escrito" (contrato litteris), en contraposición a la libertad de forma del régimen del derecho común en el que la consensualidad es la regla general ("solus consensus obligat"). Norma que hace referencia al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual, tal y como lo señaló la Corte Constitucional al hacer el examen de constitucionalidad del párrafo del citado precepto que disponía que las formalidades plenas se determinaban en función de la cuantía (reglamentado por el artículo 25 Decreto 679/94). En consonancia con este mandato, el artículo 41 de la misma ley estableció con igual nitidez que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. En cuanto al alcance de estos dos mandatos legales, consultados sus antecedentes históricos para determinar la historia fidedigna de su establecimiento al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil (voluntas legislatoris), se tiene que el legislador tenía claro que el contrato

*estatal no sería consensual sino solemne y –por lo mismo- el escrito fue concebido como un requisito para su perfeccionamiento.*¹

De conformidad con la teoría general, los contratos, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, se pueden clasificar en tres grupos, a saber: reales, solemnes y consensuales, según la definición que de tales categorías recoge el artículo 1500 del Código Civil. En atención a lo anterior, la clase predominante y general de los contratos corresponde a los consensuales, lo cual significa que ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes respecto de los elementos esenciales del mismo para que se dé el perfeccionamiento del contrato. No obstante lo anterior, en el caso específico de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 determina en forma expresa que todos los que participan de esta naturaleza son contratos solemnes, según lo reflejan los artículos 39 y 41 de la citada ley.

Ahora bien, en un caso similar al que hoy es objeto de estudio el Consejo de Estado señaló:

CONTRATOS ESTATALES - Solemnes / MODIFICACION - Sujeta a solemnidades

*De conformidad con las normas transcritas (artículos 39 y 41 Ley 80), respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que: "[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." **En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario.***

CONTRATO ESTATAL - Efecto vinculante del acta de liquidación bilateral del contrato

El Consejo de Estado ha desarrollado en numerosas oportunidades, en una posición pacífica, uniforme y estable, respecto de la improcedencia absoluta de las reclamaciones judiciales que se encaminan a obtener reconocimientos por la ejecución de prestaciones emanadas de un contrato, cuando quiera que el mismo ya ha sido liquidado de manera bilateral y dentro del cuerpo de tal liquidación no se ha dejado constancia, salvedad o inconformidad alguna acerca de la falta de reconocimiento o pago que el contratista reclama, ni se presenten causales que afecten la eficacia, la existencia o la validez del respectivo acuerdo liquidatorio.

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 23001-23-31-000-1999-00355-01(21128)

CONTRATO ESTATAL - Acta de liquidación bilateral. Negocio Jurídico

El acta de liquidación bilateral del contrato constituye un negocio jurídico, esto es "un acto de autonomía privada jurídicamente relevante", en virtud de la cual las partes hacen un balance contractual y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato. Tiene fundamento en la autonomía y en la libertad, propias de cualquier contratación privada o estatal y como toda convención tiene efecto vinculante para quienes concurren a su celebración, de conformidad con lo prescrito, entre otros, en el citado artículo 1602 del Código Civil.

ACTO PROPIO - Principio de la buena fe. Venire contra factum proprium non valet

Finalmente, la Sala anota que el demandante, con base en la reclamación judicial que ahora adelanta, está yendo en contra de sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla "venire contra factum proprium non valet", derivada del principio de la buena fe, el cual encuentra consagración positiva expresa tanto constitucional como legalmente en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el demandante suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 sin manifestar que había realizado una obra que se hallaba pendiente de pago y más adelante pretendió el pago correspondiente mediante la suscripción de la "Adición al Contrato (...) y la posterior reclamación judicial. Este comportamiento de la sociedad Tracto Casanare Ltda. constituye una vulneración de la regla referida, en tanto que se encuentra en abierta contradicción entre lo que se hace y lo que se dice en el acta de liquidación referida y lo que se hace y se dice en sus actuaciones ulteriores. En atención a lo expuesto, la Sala tiene claro que las pretensiones correspondientes no están llamadas a prosperar.

Inexistencia / Perfeccionamiento

*De acuerdo con pronunciamientos efectuados en ocasiones anteriores por la Sala, la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. Los argumentos que sirven para sustentar tal afirmación están concentrados especialmente en lo siguiente: en primer lugar cabe precisar que en cuanto **el artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse**; en segundo lugar, cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción "cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia."*

ADICION DE CONTRATO ESTATAL - Nulidad por causa ilícita

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, la Sala considera que de haber llegado a tener existencia la "Adición (...)" sería posible declarar la nulidad absoluta del mismo por causa ilícita, entendida en los términos correspondientes del Código Civil. En atención a lo anterior, la Sala concluye que la "Adición al Contrato de Obra Pública No. (...)" tenía como causa la intención contraria al orden público de dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido

cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible adelantar obras adicionales sin que tuviera lugar el lleno de los requisitos legales. En otras palabras, de haber existido el negocio jurídico este habría estado viciado de causa ilícita puesto que con la suscripción de la "Adición al Contrato de Obra Pública No. (...)", sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - Fuente de obligaciones / PARTICIPACION DEL CONTRATISTA - Actuación irregular

La Sala considera necesario explicar que tampoco puede haber lugar a reconocimiento alguno por concepto de la fuente de las obligaciones denominada enriquecimiento sin causa, en el presente caso concreto, puesto que se nota claramente la participación directa del contratista en la situación irregular que dio lugar a la supuesta realización de las obras sin cumplimiento de las prescripciones legales. En el sub judice se ha acreditado que la sociedad contratista participó con la entidad demandada en la actuación para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad constituía una flagrante vulneración de las normas de contratación estatal. En efecto, está probado en el plenario, de acuerdo con las declaraciones del representante legal de la misma compañía demandante, que Tracto Casanare Ltda. realizó en febrero de 1996 unas obras adicionales a las originariamente acordadas, sin que hubiere un contrato o un documento de adición que le sirviera de fundamento; que Tracto Casanare Ltda., suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 sin salvedades o constancias, no obstante que para ese entonces había hecho unas obras adicionales, las cuales no le habían sido reconocidas ni pagadas en virtud del referido documento; que la "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95", fue suscrita por las dos partes, Departamento de Casanare y Tracto Casanare Ltda., a sabiendas de que no había ninguna obra adicional o nueva para ejecutar, sino que se trataba de utilizar ese instrumento jurídico para "legalizar" una situación irregular ya cumplida.²

7.4. CASO EN CONCRETO

La parte actora pretende que se declare que el Municipio de Soacha – Secretaría de Educación, **INCUMPLIÓ la adición al contrato No. 163 de abril 26 de 2010** suscrito con el LICEO ISABEL SARMIENTO E.U., que se declare que le debe el pago de CUARENTA Y NUEVE MILLOS TREINTA MIL CUATROSCIENTOS DIESCISEIS PESOS MDA/CTE (\$49.030.416) y en consecuencia se ordene la liquidación judicial de la citada adición.

Tal y como se ha podido establecer, el núcleo principal del problema está referido a la prestación del servicio de educación a los estudiantes señalados en el **anexo 1 adicional contrato No.163-2010 (en Cd anexo identificado con la hoja No. 341)** por parte del Liceo Isabel

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596)

Sarmiento E.U., demandante en el proceso, los cuales no se encontraban relacionados **en el anexo 1 del citado contrato (fls. 291 a 295 del cuaderno 2)**.

El Contrato de prestación de servicio a cuya tipificación corresponde el celebrado en este caso concreto de acuerdo con lo que se puede leer dentro del texto respectivo aportado al expediente, está definido en la Ley 80 de 1993, artículo 32, así:

"(...)3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...)"

En el contrato No. 163 del **26 de abril de 2010**, el objeto se dirigía a:

*(...) CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: El objeto del presente contrato es la **PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO A LOS ESTUDIANTES BENEFICIARIOS RELACIONADOS EN EL DOCUMENTO DENOMINADO "ANEXO 1"**, EL CUAL HACE PARTE INTEGRANTE DEL PRESENTE CONTRATO, ASÍ COMO LA DECLARACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL CONTRATISTA DE HABER REVISADO EL ANEXO 1 CLÁUSULA*

*SEGUNDA. ALCANCE DEL OBJETO: Para el cumplimiento del objeto de este contrato y de cada una de las obligaciones que de él se deriven, es entendido por las partes que la **obligación principal consiste en la prestación integral del servicio público de educación de los alumnos beneficiarios relacionados en el documento denominado "Anexo 1"**, dando estricto cumplimiento a las normas y lineamientos nacionales que regulan EL PROCESO DE COBERTURA A POBLACION VULNERABLE, la prestación del servicio educativo en las condiciones y modalidades definidas entre las partes en el presente contrato.(...)*

La adición al contrato No. 163 celebrada el **17 de diciembre de 2010** para el mismo año por su parte indicó:

CLAUSULA PRIMERA: *La cláusula Quinta quedará así: VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato es la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLOS TREINTA MIL CUATROSCIENTOS DIESEISES PESOS MDA/CTE (\$49.030.416), **que resulta de multiplicar el número total de alumnos beneficiados contenidos en el "anexo I"**, por el valor fijado en la Resolución Municipal por medio de las cuales se autoriza la adopción del régimen, categoría y la tarifa del establecimiento educativo privado para el año lectivo 2010 de la siguiente manera:*

Como se puede ver, el contrato para la prestación del servicio educación para el año lectivo 2010 se celebró el 26 de abril de 2010 y su adición el 17 de diciembre de 2010 una vez finalizado el año lectivo conforme a la Resolución No. 1124 de 25 de septiembre de 2009. En el mismo

sentido, debe indicarse que la adición al contrato se hace frente al número de estudiantes a los cuales se les prestó el servicio de educación, los cuales corresponden a 57 que no aparecen amparados con el convenio por el que se celebró el contrato 163.

Los asuntos principales que se deberán analizar para determinar si las pretensiones han de prosperar o no, habida cuenta de las pruebas aportadas al proceso, están referidos a los siguientes aspectos:

- Alcances y efectos del acta de liquidación bilateral del Contrato 163 de 26 abril de 2010;
- Existencia o inexistencia de la "Adición al Contrato de prestación del servicio de educación No. 163, del 17 de diciembre de 2010;
- Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto.

7.4.1. Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 163 del 26 de abril de 2010. Consecuencias jurídicas respecto del proceso.

En el plenario está acreditado que las partes contractuales procedieron, de común acuerdo y sin dejar consagrada salvedad alguna, a liquidar bilateralmente el Contrato 163 el día 28 de diciembre de 2010 y que, respecto del objeto de la reclamación, se señaló que la prestación cumplida y liquidada había correspondido a:

*(...) **SÉPTIMA.** Que respecto a lo anterior, el contratista manifiesta que el balance económico del contrato se encuentra acorde con el contenido y cumplimiento de las obligaciones pactadas y por lo tanto existe equilibrio económico del contrato en cuanto a las contraprestaciones cumplidas y las pendientes, las cuales se desarrollan efectivamente por las partes con base en la suscripción del presente acuerdo.*

***OCTAVA.** Que frente a la presente acta de liquidación de mutuo acuerdo, el contratista no presenta salvedades, por lo tanto se entiende que conoce y está de acuerdo con su contenido. Lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 ya mencionado.*

***NOVENA.** De conformidad con lo antes manifestado las partes contratantes imparten la aprobación a la presente liquidación.*

***DECIMA.** Que consecuentemente con lo aquí expuesto se cancelará al contratista, la suma de NOVENTA Y CIONCO MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$95.312.321) previa presentación por parte de éste, de los documentos pertinentes para el pago exigidos por la Secretaria de Hacienda Municipal.*

En atención con lo previsto en la presenta acta, las partes contratantes dan por liquidado el contrato N° 163 de 2010 cuyo objeto es la PRESTACION DEL SERVICIO EDUCATIVO A LOS ESTUDIANTES BENEFICIARIOS RELACIONADOS EN EL DOCUMENTO DENOMINADO "ANEXO 1" y se declara a paz y salvo por todo lo relacionado con el objeto contratado, por lo cual no se consignan observaciones u objeciones". (folios 45 a 47 del cuaderno principal)

También está acreditado en el proceso, que la adición al contrato se hizo días antes de la liquidación del contrato, pues la adición se suscribió el 17 de diciembre de 2010 (folios cd anexo a folio 315 del cuaderno de pruebas) y la liquidación se realizó el 28 de diciembre de 2010 (fls. 42 a 43 del cuaderno principal).

Las pruebas y elementos obrantes en el proceso que secundan lo dicho por el actor, en el sentido de que la prestación del servicio por el cual se reclama fue realizada materialmente con anterioridad a la liquidación, son las obrantes en el cuaderno de pruebas que corresponden a la solicitud de CRP obrante en Cd a folio 315 del cuaderno de pruebas; la misma adición al contrato suscrita el 17 de diciembre de 2010 (Cd a folio 315 del cuaderno de pruebas).

Lo anterior indica:

- Que la prestación del servicio que se demanda como adicional fue suscrita el 17 de diciembre de 2010, es decir, antes de la liquidación del contrato 163, la cual tuvo lugar el 28 de diciembre de 2010.
- Que a pesar de ello, dentro del acta de liquidación bilateral no se dejó constancia ni salvedad alguna respecto de deudas por pagar acerca de prestación del servicio de educación para los alumnos señalados en el anexo 1 de la adición del contrato, dado que en el documento mencionado, suscrito por el representante legal del Liceo Isabel Sarmiento E.U., sociedad demandante, sin consignar saldos debidos por la prestación del servicio.

- Que hubo consentimiento expreso y exento de vicios de la representante legal del Liceo Isabel Sarmiento E.U., parte demandante, con la liquidación del contrato.

- Que la "Adición al Contrato 163", del 17 de diciembre de 2010 puede una gravísima inexactitud, en cuanto comprende como objeto una prestación de servicio de educación que ya se había realizado con anterioridad a la suscripción de este documento, a pesar de que el año lectivo 2010 ya había terminado; todo lo anterior con el aparente propósito de "legalizar" unos hechos cumplidos en contra de las disposiciones legales, como se explicará con detalle más adelante.

En consecuencia, no es posible obtener judicialmente el reconocimiento de pago alguno por la realización de la adición contractual, como lo quiere la parte actora, como se puede concluir del Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 163, pues la mencionada acta de liquidación, suscrita por la parte actora, en condición de representante legal del Liceo Isabel Sarmiento E.U., dan fe, inequívocamente, de que a esa fecha no hubo deuda alguna.

Los argumentos que le sirven para desestimar las pretensiones de acuerdo con lo que se acredita en el proceso y lo que se analiza en este aparte son principalmente tres:

1. Extemporaneidad de la adición al contrato 163 del 26 de abril de 2010

Los contratos, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, se pueden clasificar en tres grupos, a saber: reales, solemnes y consensuales, según la definición que de tales categorías recoge el artículo 1500 del Código Civil en los siguientes términos:

"Artículo 1500.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento."

Lo anterior permite concluir que generalmente los contratos corresponde a los consensuales, lo cual significa que ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes respecto de los elementos esenciales del mismo para que se dé el perfeccionamiento del contrato.

No obstante lo anterior, en el caso específico de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 determina en forma expresa que todos los que participan de esta naturaleza son contratos solemnes, según lo reflejan los textos de sus artículos 39 y 41, así:

*"Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.
(...)*

Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito."

De conformidad con las normas transcritas, respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en **adición**, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero.

Lo anteriormente indicado está soportado en el artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario.

En el caso concreto, se prestó el servicio de educación a 34 alumnos que no están señalados en el contrato inicial, prestación que se dio desde el comienzo del año lectivo, es decir, desde el inicio del contrato estaba claro que era necesario prestar el servicio educativo a esos niños, que los mismos no estaban amparados por el contrato, y sólo hasta finalizado el año lectivo 210, se hace una modificación para su inclusión, lo cual significa, que respecto del Contrato 163 se habría intentado efectuar una modificación con el mero consentimiento de las partes, razón por la cual jamás alcanzó existencia, desde la perspectiva contractual, para el mundo del Derecho.

Sobre ese particular, se considera que dada la solemnidad que caracteriza a los contratos estatales de conformidad con la legislación especial que regula esta materia se concluye que, no sería posible reconocerle efecto alguno a tal acuerdo puesto que la modificación consensual, de un acuerdo que legalmente se debe extender por escrito, es decir, que es solemne, está llamada a ser desestimada por el ordenamiento jurídico.

2. Efecto vinculante del acta de liquidación bilateral del contrato.

Respecto de la improcedencia absoluta de las reclamaciones judiciales que se encaminan a obtener reconocimientos por la ejecución de prestaciones emanadas de un contrato, cuando quiera que el mismo ya ha sido liquidado de manera bilateral y dentro del cuerpo de tal liquidación no se ha dejado constancia, salvedad o inconformidad alguna acerca de la falta de reconocimiento o pago que el contratista reclama, ni se presenten causales que afecten la eficacia, la existencia o la validez del respectivo acuerdo liquidatorio³.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de abril de 1997; Exp. No. 10608, M.P. Daniel Suárez Hernández "La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía

La Ley 80 de 1993 define la liquidación de los contratos en los siguientes términos:

"Artículo 60. De su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que requieran liquidación

Subrogado. Ley 1150 de 2007, art.11. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo."

El contrato 163 en su cláusula décima quinta precisó, en el mismo sentido de la norma legal, que la liquidación del contrato tendría lugar una vez expirado el término previsto para la ejecución del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Frente al acta de liquidación bilateral el Consejo de Estado indicó lo siguiente:

" El acta de liquidación bilateral del contrato constituye un negocio jurídico, esto es "un acto de autonomía privada jurídicamente relevante", en virtud de la cual las partes hacen un balance contractual y establecen, de manera definitiva, el estado en que queda cada una de ellas respecto de las obligaciones y derechos provenientes del contrato. Tiene fundamento en la autonomía y en la libertad, propias de cualquier contratación privada o estatal y como toda convención tiene

privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo"

efecto vinculante para quienes concurren a su celebración, de conformidad con lo prescrito, entre otros, en el citado artículo 1602 del Código Civil⁴.

Así las cosas es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad”

En concreto, el Consejo de Estado - Sección Tercera ha dicho, en un caso que guarda similitud con el presente, lo siguiente:

"Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firmen de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores. Ha advertido la Sala, adicionalmente, que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz."⁵. (Subrayado fuera de texto)

3. "venire contra factum proprium non valet"

Se advierte además que la parte demandante, con base en la reclamación judicial que ahora adelanta, está yendo en contra de sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla "*venire contra factum proprium non valet*", derivada del principio de la buena fe, el cual se encuentra tanto en la Constitución Política como en la ley. Frente a este

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 1998, Exp. No. 11.101, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵ Consejo de Estado,. Sala de lo Contencioso Administrativo,. Sección Tercera. Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, M.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez

principio el Consejo de Estado ha indicado:

"... vale la pena subrayar que nadie puede venir validamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo "adversus factum suum quis venire non potest", que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, "venire contra factum proprium non valet". Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibile y no puede en juicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. En suma, la regla "venire contra factum proprium non valet" tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado"⁶ (Subrayado fuera de texto)

En efecto, el demandante suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 163 sin manifestar existía un pendiente de pago por la adición y más adelante pretendió el pago y la posterior reclamación judicial. Este comportamiento de la demandante constituye una vulneración de la regla referida, en tanto que se encuentra en abierta contradicción entre lo que se hace y lo que se dice en el acta de liquidación referida y lo que se hace y se dice en sus actuaciones ulteriores.

7.4.2. Inexistencia e ilegalidad de la "Adición al Contrato de prestación de servicio educativo No. 163 del 26 de abril de 2010".

Para desarrollar este estudio se hace necesario primero citar las normas pertinentes frente a la prestación del servicio educativo por parte de particulares cuando existe insuficiencia en la prestación, así:

Artículo 1 de la Ley 1294 de 2009:

Prestación del Servicio Educativo: Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.

Solamente en donde se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores, (...)

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. N° 16.041. Actor: Miguel Antonio Casas. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sumado a lo anterior el Decreto 2355 de 2009, "Por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas", estableció lo siguiente:

(...) **ARTÍCULO 7o. REQUISITOS PRESUPUESTALES PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.** Antes de la celebración de cada contrato, la entidad territorial deberá contar con la apropiación presupuestal suficiente para asumir los respectivos compromisos contractuales, para la cual deberá obtener el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. (...)

ARTÍCULO 8o. REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 715 de 2001 y 1o de la 1294 de 2009, para realizar la contratación del servicio público educativo con cualquier fuente de recursos y en los términos del presente decreto, las entidades territoriales certificadas deberán cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

a) Realizar un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado y, en consecuencia, la necesidad de la contratación. Este estudio deberá realizarse previamente a la conformación o actualización del Banco de Oferentes y a la celebración de los contratos y con base en los resultados de la planeación de cobertura y de la proyección de cupos, en los términos establecidos en la resolución de matrícula expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

b) Garantizar que, en desarrollo de la contratación que realicen, se preste el servicio educativo formal durante todo el año lectivo y se ofrezcan en su totalidad los programas curriculares y planes de estudio de los niveles y grados determinados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) o en el Proyecto Educativo Comunitario (PEC).

c) **Establecer oportunamente el listado de los niños, niñas y jóvenes que serán atendidos en desarrollo de cada contrato. La relación de estos estudiantes deberá ser remitida a cada contratista debidamente firmada por el Secretario de Educación de la respectiva entidad territorial certificada y hará parte integral del contrato que se suscriba.**

ARTÍCULO 12. CONTRATACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO. En esta modalidad, la entidad territorial certificada contrata la prestación del servicio público educativo **por un año lectivo para determinado número de alumnos.** (...)

ARTÍCULO 13. CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y CONTINUIDAD DEL CONTRATISTA. A los estudiantes beneficiarios del servicio contratado se les deberá garantizar la continuidad del servicio educativo, **sin que ello implique que el contratista adquiere derecho alguno a continuar el contrato más allá de su vigencia inicial. En consecuencia, sólo se podrá recurrir, en cada vigencia, a la modalidad de contratación de la prestación del servicio educativo, cuando no se pueda ofrecer disponibilidad de cupo en un establecimiento educativo oficial a los estudiantes que en la vigencia anterior eran beneficiarios del servicio contratado.**

El **Decreto 082 del 4 de marzo de 2010**, "Por medio del cual se declara el estado de Emergencia Educativa en el municipio de Soacha y se dictan otras disposiciones", declaró la emergencia educativa en Soacha, señaló:

"PRIMERO: Declarar a partir de la fecha al municipio de Soacha en situación de emergencia educativa durante tres meses, con el fin de adelantar las acciones encaminadas a garantizar la prestación de la educación básica a la totalidad de los menores en edad escolar que tienen derecho a la inclusión dentro del servicio educativo y que a la fecha no han podido tener acceso al servicio, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 348 de 2010, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura.

SEGUNDO: Establecer que como consecuencia de la situación de emergencia educativa se adelantarán las acciones encaminadas a la contratación del servicio educativo, o las que resulten pertinentes, para efectos de aplicar la excepción prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 y en los términos allí establecidos.

TERCERO: De conformidad con la disposición adoptada, el Secretario de Educación y Cultura del municipio de Soacha-Cundinamarca, podrá suscribir con los colegios privados del municipio la contratación de la educación de los niños y jóvenes de actualmente no están cubiertos por el sistema oficial de Educación, siempre que tales establecimientos educativos hagan parte del Banco de Oferentes vigente y reúnan los requisitos establecidos en los artículos 27 de la ley 115 de 2001 y 1o. de la ley 1294 de 2009 y el decreto 2355 de 2009, y teniendo en cuenta los contenidos de la resolución 348 de 2010.

De acuerdo con lo anterior, las partes para adicionar el contrato de prestación del servicio educativo debían atender las normas aplicables para el caso en concreto, pues de las normas en cita se puede establecer:

- Antes de la celebración del contrato, la entidad territorial deberá contar con la apropiación presupuestal suficiente para la cual deberá obtener el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal.
- Para realizar la contratación del servicio público educativo las entidades territoriales certificadas deben realizar un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado; realizar la contratación para todo el año lectivo y establecer oportunamente el listado de los niños, niñas y jóvenes que serán atendidos en desarrollo de cada contrato.
- El artículo 11 del Decreto 2355 de 2009, establece de que debe entregarse una relación de los estudiantes a cada contratista debidamente firmada por el Secretario de Educación de la respectiva entidad territorial certificada y hará parte integral del contrato que se suscriba.

Así las cosas, se advierte que aun cuando se realizó la prestación del servicio de educación durante todo el año, lo cierto es que la norma en cita establece como un requisito principal la identificación del número de alumnos que serán beneficiados. Sin embargo, se evidencia que la adición correspondía precisamente al número de alumnos a los que se les debía prestar el servicio, por lo que la adición al contrato 163 resulta contradictoria a la norma que le regula.

Ahora bien, el Decreto 082 del 4 de marzo de 2010, declaró la emergencia educativa en Soacha durante tres meses, con el fin de adelantar las acciones encaminadas a garantizar la prestación de la educación básica a la totalidad de los menores en edad escolar que tienen derecho a la inclusión dentro del servicio educativo y que a la fecha no han podido tener acceso al servicio, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 348 de 2010; lo anterior permite inferir que para adelantar las diferentes acciones el Secretario de Educación de Soacha tenía hasta el 4 de junio de 2010, sin embargo, la adición al contrato 163 se celebró el 17 de diciembre de 2010, tiempo después para el que estaba facultado, es decir, sin competencia.

Para el Despacho **no es claro, como se celebra una adición al contrato luego de terminado su objeto**, pues conforme a la Resolución N.1124 del 25 de septiembre de 2009 el periodo lectivo estuvo de 2010 corresponde al 25 de enero del 26 de marzo; del 5 de abril al 18 de junio; del 12 de julio al 8 de octubre y del 19 de octubre al 3 de diciembre, lo anterior permite concluir que el año lectivo finalizó el 3 de diciembre de 2010. Revisada la prueba documental obrante en el expediente la adición al contrato como se observa en el expediente se realizó el 17 de diciembre de 2010, 13 días después de terminado el año escolar.

Advierte además que en el plazo señalado en el contrato se establece: "CLÁUSULA SEPTIMA. EJECUCION: El plazo de ejecución del presente contrato será el mismo contemplado para la duración del año lectivo"

2010. PARAGRAFO PRIMERO. *La vigencia del presente contrato será del periodo de ejecución del mismo y seis (6) meses más, termino correspondiente al periodo de liquidación del contrato. Así las cosas el plazo de ejecución corresponde únicamente al periodo lectivo, pues si bien se habla de 6 meses más el mismo corresponde únicamente a la liquidación del contrato, no al cumplimiento del objeto.*

Teniendo en cuenta que ningún contrato puede ir contrario a la norma para el despacho dicha adición nunca nació a la vida jurídica, pues era un requisito para la celebración de este contrato señalar el número de alumnos beneficiados y es precisamente este aspecto el que se adiciona.

De acuerdo con pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado⁷, la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. Los argumentos que sirven para sustentar tal afirmación están concentrados especialmente en lo siguiente: en primer lugar cabe precisar que en cuanto el artículo 41 de la Ley 80, proferida en el año 1993, determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales, de manera implícita pero clara le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar, cabe sostener que ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar, el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. N°16.106. Actores: Luz Marina González y otros.

finis el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción *"cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia."*

Habida cuenta de lo anterior, en relación con el caso concreto, corresponde analizar qué tipo de sanción judicial podría predicarse de la infructuosamente pretendida "Adición al Contrato No. 163", para lo cual se debe indicar que el año lectivo terminó el 3 de diciembre de 2010, que la adición fue suscrita el día 17 de diciembre de 2010 y que con posterioridad, el 28 de diciembre de 2010, se liquidó el Contrato 163; esto significa claramente que se pretendió adicionar un contrato cuyo plazo había terminado y cuyo objeto ya se había prestado, iniciativa que de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional no es susceptible de reconocimiento jurídico puesto que una vez terminado el plazo contractual no es posible hacerle adiciones al mismo. Así se desprende de la definición comprendida en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 subrogado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y de la interpretación que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha realizado acerca de los efectos que la liquidación bilateral de un contrato produce sobre la correspondiente relación obligacional; en la norma en cita se precisa que la liquidación bilateral de un contrato constituye un negocio jurídico donde se hacen constar *"los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo"*, en consecuencia, por elemental sustracción de materia, cuestión que comporta una imposibilidad tanto ontológica como jurídica, las adiciones no pueden tener lugar después de que tal finiquito ha ocurrido.

En atención a lo expuesto, se considera que la *"Adición al Contrato 163"* es inexistente, de conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

"Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado

son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

(...) 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (...)

Pues bien, en la actuación que pretendieron llevar a cabo tanto el Liceo Isabel Sarmiento E.U., como la Secretaría de Educación del Municipio de Soacha relacionada con la suscripción de una supuesta "Adición al Contrato 163", se advierte la falta de un elemento esencial de los contratos, como es el objeto, puesto que según quedó probado en el expediente, la prestación del servicio de educación que pretendía constituir el objeto material de la "Adición al Contrato 163" fue ejecutada con anterioridad a la suscripción de éste último documento, por tal razón la adición al contrato carecía de objeto material y por ello mismo carecía también de objeto jurídico dada la imposibilidad física en que se encontraban las partes para convenir y ejecutar, hacia el futuro, una prestación del servicio de educación que ya había realizado.

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, se considera que de haber llegado a tener existencia la "Adición al Contrato 163" sería posible declarar la nulidad absoluta del mismo por causa ilícita, entendida en los términos correspondientes del Código Civil:

"Artículo 1524.- No puede haber obligación sin causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita"

Se concluye que la "Adición al Contrato 163" tenía como causa la intención contraria al orden público de dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible prestar el servicio de educación sin que tuviera lugar el lleno de los requisitos legales. En otras palabras, de haber existido el negocio jurídico este habría estado viciado de causa ilícita puesto que con la suscripción de la "Adición al Contrato 163", sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad.

7.4.3. Enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto.

Finalmente, se hace necesario indicar que tampoco puede haber lugar a reconocimiento alguno por concepto de la fuente de las obligaciones denominada enriquecimiento sin causa, en el presente caso concreto, puesto que se nota claramente la participación directa del contratista en la situación irregular que dio lugar a la supuesta realización de las obras sin cumplimiento de las prescripciones legales. Frente al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, la Sección Tercera indicó:

" ... la Sala debe precisar que, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad–, si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio–, de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual. Lo anterior, por cuanto, se reitera, la teoría del enriquecimiento sin causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo.

*Entonces, el juez valorará cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas, hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede el ordenamiento jurídico, en tal magnitud, que su comportamiento fue el directo desencadenante del éxodo patrimonial; situación en la que ese detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado.*⁸ (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera⁹, en sentencia de unificación, sobre las hipótesis de procedencia del enriquecimiento sin causa, consagró:

"Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución*

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. N° 35.026. Actores: Integral S.A. C.P. Enrique Gil Botero

de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*

c) *En los que **debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta**, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.¹⁰*

Ahora bien, en un caso similar el Consejo de Estado señaló frente a la inexistencia de la adición del contrato:

(...) En el sub judice se ha acreditado que la sociedad contratista participó con la entidad demandada en la actuación para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad constituía una flagrante vulneración de las normas de contratación estatal. En efecto, está probado en el plenario, de acuerdo con las declaraciones del representante legal de la misma compañía demandante, que Tracto Casanare Ltda. realizó en febrero de 1996 unas obras adicionales a las originariamente acordadas, sin que hubiere un contrato o un documento de adición que le sirviera de fundamento; que Tracto Casanare Ltda., suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 - 95 sin salvedades o constancias, no obstante que para ese entonces había hecho unas obras adicionales, las cuales no le habían sido reconocidas ni pagadas en virtud del referido documento; que la "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95", fue suscrita por las dos partes, Departamento de Casanare y Tracto Casanare Ltda., a sabiendas de que no había ninguna obra adicional o nueva para ejecutar, sino que se trataba de utilizar ese instrumento jurídico para "legalizar" una situación irregular ya cumplida.¹¹(...)

En el *sub judice* se ha acreditado que la sociedad contratista participó con la entidad demandada en la actuación para dar una apariencia de legalidad a lo que en realidad constituía una flagrante vulneración de las normas de contratación estatal. En efecto, está probado prestó el

¹⁰ SALA PLENA, SECCION TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 19 de noviembre de 2012, Radicación: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), Actor: MANUEL RICARDO PEREZ POSADA, Demandado: MUNICIPIO DE MELGAR.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ . Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596)

servicio de educación a 34 alumnos, sin que hubiere un contrato o un documento de adición que le sirviere de fundamento; que el año lectivo finalizó el 3 de diciembre de 2010, que se realizó adición al contrato 163 el 17 de diciembre de 2010; que se suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 163 el 28 de diciembre de 2010 sin salvedades o constancias, no obstante que para ese entonces había prestado el servicio de educación, el cual no le habían sido reconocido ni pagado en virtud del referido documento; que la adición fue suscrita por las dos partes, a sabiendas de que ya se había vencido el plazo y se había ejecutado el objeto, sino que se trataba de utilizar ese instrumento jurídico para "legalizar" una situación irregular ya cumplida.

Por lo expuesto, se negaran las pretensiones de la demanda y se ordenara oficiar a la Contraloría Municipal de Soacha para que investigue la actuación del Secretario de Educación del Municipio del año 2010, quien adelantó adiciones contractuales en contravía de las disposiciones señaladas en Decreto 2355 de 2009 y en el Decreto 082 del 4 de marzo de 2010.

7.5. COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

El artículo 365 del CGP, versa:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
- 2. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella (...)"*. (Subrayado del Despacho).

En el presente asunto y en aplicación de las normas prescritas y por

tratarse de condena en costas objetiva, a la parte que *resulte vencida en el proceso*, a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación, al que se le resuelva desfavorablemente un incidente, la formulación de excepciones previas, solicitud de nulidad o amparo de pobreza, entre otros, en el asunto que nos compete es la parte demandante, por lo que se condena al pago de la suma que resulte de la liquidación que se adelantará por Secretaría, incluyendo la suma de **UN (01) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE** por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y SIETE (37) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Por Secretaría **oficiése a la Contraloría Municipal de Soacha** para que investigue la actuación del Secretario de Educación del Municipio del año 2010, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante. **Por Secretaría liquídense** las costas incluyendo las agencias en derecho fijadas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. En firme esta providencia, liquídense gastos, entréguese remanentes y archívese el proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OMAR EDGAR BORJA SOTO
Juez

Jrp