



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Expediente: 11001333603220130017900
Demandante: INSTITUTO CULTURAL SAN MATEO E.U.
Demandada: MUNICIPIO DE SOACHA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN y
como llamado en garantía el señor IGNACIO CASTELLANOS
ANAYA
Asunto: CONTROVERSIA CONTRACTUAL

SENTENCIA N° 67

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se observen causales de nulidad, el Juzgado en primera instancia dictará la sentencia que en derecho corresponda dentro del radicado de la referencia instaurado por el Instituto Cultural San Mateo E.U.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS:

1. El Municipio de Soacha-Secretaria de Educación, celebró con el INSTITUTO CULTURAL SAN MATEO E.U., la adición al contrato No. 236 de 2010, cuyo objeto fue la prestación de servicios educativos, vínculo contractual del cual nacieron obligaciones reciprocas entre las partes contratantes.
2. Expone que para garantizar continuidad del contrato y por ende el derecho a la educación, a este se le realizó una adición a su valor inicial el 17 de diciembre de 2010, por la suma de: CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$46.792.548) valor que resulta de multiplicar el número total de alumnos por el valor fijado en la Resolución Municipal, dicho contrato y 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 Secretaría de Hacienda del Municipio de Soacha"

4. El Instituto Cultural San Mateo E.U., cumplió sus obligaciones contractuales de acuerdo con lo pactado en dicho negocio jurídico, sin que hasta la fecha el Municipio de Soacha-Secretaría de Educación haya cumplido con el pago de la adición contractual pactada, relacionados con los servicios prestados, produciéndose la ruptura de la ecuación financiera de la adición contractual en detrimento de la institución.
5. El municipio de Soacha-Secretaría 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.
6. 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 SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$46.792.548).
7. Para la celebración de la adición al contrato, a través de la Secretaría 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 Instituto Cultural San Mateo.

2. PRETENSIONES

Como consecuencia de lo anterior, el apoderado de la parte actora solicita se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que se declare el incumplimiento por parte del Municipio de Soacha-Secretaría de Educación de la adición al contrato de prestación de servicios educativos No. 236 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 allegarán y practicarán dentro del proceso

TERCERA: Que se condene al Municipio de Soacha-Secretaría de Educación a pagar a la institución que represento la suma: CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$46.792.548), discriminados como se detalla en el correspondiente acápite de la demanda

CUARTA: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, en términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: *La condena respectiva será actualizada en su valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de incumplimiento hasta la de ejecutoria de la sentencia definitiva"*

3. TRÁMITE PROCESAL

-La demanda fue radicada el 06 de marzo de 2013 (fl. 236 c.p.), admitida el 30 de abril de 2013 (fl. 242 c.p.), notificada a la entidad demandada mediante correo certificado el 19 de julio de 2013 (243-243 c.p.), quien a través de apoderado judicial presentó contestación a la misma el 01 de octubre de 2013, esto es, dentro del término legal (fls. 254-264 c.1) e igualmente llamó en garantía al señor Ignacio Castellanos Anaya, y en auto del 23 de abril de 2014 se aceptó dicho llamamiento en garantía (fls. 283-284 c.p.) siendo notificado personalmente el 19 de mayo de 2015 (fls. 301 c.p.) a quien se le tuvo por no contestado el llamamiento en garantía por ser extemporáneo (fl. 328 c.p.).

-La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se celebró el 10 de marzo de 2016, en la cual se declaró probada la excepción previa "*liquidación bilateral del contrato- indebida pretensión- cosa juzgada*" (fls. 345-353 c.p.) decisión que fue apelada por la parte actora y en providencia del 05 de mayo de 2016 la Sección Tercera del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la decisión adoptada por este Despacho (357-359 c.p.) y en consecuencia, se continuó con la audiencia inicial el 09 de noviembre de 2016, en la cual se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora, (fls. 369-373 c.p.)

- Los días 05 de julio de 2017 y 24 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas establecida en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 en la cual se dio por concluida la etapa probatoria y se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fls. 392-393); facultad de la que hizo uso la parte actora (fls. 395 - 399 c. p.), el llamado en garantía (fls. 400-408 c.p.) y la entidad demandada (fls.409-412 c.p.)

II. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DE LAS PARTES

➤ PARTE DEMANDANTE

Indica que por la conducta administrativa asumida por el Municipio de Soacha-Secretaría de Educación, se desprende la responsabilidad de acuerdo con los artículos 2, 6, 25, 83 y 90 de la Constitución Política de Colombia, artículo 4º numerales 8º y 9º, 5º numerales 1º y 3º, 25 numerales 4º y 17, 26 numeral 1º, 27 y 50 de la ley 50 de 1993; 11 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 1602 del Código Civil.

Manifiesta que la entidad estatal, en su condición de administración contratante está obligada a observar los preceptos supraleales invocados, de estricto cumplimiento y que

demarcan el ejercicio justo, imparcial y de buena fe del poder o de las atribuciones, atendiendo el principio de protección y efectividad de los derechos de las personas naturales o jurídicas, pues al incurrir en el incumplimiento del contrato sin razones valederas desconoció los fines esenciales del Estado.

Arguye que es evidente la disconformidad, entre la conducta debida y la conducta efectivamente observada por el ente social, en cuanto a la inobservancia de las obligaciones a cuyo cumplimiento se sometió en virtud de la celebración del contrato, materializándose el daño al contratista, pues afectó una especial situación jurídica: recibir pagos conforme se pactaron en la adición al contrato de prestación de servicios educativos, por tanto, es una responsabilidad impuesta por la ley y nacida de la adición al contrato, en donde la entidad contratante tiene la obligación de restablecer económicamente una situación patrimonial alterada al contratista.

Concluye que la responsabilidad contractual de la administración, al incumplir la adición al contrato celebrado, se expresa por medio de la obligación de reparar el daño ocasionado, a causa del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por subordinación del incumplimiento del contrato al bien común. Por lo que solicita que la entidad demandada sea condenada al pago e indemnización de los perjuicios producidos u ocasionados, para que el incumplimiento no constituya fuente de enriquecimiento sin causa para ésta, pues la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista, constituyen una disminución patrimonial evidente y ocasionada, teniendo en cuenta la forma como se suscribió la adición y su ejecución de donde se considera debe colegirse lo reclamado.

➤ **ENTIDAD DEMANDADA: MUNICIPIO DE SOACHA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**

A través de apoderado judicial se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto carecen de respaldo y fundamentación jurídica, por lo que solicita las mismas sean negadas.

Expone que la prestación del servicio público educativo, bajo la modalidad de contratación, corresponde a una actividad de negociación estatal debidamente reglada, las cuales regulan cada una de las etapas del proceso contractual y que para el caso, además del Estatuto Contractual, es regulado por lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, modificado por el artículo 1º de la Ley 1294 de 2009 y el Decreto 2355 de 2009, que determina el procedimiento de contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas.

Advierte que la adición comporta toda una actividad irregular al margen de cualquier modelo contractual que desconoce todos los principios de contratación, como, transparencia, economía y responsabilidad, por lo que, la jurisdicción no puede impartir legalidad a una

actuación que no corresponde a ninguna de las modalidades contractuales y que desconoce las reglas impuestas que obligan a sujetarse a las mismas.

Señala que si se insiste en el incumplimiento contractual, frente a la adición, la misma debió reclamarse dentro de la vigencia y existencia del contrato, esto es, antes de la liquidación o con las respectivas salvedades en el acta de liquidación.

Concluye señalando que no puede reclamarse el incumplimiento de la Administración, cuando el demandante estaba imposibilitado fáctica y jurídicamente para cumplir el contrato, pues el pago reclamado corresponde a una prestación de servicios igual al término del año lectivo y que legalizan, cuando es imposible su ejecución por haber expirado el término para su realización.

- **LLAMADO EN GARANTÍA:** Se tuvo por no contestado el llamamiento en garantía por parte de señor IGNACIO CASTELLANOS ANAYA, por ser extemporánea.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ PARTE DEMANDANTE

Solicita declarar y acceder a las pretensiones de la demanda toda vez que las mismas están fundamentadas en hechos ciertos y probados con los documentos y las pruebas allegadas 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, aclara que la adición al contrato reclamada, cumplió entre otros con unos estudios previos para su realización y que para la firma se contaba con el certificado de disponibilidad correspondiente.

Indica que la demandada nunca manifestó que la demandante no haya prestado el servicio ni objetó el mismo, por el contrario, para la época de los hechos el Secretario de Educación Ignacio Castellanos Anaya afirmó que efectivamente el servicio educativo fue prestado.

Recuerda a la entidad demandada, que una vez perfeccionado el contrato, en este caso, la adición, surgen las correspondientes obligaciones para las partes y que con los medios de prueba allegados queda demostrado que el actor cumplió con el objeto contractual y de su adición; y si la entidad demandada no formalizó y realizó el registro al mismo no justifica la no cancelación aquí reclamada, pues la falta de expedición del registro presupuestal tiene como fundamento una omisión por parte de la demandada que no se encuentra debidamente justificada.

Como apoyo de sus argumentos cita apartes de la providencia del 27 de mayo de 2015 dentro del expediente 2012-017 proferida por la Sección Tercera del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, entre otras.

➤ **ENTIDAD DEMANDADA: MUNICIPIO DE SOACHA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que no se encuentra acreditada en el proceso la prestación del servicio educativo por parte del INSTITUTO CULTURAL SAN MATEO, trabajo que de haberse ejecutado, no estuvo desarrollado ni legalizado conforme a las reglas que el Estatuto de Contratación - ley 80 de 1993 establece para el efecto por lo que en consecuencia tampoco se encuentra probado que los estudiantes asistieron a clases y que recibieron una educación en términos de calidad y gratuidad, características que exigía el servicio si se hubiese prestado con la garantía que se reclama.

Indica que tampoco se encuentra probado que los estudiantes a los que hace mención la parte demandante, por los que hoy reclama el pago del servicio educativo supuestamente prestado, sean beneficiarios conforme a los criterios señalados en la cláusula quinta, parágrafo quinto del contrato No. 236 de 2010 - desvinculados del conflicto armado y menores de edad hijos de personas desmovilizadas, de grupos al margen de la ley.

Frente al contenido y efectos del acta de liquidación del contrato, manifiesta que tal documento queda en firme desde el momento en que las partes acuerdan y la suscriben, por lo que entra a ser obligatorio para cada una de ellas lo pactado y aceptado. Resalta que para el caso que nos ocupa, el contratista no dejó salvedad o manifestación de inconformidad alguna al momento de suscribir el acta.

Señala que el contrato de prestación de servicios educativos está sujeto a los principios y reglas contempladas en el estatuto contractual, por lo que independientemente de su modalidad, el acuerdo de voluntades debe cumplir con los requisitos y principios universales asociados al interés general consignados en la Ley 80 de 1993, postulados que establecen los fines de la contratación estatal, así como los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, por lo que teniendo en cuenta que el colegio demandante no probó haber prestado el servicio educativo reclamado, es evidente que no se celebró ningún tipo de contratación siguiendo los postulados de las normas propias que rigen la contratación estatal.

• **LLAMADO EN GARANTÍA**

Indica que por parte de la Secretaría de Educación y Cultura en cabeza del doctor Jackson Ignacio Castellanos Anaya, los actos preparatorios de la adición contractual, se realizaron antes de su firma como fueron: i) la justificación de la insuficiencia educativa, ii) declaratoria

de emergencia educativa, iii) verificación de los estudiantes en condición de vulnerabilidad que desde la iniciación del calendario académico (25/01/2010) estaban recibiendo la prestación del servicio educativo en todos los colegios de Soacha, iv) transferencia de los recursos presupuestales por parte del MEN con cargo al Sistema General de Participación (SGP), v) expedición del CDP, por la Dirección de Presupuesto del Municipio, vi) suscripción del contrato adicional, vii) constitución y aprobación de la póliza, viii) solicitud de Certificado de Registro Presupuestal (CRP).

Argumenta que la ejecución del contrato adicional no era otra que el pago de servicio educativo que recibieron los alumnos en condición vulnerable ante los diferentes colegios privados de Soacha; no se podía realizar sino una vez que se expidiera el Certificado de Registro Presupuestal (CRP) ante la Dirección de Presupuesto, acto que realizó el Secretario de Educación y Cultura llamado en garantía - Jackson Ignacio Castellanos Anaya, mediante solicitud efectuada el 15 de diciembre de 2010, radicada ante la Dirección de Presupuesto de la misma Secretaría por valor de \$ 46.792.548, pero que aquella entidad no tramitó finalmente sin saberse la razón de su negativa o abstención.

Arguye que la conducta desplegada por el entonces Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Soacha para la vigencia 2010, doctor Jackson Ignacio Castellanos Anaya, no incurrió en ninguna de las conductas tipificadas como causales de dolo y conducta gravemente culposa, que ameritara el llamamiento en garantía provocado por el Municipio de Soacha, sencillamente porque su conducta nunca fue contraria a las finalidades del Estado, entre las que se encuentra la enseñanza y la educación.

➤ **MINISTERIO PUBLICO**

No emitió concepto jurídico.

IV. PRUEBAS

Conforman el acervo probatorio las siguientes documentales:

- Constancia de requisito de procedibilidad expedida por la Procuraduría 5ª Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, donde se declaró fracasada la audiencia de conciliación por falta de acuerdo entre las partes, (flo. 7 c.1).
- Copia Auténtica de la póliza de cumplimiento y su respectiva aprobación, de fecha 5 de mayo de 2010, (fls. 11-14 c.1.).

- Copia del Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 0381, de fecha 8 de abril de 2011, (fl. 15 c.1.).
- Copia del Certificado de Registro Presupuestal número No. 1251, de fecha 5 de mayo de 2010, (fl. 16 c.1.).
- Fotocopia auténtica de la adición No. 1 al contrato de prestación de servicios educativos No. 236 de 2010 (contrato de adición con su respectivo listado), (fls. 17-21 c.1).
- Copia auténtica del contrato de prestación de servicio educativo No. 236 de 2010 celebrado entre el municipio de Soacha y la Institución Educativa - Instituto Cultural San Mateo, (fls. 22-30 c.1).
- Copia de la Resolución N° 2114 del 7 de octubre de 2010, por medio de la cual *"se hace un reconocimiento oficial de estudios a un establecimiento educativo, se concede ampliación de licencia de funcionamiento y se autoriza nueva sede a un establecimiento de educación formal de naturaleza privada."*
- Copia de la Resolución N° 000823 del 20 de junio del 2000, *"Por la cual se concede licencia de funcionamiento y/o reconocimiento oficial, para la prestación del servicio educativo formal al establecimiento denominado INSTITUTO CULTURAL SAN MATEO, del municipio de Soacha, Departamento de Cundinamarca"*, (fls. 35-36 c.1).
- Copia de la Resolución N° 127 del 15 de abril de 2005, *"Por la cual se adiciona la Resolución No. 000823 de 20 de junio de 2.000."*, (fls. 39-40 c.1).
- Copia de la Resolución N° 2273 del 4 de noviembre de 2010, *"Por la cual se autoriza la adopción del régimen y categoría y la tarifa del establecimiento educativo privado Instituto Cultural San Mateo."* (fls. 44-17 c.1).
- Copia de la Resolución 0153 del 29 de enero de 2010, *"Por la cual se autoriza la adopción del régimen y categoría y la tarifa del establecimiento educativo privado Instituto Cultural San Mateo."* (fls. 48-51).
- Certificado de existencia y representación legal del Instituto Cultural San Mateo, de fecha 30 de septiembre de 2011, emitido por la cámara de comercio (fls. 52-53 c.1).
- Copia de la Resolución N°. 0348 del 26 de febrero de 2010, *"Por medio de la cual se declara la insuficiencia educativa en las instituciones educativas oficiales del municipio*

de Soacha para el año lectivo 2010 en consonancia con el Decreto 2355 de 2009" (fls. 67-74 c.1).

- Copia del folio matricula del año 2010 con sello original de rectoría, correspondiente a los alumnos beneficiarios del contrato de prestación de servicio educativo -Instituto Cultural San Mateo E.U., (fls. 75-127 c.1).
- Copia informe valorativo final para el año 2010, emitido por el Instituto Cultural San Mateo, correspondiente a los alumnos beneficiarios del contrato de prestación de servicio educativo -Instituto Cultural San Mateo E.U., (fls. 128-180 c.1).
- Copia de la asistencia a clases correspondiente a los alumnos beneficiarios del contrato de prestación de servicio educativo -Instituto Cultural San Mateo E.U., (fls. 181-227 c.1).
- Resolución 1124 del 25 de septiembre de 2009, mediante la cual se establece el calendario general para el año lectivo 2010, (fls. 272-275 c.1).
- Copia autentica del acta de liquidación, al contrato N° 236 de 2010, (fls.276-277 c.1).
- Interrogatorio de parte rendido por el doctor Jackson Ignacio Castellanos Anaya, rendido en audiencia de pruebas celebrada el 5 de julio de 2017, (fls. 382-383 c.2).
- Copia del documento denominado "estudios y documentos previos" expedido por el Secretario de Educación y Cultura del municipio de Soacha, (fls. 386 - 387 c. 2).

V. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe a determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento de la adición y modificación 1 al contrato de prestación de servicios educativos No. 236 del 23 de abril de 2010, suscrito entre el municipio de Soacha - Secretaría de Educación y el Instituto Cultural San Mateo E.U. y como consecuencia se ordene la liquidación de la mencionada adición al contrato y el correspondiente pago de la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$46.792.548).

2. ASPECTOS PROCESALES

Analizado nuevamente el expediente no encuentra el Despacho alguna excepción previa que deba estudiar y/o decretar, por lo que se entra a resolver el problema jurídico planteado, conforme lo dispone el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

3. ASPECTOS SUSTANCIALES

3.1 Normas Aplicables

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

"(...) 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. (...)"

La ley 80 de 1993 es la que regula 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 para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros",* ha establecido:

"Artículo 7°. 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 1°. 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 seña le 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:

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 1°. 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 2°. 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 parágrafo se deberán tener en cuenta las disposiciones especiales aplicables, contenidas en el Decreto 804 de 1995 y demás normas concordantes.

Artículo 3°. 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 4° del presente decreto, se realizará de conformidad con lo establecido en el literal h) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y en el Capítulo III de este decreto.

Artículo 4°. MODALIDADES DE LOS CONTRATOS. Conforme a lo previsto en el artículo 1° 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 5°. 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 4° 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 7°. 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 8°. Requisitos específicos para la celebración de contratos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 715 de 2001 y 1° 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 1° 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 en específico, conforme a la insuficiencia educativa en las instituciones educativas en el municipio de Soacha para el año lectivo 2010, el alcalde municipal expidió el Decreto 082 del 4 de mayo 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 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 Decreto antes mencionado, por el cual se declara la emergencia educativa en Soacha contiene básicamente los siguientes 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 10. 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)."

3.2 Jurisprudencia 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. (...)"

En cuanto 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 679794). 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 este 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

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.

Así las cosas, 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 expresan los artículos 39 y 41 de la ley en mención.

En un caso similar al que hoy es objeto de estudio, respecto a la solemnidad de los contratos estatales, el carácter vinculante del acta de liquidación bilateral, el acto propio y el principio venire contra factum proprium non valet, en sentencia del 18 de febrero de 2010 el Consejo de Estado señaló:

*"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 modificadorio 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.***

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."

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

¹ Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección B; C. Ponente: Ruth Estela Correa Palacio. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de 2011. Radicado No. 23001233100019990035501(21128).

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.

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.

De acuerdo con pronunciamientos efectuados en ocasiones anteriores por la Sala, la figura de inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. Los argumentos que sirven para sostener 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 reputaran 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 existencia 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 del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar el artículo 87 de 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."

En relación con la adición del contrato estatal y la nulidad por causa ilícita, la misma providencia expuso:

"Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, la Sala considera que de haber llegado a tener existencia la "Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95" 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. 247 - 95" 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. 247 - 95", sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad."

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 (subraya y resalta el Despacho).

4. DEL CASO EN CONCRETO.

En el presente caso, la parte demandante pretende que se declare el incumplimiento contractual de la adición y modificación 1 al contrato No. 236 de 2010 suscrito entre la Secretaría de Educación del municipio de Soacha y el Instituto Cultural San Mateo, y a su vez liquide judicialmente la adición al contrato, ordenándose el pago del valor de la adición del contrato, es decir la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$46.792.548).

El contrato de prestación de servicios está definido en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, 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 conocimientos especializados.

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

(...)

De conformidad con las pruebas y hechos probados, se tiene que el 23 de abril de 2010, la Secretaría de Educación del Municipio de Soacha y la Institución Educativa Instituto Cultural San Mateo suscribieron el contrato N° 236, del cual se resaltan las siguientes cláusulas:

"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 principal del servicio público de educación de los alumnos beneficiarios relacionados en el documento denominado 'Anexo 1' dando estricto cumplimiento a las normas y lineamientos

² Consejo de Estado - Sección Tercera. C. Ponente (E): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicado No. 850012331000199700403-01 (15596).

nacionales que regulan EL PROCESO DE COBERTURA A POBLACIÓN VULNERABLE, la prestación del servicio educativo en las condiciones y modalidades definidas entre las partes en el presente contrato. (...) **CLÁUSULA QUINTA. VALOR DEL CONTRATO:** El valor total del presente contrato es la suma de **NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$ 99.746.082 M/CTE)** que resulta de multiplicar el número de alumnos beneficiados contenidos en el "anexo 1", por el valor fijado en la resolución municipal 153 del 29/01/2010, por la cual se autoriza la adopción del régimen, categoría y la tarifa del establecimiento educativo privado para el año lectivo del 2010, de la siguiente manera: (...) **CLAUSULA SEPTIMA. EJECUCIÓN:** 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 el periodo de ejecución del mismo y seis (6) meses más, término correspondiente al periodo de liquidación del contrato. (...) (fls. 22-28 c.1).

La adición y modificación 1 al contrato de prestación de servicios educativos No. 236 de 2010 celebrado entre el Municipio de Soacha y el Instituto Cultural San Mateo E.U., el cual tuvo la siguiente motivación y clausulado, (fls. 18-19 c.1):

"c) que en fecha Abril-23-10 se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 236 cuyo objeto es la PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN A LOS ESTUDIANTES BENEFICIARIOS RELACIONADOS EN EL DOCUMENTO "ANEXO 1" por un valor de NOVENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHENTA Y DOS PESOS MDA/CTE (\$99.746.082 M/CTE), el cual se encuentra amparado con el certificado de Disponibilidad presupuesta! No. 0241 DE 2010, expedido por la Secretaría de Hacienda Municipal. d) Que no obstante los esfuerzos realizados por parte de la administración municipal en cabeza de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de incluir dentro del contrato a toda la población subsidiada de continuidad la misma no fue posible y en consecuencia quedaron excluidos algunos estudiantes que venían siendo atendidos en el año lectivo 2009 y otros de ampliación de cobertura en algunas instituciones educativas privadas. e) Que con el fin de garantizar el derecho a la educación de aquellos estudiantes y la continuidad en el sistema subsidiado, la Secretaría de Educación y Cultura Municipal, debe incluirlos dentro del respectivo anexo 1 del contrato, modificando el mismo. f) Que en consecuencia, para garantizar la continuidad del contrato, se debe **ADICIONAR** en valor en la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MDA/CTE (\$46.792.548)

(...)

CLAUSULA SUGUANDA. Modifíquese el anexo 1 adicionándose los siguientes estudiantes al contrato inicial (modificatorio anexo adjunto) **CLAUSULA TERCERA.** La cláusula Sexta quedará así: **FORMA DE PAGO:** El valor del contrato contenido en la cláusula anterior, será cancelado a EL CONTRATISTA de la siguiente forma: a) un pago equivalente al cien por ciento (100%) del valor del contrato adicional una vez se legalice,. **CLAUSULA CUARTA.** La cláusula Octava quedara así: **IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL:** el valor del presente contrato está amparado por el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 0837 del 17 de noviembre de 2010 expedidos por el Director de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda Municipal (...) (resalta el Despacho).

Es preciso recordar que en el cuerpo de la mentada adición no figura o carece de fecha cierta de suscripción, empero el Despacho tendrá como fecha de la misma el 17 de diciembre de 2010, de conformidad a la manifestación hecha por la parte demandante en la subsanación de la demanda y en la póliza de cumplimiento, y teniendo en cuenta que la parte demandada no realizó ningún reparo a dicha afirmación, (fls. 239 - 240 c.p).

Por medio de la Resolución No. 1124 de 25 de septiembre de 2009, se estableció 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, así:

"ARTÍCULO SEGUNDO: PERIODOS SEMESTRALES: Las cuarenta (40) semanas lectivas de trabajo con los estudiantes se distribuirán en los dos semestres del año lectivo 2010, de acuerdo con las siguientes fechas:

PRIMER PERIODO SEMESTRAL:

Del 25 de enero al 26 de marzo (9 semanas)

Del 5 de abril al 18 de junio (11 semanas)

SEGUNDO PERIODO SEMESTRAL:

Del 12 de julio al 8 de octubre de (13 semanas)

Del 19 de octubre al 03 de diciembre (7 semanas)

Parágrafo: *Para el desarrollo de las cuarenta (40) semanas lectivas de trabajo académico con los estudiantes, el Rector del Establecimiento educativo fijará el horario de cada docente, distribuido para cada día de la semana, discriminando el tiempo dedicado al cumplimiento de la asignación académica, a las actividades curriculares complementarias y a la orientación de estudiantes. Este horario debe publicarse en lugar visible del colegio y comunicarse durante las cuatro (4) primeras semanas al inicio de cada semestre a los padres de familia.*

(...)

ARTÍCULO OCTAVO. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS PRIVADOS: *Los establecimientos educativos privados de calendario A, legalmente autorizados para impartir educación formal en cualquiera de sus niveles y ciclos, deberán adoptar las medidas administrativas necesarias que les permita desarrollar los parámetros establecidos en esta Resolución, dando estricto cumplimiento a las cuarenta (40) semanas lectivas mínimas de actividades académicas con los estudiantes, de conformidad con las orientaciones establecidas en la Resolución 1730 de 2004, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.*

PARÁGRAFO. *Los establecimientos educativos de carácter privado deberán programar en su calendario cinco (5) días de receso estudiantil en la semana inmediatamente anterior al día feriado en que se conmemora el descubrimiento de América".*

Así, las cosas el núcleo principal del problema está referido a la prestación del servicio de educación a los estudiantes señalados en el **anexo 1 adicional del contrato 236-2010** (fls. 20-21 c.1) por parte del Instituto Cultural San Mateo E.U., demandante en el presente proceso, los cuales no se encontraban relacionados en el anexo 1 del citado contrato, por lo que las pretensiones están dirigidas a que se declare el incumplimiento de la Secretaría de Educación - Municipio de Soacha, por negarse a pagar las obligaciones monetarias de la mentada adición contractual, así mismo que se disponga la liquidación de la adición al contrato y que se condene al Municipio de Soacha - Secretaría de Educación al pago de CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$46.792.548).

Observa el Despacho que el contrato 236 para la prestación del servicio de educación para el año lectivo 2010 se celebró el 23 de abril de 2010 y su adición el 17 de diciembre de 2010 cuando ya se encontraba finalizado el año lectivo conforme a la resolución 1124 del 25 de septiembre de 2009, por la cual se establecía el calendario académico para el año lectivo 2010. En este mismo sentido, debe indicarse que la adición al contrato se hace frente al

número de estudiantes a los cuales ya se les brindado el servicio de educación, esto es, a los cincuenta y tres (53) alumnos que no aparecen amparados con el convenio por el cual se celebró el contrato 236 de 2010.

Entonces los asuntos principales que se deben analizar en el presente caso para determinar si las pretensiones están llamadas a prosperar o no, habida cuenta de las pruebas aportadas al proceso, se encuentran los siguientes aspectos: *i)* Alcances y efectos del acta de liquidación bilateral del Contrato 236 del 23 abril de 2010; *ii)* Existencia o inexistencia de la "Adición al Contrato de prestación del servicio de educación No. 236 del 17 de diciembre de 2010 y *iii)* el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en el caso concreto. En el presente caso lo que se analiza en esta parte son principalmente tres aspectos:

a) EXTEMPORANEIDAD DE LA ADICIÓN AL CONTRATO 236 DEL 23 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 corresponden 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.

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, como en el presente caso en el que se quiso hacer una **adición**, esta 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 anterior se soporta con el artículo 1602 del Código Civil, que consagra lo siguiente:

"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 cincuenta y tres (53) 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 2010, se hace una adición - modificación para su inclusión, lo cual significa, que respecto del Contrato 236 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 Derecho.

Sobre el 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.

b) EFECTO VINCULANTE DEL ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO

En el expediente obra Acta de liquidación bilateral suscrita el 29 de diciembre de 2010, visible folios 276 y 277 del cuaderno 1, suscrita entre el representante legal del Instituto

Cultural San Mateo y la Secretaria de Educación del Municipio de Soacha, en la que consta que las partes dan por liquidado el contrato, y se declararan a paz y salvo por todo concepto, por lo cual no se consignan observaciones u objeciones y mucho menos que al mentado contrato se le haya realizado una adición respecto a incrementar el número de niños determinado en el contrato principal.

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.³

La ley 80 de 1993 define la liquidación de los contratos, así:

"ARTÍCULO 60. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán 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 el plurimentado contrato 236 de 2010 se precisó que la liquidación del contrato tendría lugar una vez expirado el término previsto para la ejecución del mismo, 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 la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia del ventaseis (26) de septiembre de 2013, dentro del proceso 25000232600019990199301 (23517), en un caso que guarda similitud con el presente caso, manifestó:

"Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones

³ Sección Tercera del H. Consejo de estado; Sentencia del 10 de abril de 1997; Exp. No. 10608. C.P. Daniel Suarez Hernández. "La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía 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"

que la contraparte del contrato no acepte reconocer”.

“(…)

“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.”⁴ (Subraya y resalta el Despacho).

Por lo anterior, resalta el Despacho que las salvedades que se consignan en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el Derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial, el cumplimiento de aquellas obligaciones que a su juicio hubieren quedado pendientes o no pagadas durante la ejecución del contrato; motivo por el cual es al momento de la suscripción del acta de liquidación que la misma puede ser objetada por cualquiera de las partes, dejando salvedades, haciendo reparos a la misma por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o que no fueron tenidos en cuenta, entre otros, por lo que debe dejarse claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella.

En sentencia del 29 de marzo de 2017 dentro del expediente 25000-23-26-000-2006-01723-01(36714) la Sección Tercera del H. Consejo de Estado⁵ ha mantenido su posición frente a la liquidación bilateral cuando no se dejan salvedades en la misma, así:

“(…)

27. Es por ello que ha dicho en reiteradas ocasiones, que cuando las partes han suscrito un acta de liquidación bilateral de un contrato sin dejar en ella salvedades sobre puntos específicos de desacuerdo con el corte de cuentas efectuado, no pueden esperar que el juez del contrato acceda a las pretensiones que se aduzcan en una demanda que verse sobre el contrato liquidado por los contratantes, por cuanto con ello se estaría desconociendo la obligatoriedad que implica ese acto jurídico de liquidación, quedando a salvo, en tal caso, únicamente el cuestionamiento judicial que se puede hacer sobre la validez de dicho acto, mediante la alegación de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo.

28. Es decir que, una vez suscrita el acta de liquidación bilateral sin salvedades, ella resulta obligatoria para las partes, quienes no pueden desconocer luego la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵ Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección B; Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH; Bogotá D.C, veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01723-01(36714)

palabra dada, para acudir al juez a elevar pretensiones relacionadas con el contrato liquidado y de las cuales no se dejó registro alguno de inconformidad en el acta, a menos que demanden su nulidad por vicios del consentimiento, por cuanto en tales condiciones, esas pretensiones no podrán prosperar:

12. Cuando las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, concurren libremente a la suscripción del acta de liquidación final de un contrato, están manifestando su aceptación y aprobación frente al contenido de ese acto jurídico bilateral, constituyéndose entonces, esa acta de liquidación de común acuerdo, en un negocio jurídico liberatorio, que, por lo tanto, sólo puede ser impugnado por vicios del consentimiento, como lo son el dolo, la fuerza o el error, con las características suficientes para desvirtuar la legitimidad y validez del que se ha expresado en dicho acto, puesto que se trata de un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad, sin que resulte posible, ni siquiera, alegar un enriquecimiento sin causa, como lo hace la demandante en el sub-lite. Así lo ha manifestado de tiempo atrás la jurisprudencia:

"El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él.

"La fuerza, para que logre viciar el consentimiento debe ser de tal magnitud que impida una expresión libre. No puede ser cualquier clase de factor de violencia, física o mental, suficiente para destruir la voluntad. No. En tratándose de entes morales, esas conductas de fuerza deben ser superiores en grado a encontrar la verdadera voluntad del otorgante de un negocio jurídico, porque frente a condiciones económicas similares, cualquier amenaza no puede incidir en el consentimiento, que es expresado, como es sabido, a través de los representantes.

"Lo anterior quiere denotar, pues, que si quería quebrar o aniquilar el acta era deber, dentro del proceso, acreditar todas las circunstancias que motivaron su firma en las condiciones de presión argüidas, y no de manera simple, limitarse a alegar esos hechos sin la correspondiente probanza, porque le era imprescindible, al encontrarse con un documento firmado sin observación o reparo alguno. Con mayor razón cuando se pretende el restablecimiento del derecho, previa la declaración de nulidad del acta. Es que el vicio debe ser demostrado, para restarle la validez del acto jurídico. Como lo hizo (sic), no puede ser atendida su demanda en este aspecto.

"Si el acta no está viciada mal puede restársele los efectos que, como negocio jurídico liberatorio, ofrece, que como ya se dijo, anteriormente, van encaminados a la extinción (sic.) del nexo obligatorio, surgido del contrato de mutuo.

"No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.

Si el acta no puede ser invalidada, por cuanto está colmada de todos los supuestos de eficacia, y ante la falta de prueba que permita colegir el derecho o vicio que el demandante ha invocado y el enriquecimiento sin causa no es dable denunciarlo frente a un negocio - jurídico

extintor, precisamente, de cualquier reclamo, es de rigor, concluir que la demanda no está llamada a prosperar⁶.

13. Es claro entonces, que la fuerza vinculativa de ese negocio jurídico, implica que las partes no puedan ir en contra de la palabra dada ni desdecirse de ella ni pretender obrar en contra de su previa manifestación, pues a nadie le es lícito venir contra sus propios actos -venire contra factum proprium non valet-, sin atentar con ello en contra del principio de la buena fe y de la lealtad debida en toda clase de relaciones jurídicas y especialmente en las contractuales, en las que la expresión de la voluntad tiene una especial relevancia y se espera una conducta coherente de las partes contratantes.

14. Para la doctrina, el principio que impide ir en contra de los actos propios constituye, más que una prohibición -que haría surgir la responsabilidad de quien la desconoce-, una limitación al ejercicio de derechos subjetivos, que además de traducirse en tal responsabilidad, puede invalidar la actuación. Y se afirma que "[c]uando decimos que nadie puede ir contra sus propios actos, significamos que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, que contradice el sentido que, conforme a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior del titular, constituye una extralimitación. Denominando provisionalmente "pretensión" al acto de ejercicio del derecho, podemos decir que la "pretensión contradictoria con la propia conducta" es inadmisibles y ha de ser, si se traduce en una actuación judicial, desestimada", es decir que una pretensión en tales condiciones, no debe prosperar "(...) cuando se ejercita en contradicción con el sentido que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica"⁷.

15. Precisamente por lo anterior, es que **la jurisprudencia de la Corporación tiene establecido de vieja data que mediando una liquidación bilateral del contrato en la que no se hicieron advertencias concretas de inconformidad ni se dejaron salvedades respecto del corte de cuentas, no resulta procedente que el juez estudie pretensiones que tiendan a desconocer la existencia de dicho negocio liberatorio y por lo tanto, las mismas no están llamadas a prosperar**⁸ (resalta y subraya el Despacho).

Respecto al acta de liquidación entre la Institución Educativa y el municipio de Soacha, el Secretario de Educación, en el interrogatorio de parte manifestó:

"(...)

PREGUNTADO: Doctor para hacer memoria usted firmó... **CONTESTADO:** Si, por supuesto y también los colegios firmaron las actas de liquidación donde no se contempló, donde como no se podía ejecutar presupuestalmente esa adición no se tuvo en cuenta dentro del acta de liquidación y obviamente el contrato feneció y su adición feneció con el acta de liquidación. **PREGUNTADO:** En la correspondiente liquidación del contrato no habían valores respecto de la adición a ese contrato. **CONTESTADO:** Vuelvo y le repito por tercera vez si no hay registro presupuestal yo no puedo pagar esos recursos es más yo no soy quien pago ustedes a bien tuvieron firmar esa acta de liquidación, se firmó esa acta de liquidación, se murió el contrato, se finiquitó la relación contractual entre el municipio y ustedes en virtud de ese contrato y su adicional y ya no más.

(...)

PREGUNTADO: Sírvase informar al despacho en su calidad de Secretario del municipio de Soacha, para la época de suscripción del otro si y finalizado dicha adición el municipio recibió a satisfacción los servicios que se habían contratado en el mismo servicio de educación por parte de la Institución - Instituto Cultural San Mateo **CONTESTADO:** Señora juez dentro del acta que mencione anteriormente las partes de mutuo acuerdo

⁶ [3] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 1984, expediente 2796, C.P. José Alejandro Bonivento, reiterada en sentencia del 22 de junio de 1995, expediente 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández".

⁷ [4] "Diego-Picazo Ponce de León, Luis, "La Doctrina de los Propios Actos", Bosch, Casa Editorial, 1963, p. 186 y 189".

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 25387, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

decidieron que el municipio recibió a satisfacción la prestación de los servicios prestados por la institución educativa y la institución declaró a paz y salvo el municipio de Soacha. (...)"

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 más tarde 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, por lo que no puede desconocerse el acto de liquidación como el corte de cuentas, en el cual se definen las prestaciones que quedan a cargo luego de terminado el contrato, pues es la oportunidad legal para consignar las inconformidades que se presentan en relación con la ejecución contractual, por lo que si las partes evacuan esta etapa omitiendo dejar a salvo las prestaciones que consideran debidas, pierden la oportunidad para reclamarlas posteriormente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Observa el Despacho que en los hechos de la demanda no se hace manifestación de que la actora haya realizado reclamación al municipio demandado por concepto del suministro del servicio educativo a los cincuenta y tres (53) alumnos que forman parte de la adición - modificación 1 al contrato 236 de 2010; tampoco obra prueba en el paginario que demuestre que la Institución educativa durante la ejecución del contrato haya presentado reclamación o requerimiento ante el ente contratante, respecto de los servicios de educación prestados a los alumnos que no estaban cobijados en el contrato inicial, de donde se infiere que nunca presentó solicitud de pago de los servicios de educación prestados a esos niños que, se repite, no estaban como beneficiarios en el contrato inicial y en el momento de la liquidación bilateral suscrita entre la Institución educativa y el Secretario de Educación del municipio de Soacha tampoco hizo manifestación alguna siquiera de la existencia de adición y mucho menos frente a lo que se le adeudaba, razón por la cual las pretensiones no están llamadas a prosperar teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales arriba mencionados.

c) "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET"

Advierte el Despacho 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.

En relación a este principio el Honorable Consejo de Estado indicó:

"...vale la pena subrayar que nadie puede venir válidamente 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 inadmisibles 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 estos y el Estado " ⁹ (Subrayado del Despacho).

Observa el Despacho que el demandante suscribió el Acta de Liquidación Bilateral del contrato 236 de 2010 sin manifestar que existía una adición y modificación 1 a dicho contrato y menos aún que estaba pendiente el pago de la misma, sin embargo más adelante pretendió el pago y la posterior reclamación judicial. Este comportamiento de la parte 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 y lo que se hace y se dice en sus actuaciones posteriores.

Además, en el texto de la demanda no se alegó de manera alguna que en la suscripción del acta de liquidación bilateral del contrato 236 de 2010, el ente demandado haya ejercido coacción o incurrido en error al representante legal de la institución educativa aquí demandante o que se configuren los vicios del consentimiento, esto es, "error, fuerza y dolo", como tampoco se aportó prueba que a ello conduzca.

Ahora bien, la liquidación del contrato de común acuerdo, como su nombre lo indica, es un acto jurídico bilateral, que involucra la manifestación de voluntad libre y consciente de cada una de las partes contratantes, quienes al suscribir la respectiva acta están consintiendo sobre su contenido y aceptando la veracidad y exactitud del mismo. En consecuencia, esa manifestación de voluntad las obliga y se impone su respeto en futuras actuaciones, en las cuales no se puede desconocer la palabra dada, por cuanto no es lícito a las partes venir contra sus propios actos -*venire contra factum proprium non valet*-, principio que se sustenta en la buena fe que debe presidir las relaciones negociales, y específicamente en los contratos de la Administración, a la luz de lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución Política¹⁰, los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993¹¹ y el artículo 1603 del C.C.C. ¹².

⁹ Sección Tercera del Consejo de Estado, C. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16041.

¹⁰ "Art. 83.- Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas".

¹¹ El artículo 23, dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los cuales está el de la buena fe. Y el artículo 28, estableció que el principio de la buena fe se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente 18553, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

➤ **Inexistencia e ilegalidad de la adición al contrato de prestación de servicio educativo No. 236 del 23 de abril de 2010**

Sea lo primero traer a colación las normas pertinentes frente a la prestación del servicio educativo por parte de particulares cuando existe insuficiencia en la prestación, así:

El artículo 1° de la Ley 1294 de 2009, señala lo 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.

(...)."

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 7°. 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 8°. Requisitos específicos para la celebración de contratos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 715 de 2001 y 1° 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", 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.

(...)"

En el interrogatorio de parte rendido por el señor Ignacio Castellanos Anaya, indicó cuales eran sus funciones y los motivos para adicionar el contrato, así:

"(...)

PREGUNTADO: Por favor nos referencia ¿Cuáles eran sus funciones como secretario de educación? **CONTESTADO:** Dentro de mis funciones **que tenía** como secretario de educación, era garantizar la cobertura de la educación de los menores del municipio de Soacha y la continuidad de estos mismos dentro de los establecimientos educativos, alimentación, ruta escolar, calidad educativa de infraestructura escolar, responsable también de la parte cultural del municipio a grandes rasgos eran mis funciones. **PREGUNTADO:** Doctor Ignacio además de esas en sus funciones estaba, el celebrar y velar por la ejecución de contratos de prestación de servicios educativos con colegios privados? **CONTESTADO:** Como lo referí anteriormente dentro de mis funciones estaba la cobertura al momento de agotarse el cupo por así decirlo dentro de los establecimientos públicos y al declarar su insuficiencia educativa dentro del municipio el establecimiento municipal en cabeza de la secretaria de educación tenía que contratar con colegios privados que garantizaran la educación a estos niños de forma gratuita, de

*esta forma se elegía los colegios del banco de oferentes dentro de los cuales se celebraban contratos como dice la abogada demandante de prestación de servicios educativos. **PREGUNTADO:** Además de los contratos existía la posibilidad de celebrar adiciones a esos contratos dependiendo la necesidad? **CONTESTADO:** De conformidad con la Ley 80, Si. **PREGUNTADO:** Doctor recuerda si se celebró adición y contrato con el colegio aquí demandante esto es el Colegio Cultural San Mateo? **CONTESTADO:** En este estado le pediría que me allegara el expediente para ver el contrato. (...) Si efectivamente puesto el expediente en el folio 17 a 19 se encuentra el otro si suscrito por mi persona con el Instituto Cultural San Mateo.*

(...)"

Teniendo en cuenta lo anterior, las partes para adicionar el contrato de prestación de servicio educativo debían atender las normas aplicables para el caso en concreto, por cuanto de las normas en cita se puede establecer:

- ✓ Antes de la celebración del contrato, la entidad territorial debía contar con la apropiación presupuestal suficiente para lo cual tenía que 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 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 por dicho servicio. Sin embargo, se evidencia que la adición correspondía precisamente al número de alumnos a los que se les estaba prestando el servicio, por lo que la adición al contrato 236 resulta contradictoria a la norma que la 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 23 de julio de 2010, sin embargo, la adición al contrato

236 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 No. 1124 del 25 de septiembre de 2009 el periodo lectivo de 2010 corresponde a los siguientes periodos: del 25 de enero al 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 de 2010. Por lo que se concluye que el año lectivo terminó el 3 de diciembre de 2010 y la adición al contrato se realizó el 17 de diciembre de 2010, es decir 14 días después de terminado el año escolar.

Además en el plazo señalado en el contrato 236 de 2010 se establece en la cláusula séptima que *"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 al periodo lectivo, pues si bien se habla de 6 meses más este corresponde únicamente a la liquidación del contrato y 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 del citado contrato señalar el número de alumnos beneficiados y es precisamente este aspecto el que se incluye en la adición al contrato 236 de 2010.

De acuerdo con pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado¹³, 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 de 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, se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; **en segundo lugar**, 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

¹³ 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.

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 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."*

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. 236", 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; 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 y de la Sección Tercera del Consejo de Estado que ha realizado un análisis acerca de los efectos de la liquidación bilateral que 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 acciones no pueden tener lugar después de que tal finiquito ha ocurrido.

En atención a lo expuesto, se considera que la "adición al contrato 236 de 2010", es inexistente, de conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio:

"Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de estos elementos esenciales"

Así las cosas, en la actuación que pretendieron llevar a cabo tanto el Instituto Cultural San Mateo como la Secretaría de Educación del Municipio de Soacha relacionada con la suscripción de la adición y modificación 1 al contrato 236 de 2010, se advierte la falta de un elemento esencial de los contratos, como lo 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 carecía de objeto material y por ello mismo también carecía 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 se había realizado y finalizado, con anterioridad a la suscripción de la plurimentada adición y modificación 1 al contrato 236 de 2010.

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, se considera que de haber llegado a tener existencia la "Adición al Contrato 236" 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 236" 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 se cumplieran a cabalidad el lleno de los requisitos legales. En otras palabras, de haber existido el negocio jurídico este habría estado viciado de causa lícita puesto que con la suscripción de la adición al contrato solo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad.

d) Del enriquecimiento sin causa

Finalmente aclara el Despacho que en el presente caso, no se elevaron pretensiones subsidiarias encaminadas a declarar la existencia de un enriquecimiento sin causa por la prestación de los servicios educativos, como quiera que la controversia se centró en el incumplimiento de la adición y modificación 1 al contrato 236 de 2010, en razón a la no cancelación del valor determinado en la misma, en consecuencia el Despacho no hará pronunciamiento al respecto.

En cuanto al llamado en garantía el Despacho se abstiene de compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto el señor Ignacio Castellanos Anaya, manifestó en el interrogatorio de parte que sobre los hechos objeto de la demanda se encuentran en curso las investigaciones disciplinarias y penales ante la Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación, entes de control a los cuales ha tenido que acudir en ejercicio de su derecho a la defensa.

5. DE LA CONDENA EN COSTAS

El numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., señala que *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Como en el presente proceso no se encuentra demostrada tal situación, no se accederá a la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda instauradas por el demandante Instituto Cultural San Mateo E.U., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011 y/o artículo 295 del C.G.P., según corresponda.

CUARTO.- Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, y archívese el expediente dejando las respectivas constancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JAZMÍN DEL SOCORRO ESLAIT MASSON
JUEZ

FAB

