



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA**

Bogotá D.C. 02 FEB 2018

EXPEDIENTE N°: 11001 3337 042 2017 00232 00.
DEMANDANTE: CENTRO EDUCATIVO GIMNASIO SANTO DOMINGO
DE LA JUVENTUD EU.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SOACHA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
Y CULTURA MUNICIPAL.

El CENTRO EDUCATIVO GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD EU, actuando por intermedio de apoderado, promovió demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, establecida en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA (Ley 1437 de 2011), contra el MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, por el presunto incumplimiento del contrato de prestación del servicio público educativo N. 459 de febrero 25 de 2015.

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PARTES

Demandante: CENTRO EDUCATIVO GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD EU, NIT 900016906-2.

Demandada: MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

OBJETO

Declaraciones y condenas

Primera: Se declare el incumplimiento del contrato N. 459 del año 2015, por parte del MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, al negarse a cancelar el valor total del mismo.

Segunda: Se ordene al MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA cancelar al CENTRO EDUCATIVO GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD EU, la suma de \$20´419.940 adeudada según prestación de servicio educativo año lectivo 2015 de acuerdo al contrato N. 459 de 2015.

Tercera: Se ordene al MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA cancelar al CENTRO EDUCATIVO GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD EU, los intereses debidos sobre la suma de \$55.067.316, por la prestación de servicio educativo año lectivo 2015 de acuerdo al contrato N. 459 de 2015.

Cuarta: Se ordene al MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con el Decreto 1 de 1984 - Código Contencioso Administrativo.

Quinta: Se actualice la condena de conformidad con el Decreto 1 de 1984 - Código Contencioso Administrativo, tomando como base la variación del IPC desde la fecha de cumplimiento hasta la ejecutoria de la sentencia definitiva.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

1. Que el Ministerio de Educación Nacional, mediante Resolución N. 3052, del 27 de diciembre de 2002, certificó al demandado para administrar la prestación del servicio educativo.
2. Que el demandante recibió de parte del demandado, en el mes de diciembre de 2014, el Sistema Biométrico, conforme al cual debía registrar a los estudiantes beneficiarios del convenio educativo; alumnos, a quienes se les prestaría el servicio educativo para el año lectivo 2015.
- 3.1 Que el demandado, vía email, informó entre otros el proceso de inscripción y matrícula en línea de estudiantes beneficiarios en los diferentes grados, en las instituciones educativas privadas habilitadas para contratar en el año 2015.
- 3.2 Que el demandado igualmente informa los costos educativos, y que las instituciones educativas privadas no podrán cobrar matrículas, pensiones, cuotas adicionales, servicios compensatorios, cobros periódicos y otros conceptos.
- 3.3 Que el demandante cumplió según dichas directrices.
- 4.1 Que el demandado realizó estudio de insuficiencia que demuestra la limitación para la prestación del servicio educativo en los establecimientos educativos oficiales en el municipio de Soacha, conllevando a su declaratoria a través de la resolución respectiva.
- 4.2 Que el demandante entregó al demandado, según requerimiento y cronograma, los documentos solicitados para la contratación año lectivo 2015.
- 5.1 Que evidenciada la necesidad de contratar el servicio público y en aras de garantizar el derecho de todo niño a permanecer en el sistema de educación básica, pública, gratuita, y a no ser excluidos, el demandado adelantó las gestiones necesarias para garantizar la cobertura con fundamento en lo dispuesto por el artículo Primero del Decreto 2355/09, con instituciones educativas de carácter privado.
- 5.2 Que el demandante realizó los trámites de matrícula y prestó el servicio a los alumnos en el año lectivo 2015.
6. Que el demandado y demandante, suscribieron el contrato 459 de 2015, de prestación del servicio público educativo en el año lectivo 2015 a los estudiantes beneficiarios del anexo N° 1.
7. Que el demandante, garantizando la continuidad del servicio, vinculó a los estudiantes inscritos en el contrato de 2015.

8. Que el demandado no ha cancelado al demandante la prestación del servicio educativo en su totalidad y que ahora se reclama por el año 2015, respecto de alumnos y beneficiarios según contrato de 2015.
9. Que el demandante, mediante Resolución del mes febrero de 2015, declara la emergencia educativa en el Municipio Soacha, en la cual se estipula, que no tiene cupos en los Colegios Oficiales para los grados de transición, básica primaria, básica secundaria y media vocacional.
- 10.1 Que el demandante, cumplió con todos y cada uno de los requisitos exigidos en el contrato de 2015, en especial con el cumplimiento de las 800, 1000 o 1200 horas exigidas por el Ministerio de Educación Nacional, según sea el caso.
- 10.2 Que el demandante labora de lunes a viernes desde las 6.30 am, hasta las 2.30 p.m., en el periodo Semana Santa igualmente laboró los días lunes martes y miércoles. En el periodo vacacional de mitad de año solamente descansó dos semanas.
- 11.1 Que el demandado, sin justificación legal, no canceló al demandante la totalidad del servicio contratado.
- 11.2 Que en acta de liquidación el demandante dejó la inconformidad del no pago total, reservándose el Derecho a reclamarlo posteriormente.
12. Que la Resolución 1730 del 18 de junio de 2004 del Ministerio de Educación Nacional, reglamenta la jornada única y la intensidad horaria anual de los establecimientos educativos de carácter no oficial, determinando que, de acuerdo con el artículo 77 de la ley 115 de 1994, será la siguiente: 800 horas en educación preescolar, 1000 horas en Básica primaria y 1200 horas en Básica Secundaria y Educación Media.

Fundamentos jurídicos de las pretensiones

- *Los principios de buena fe, confianza legítima y el deber de no enriquecimiento sin justa causa.*

Sostiene que debe declararse el incumplimiento del contrato de prestación del servicio educativo N. 459 de febrero 25 de 2015 por parte del municipio de Soacha, debido a que aquel no pagó el valor total de lo pactado en el mismo, como quiera que se advierte del

acta de terminación del contrato que la entidad no canceló íntegramente la última cuota acordada.

En este sentido, el apoderado del colegio demandante argumenta que, de acuerdo con la Resolución 1730 de junio 18 de 2004 "Por la cual se reglamentan la jornada única y la intensidad horaria anual de los establecimientos educativos de carácter no oficial", la institución cumplió con las 40 semanas lectivas mínimas de actividades académicas e igualmente con la intensidad horaria mínima establecida por el Ministerio de Educación Nacional, correspondiendo aquella a 800 horas en educación preescolar, 1000 horas en educación básica primaria y 1200 horas en básica secundaria.

Sin embargo, considera que la entidad demandada no analizó las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se prestó el servicio, toda vez que el contrato fue suscrito a finales del mes de febrero de 2015, sin que obstará que los alumnos beneficiados por el convenio en el año lectivo 2014, también recibieron la prestación del servicio durante el lapso del año lectivo 2015 previo a la suscripción e inicio del contrato.

Conforme tal posición, señala el apoderado que el municipio de Soacha, Cundinamarca, se enriqueció injustamente y correlativamente la institución educativa demandante se empobreció al prestar el servicio de manera completa, recibiendo como contraprestación un valor menor al pactado. En este sentido, manifiesta en su demanda que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación ni culpa el particular, la que en virtud de su autoridad o imperio constriñó o impulsó al particular a la ejecución de prestaciones fuera del marco de un contrato Estatal.

1.1.2. OPOSICIÓN

- MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA

Se opone a todas las pretensiones de la demanda por cuanto carecen de fundamento jurídico, por lo que solicita se despachen de manera desfavorable.

Sobre los hechos de la demanda:

Respecto de los hechos 1, 3, 5, son ciertos. Los hechos 9 y 15, por su parte, son parcialmente ciertos.

Respecto del hecho 6, precisa que el demandante y el demandado suscribieron el contrato de prestación del servicio público educativo N. 459 de febrero 25 de 2015. Así, conforme al acuerdo contractual y especialmente a la cláusula 5, el demandado realizó los pagos del servicio efectivamente prestado, entre el periodo comprendido desde la fecha de suscripción del acta de inicio del contrato 459 de 2015 hasta el 27 de noviembre de 2015, pues el pago reclamado por el demandante corresponde a una prestación de servicios igual al término del año lectivo y no del año académico. Igualmente, precisa que el demandante conocía que solo se le pagaría el servicio educativo efectivamente prestado a los estudiantes.

Respecto del hecho 2, señala que es parcialmente cierto, ya que el hecho de que el demandado haya enviado al demandante el sistema biométrico a finales del año inmediatamente anterior, no obliga la prestación del servicio sin la suscripción del contrato.

Que el hecho 12 no es un hecho, sino una transcripción e interpretación que hace el demandante de la resolución N. 1730 de 2004.

Igualmente, que el hecho 14 no es un hecho, en tanto es una afirmación indeterminada de la actora.

Que los hechos 4, 7, 10, no le constan y deberán ser probados.

• Manifiesta que los siguientes hechos no son ciertos:

Hecho 8: Precisa que la resolución 2272 de octubre 28 de 2014 estableció el calendario académico para los establecimientos educativos del municipio de Soacha y en virtud de aquella, se pactaron las condiciones contractuales. Así, conforme los informes del contratista y de supervisión, se establece que el demandado, realizó los pagos del servicio efectivamente prestado a los estudiantes, conforme acta de inicio y hasta la terminación del año académico – 27 de noviembre de 2015, según consta en el acta de liquidación del contrato 459 de noviembre 25 de 2015.

Asimismo, cuestiona que el demandante está reclamando el pago correspondiente a una prestación de servicios que no se realizó.

Hecho 11: Que no es cierto que el municipio de Soacha no pagó la totalidad del servicio prestado, y justifica que no pagó la totalidad del contrato 459 de 25 de febrero de 2015 debido a que la cancelación de la totalidad del contrato estaba supeditada a la prestación del servicio contratado.

Señala que la salvedad en el acta de liquidación, no es clara frente a los motivos de inconformidad y no reúne los requisitos que exige la jurisprudencia para ser tomada en cuenta.

Hecho 13: Que no es cierto que existan obligaciones pendientes con el demandante, toda vez que el demandado canceló el servicio educativo efectivamente prestado y de acuerdo a la cláusula quinta del contrato 459 de 25 de febrero de 2015.

Excepciones propuestas:

1. Previas.

- Inepta demanda – Indebida sustentación del medio de control.

Argumenta que lo pretendido por el demandante, es obtener el pago por la prestación del servicio público educativo durante el lapso del año lectivo 2015 en el cual aún no se había suscrito el contrato 459 de 25 de febrero de 2015. Bajo este entendido, al elevar sus argumentos partiendo de la teoría del enriquecimiento sin causa, sostuvo al contestar la demanda que el medio de control adecuado es el de reparación directa por corresponder a la *actio in rem verso*.

No obstante, en audiencia inicial del 05 de noviembre del corriente, este Despacho estableció que no existe proscripción normativa que le impida al demandante ejercer su autonomía de la voluntad procesal empleando el medio de control de controversias contractuales, y ello tampoco conlleva necesariamente a un fallo inhibitorio. Por tanto, en la diligencia, se declaró no próspera la excepción de ineptitud de la demanda.

2. De mérito

a-. Inexistencia del presunto incumplimiento:

La apoderada de la pasiva sostiene que no debe declararse el incumplimiento del contrato 459 de febrero 25 de 2015, debido a que el contratista no prestó los 10 meses

de servicio pactados en el contrato, durante el término o plazo previsto en el acuerdo contractual.

En su lugar, argumenta que el demandante se limitó a prestar el servicio durante nueve meses dentro del término de ejecución de los contratos, que empieza a contarse desde la suscripción de las actas de inicio el 25 de febrero de 2015 y hasta la terminación de las actividades académicas por finalización del año lectivo, el día 27 de noviembre de 2015, conforme lo prevé la Resolución 2272 de octubre 28 de 2014.

En ese sentido, precisó que el plazo de ejecución del contrato es el acordado en el clausulado, sin que pueda el demandante reclamar vía declaratoria de incumplimiento del contrato, el pago de servicios prestados sin que la entidad pública y el particular contratista hubiesen suscrito un contrato de prestación de servicios.

b-. Inexistencia de las causales para la configuración del Enriquecimiento sin justa causa.

Sostiene que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, es excepcionalísima la procedencia del pago de prestaciones económicas derivadas de obras o de la prestación de un servicio público cuando se omitió la solemnidad que la ley exige en lo tocante al perfeccionamiento del contrato estatal.

Así, sostiene la demandada que en el caso en concreto no se acredita ninguna de las excepciones previstas por la jurisprudencia para que proceda la *actio in rem verso*, al punto que no ha probado el actor que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa de este, quien constriñó al contratista a la prestación del servicio educativo. En este orden de ideas, señala que en las circulares N. 01 y N. 2 de 2015, se le puso de presente al demandante, de manera explícita, que el municipio de Soacha no autorizaba la prestación del servicio educativo sin haber cumplido a cabalidad la etapa precontractual que deriva en la celebración e inicio formal del contrato 459 de 25 de febrero de 2015.

Así, concluye que probatoriamente el actor no ha demostrado que no fue de manera voluntaria o por propia iniciativa que prestó el servicio educativo por fuera de las fechas de suscripción del acta de inicio y de liquidación del contrato, conforme al calendario escolar 2015.

¹ Sentencia del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dentro del Exp. 24897.

c-. Acta de liquidación bilateral del contrato de prestación de servicios educativos / requisitos al presentar una inconformidad

A este respecto, manifestó que la salvedad plasmada por el representante legal de la institución educativa demandante no es válida, debido a que, en su concepto, se abstuvo aquel de señalar de manera clara y expresa los motivos de inconformidad con la liquidación bilateral del contrato.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Demandante:

No asistió a la audiencia en que se surtió la etapa correspondiente a los alegatos de conclusión.

Demandado:

Reitera los argumentos y manifestaciones presentadas con la contestación a la demanda y añade que existe precedente vertical del Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicable al caso.

2. HECHOS PROBADOS COMUNES O ACEPTADOS POR LAS PARTES:

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de 28 de agosto de 2013². En tal medida, se les otorgará valor probatorio a todos los documentos arrimados oportunamente al expediente en copia simple, siempre que no hayan sido tachados de falsos por la parte contra la cual se pretenden hacer valer³.

Teniendo claro lo anterior, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

³ Artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

1. El 25 de febrero de 2015, la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Soacha Cundinamarca y el colegio Centro Educativo Gimnasio Santo Domingo, suscribieron el Contrato N. 459 de 2015⁴.
2. El día 27 de febrero de 2015 inició la ejecución del contrato, toda vez que en aquella fecha, el supervisor del mismo – Director de Cobertura Educativa Oscar Javier Rodríguez Díaz, y los representantes legales de las partes contratantes, suscribieron acta de inicio, dejando entrambos constancia de que la fecha de suscripción del Acta correspondía al inicio real y efectivo del Contrato anteriormente citado, previo cumplimiento de los requisitos de legalización del mismo y verificada la etapa de alistamiento para la prestación del servicio⁵.
3. Entre el 27 de febrero de 2015 y el 27 de noviembre de 2015, tuvo lugar la ejecución del contrato con cumplimiento satisfactorio por parte del contratista, toda vez que el servicio público educativo fue efectivamente prestado a los estudiantes beneficiados del convenio, tal como se advierte de las certificaciones suscritas por el Director de Cobertura Educativa del municipio de Soacha, en calidad de Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios, señor Oscar Javier Rodríguez Díaz, que acompañan las constancias de los pagos primero a décimo del contrato y obran en el expediente administrativo contenido en el CD obrante entre folios 70 y 71.
4. La prestación del servicio contratado finalizó el día 27 de noviembre de 2015, conforme se observa del acta de liquidación bilateral del contrato, en la cual no constan adiciones, suspensiones ni modificaciones sobre las condiciones iniciales del contrato⁶.
5. El día 31 de diciembre de 2015, el Secretario de Educación y Cultura del municipio de Soacha y el representante legal del colegio contratista suscribieron acta bilateral de liquidación del contrato 459 de febrero 25 de 2015, determinando que el valor a pagar por la décima y última cuota de

⁴ CD obrante entre folios 70 y 71

⁵ CD obrante entre folios 70 y 71

⁶ CD obrante entre folios 70 y 71

pago parcial correspondía al valor de \$0 y se liberaría el monto de \$65`964.283 por concepto de valor no ejecutado del contrato⁷.

6. El representante legal de la parte contratista, dejó a mano alzada salvedad en la liquidación bilateral del contrato, manifestando que no está de acuerdo con la liquidación, debido a que consideró que el ente territorial le adeuda a la institución educativa la suma de \$55`067.316⁸.

3. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICAS

Problema jurídico

¿El municipio de Soacha, Cundinamarca, incurrió en incumplimiento del contrato 459 de febrero 25 de 2015, al haber cancelado sólo parcialmente la cuota correspondiente al último pago de los contratos?

Para resolver el problema jurídico determinado en esta fijación del litigio, el Despacho deberá establecer si probatoriamente se encuentra acreditado por parte de la institución educativa demandante que prestó íntegramente el servicio público educativo conforme se estipuló en el acuerdo contractual. De ser así, ¿se entiende enriquecido sin justa causa el municipio demandado?

Tesis principal de la parte demandante:

Sostiene que prestó el servicio educativo de manera íntegra, conforme imponen las normas aplicables al caso y de acuerdo con el clausulado contractual, como quiera que, desde la fecha de suscripción del acta de inicio del contrato 459 de 2015 hasta el 29 de noviembre de aquel año, cumplió con la intensidad horaria mínima. En razón de ello, que la autoridad demandada debía proceder a cancelar la totalidad de los pagos acordados.

Tesis principales de la parte demandada:

⁷ F. 3

⁸ F. 4

Sostiene que la no cancelación total del último pago acordado en el contrato 459 de febrero 25 de 2015, obedece a que el contratista no prestó efectivamente el servicio durante el mes de diciembre del año 2015.

Tesis del despacho:

Sostendrá que no se encuentra configurado el incumplimiento del contrato 459 de febrero 25 de 2015 por parte del municipio de Soacha, como quiera que conforme la cláusula 5 del contrato, que es ley para las partes, la cancelación del último de los pagos acordados se encontraba condicionada a la prestación efectiva del servicio, sin embargo esta no se encuentra probatoriamente acreditada por el demandante para el último mes de duración del contrato-28 de noviembre a 27 de diciembre de 2015- y, por tanto, se entiende justificada la no cancelación total del último pago por parte del demandado.

En este mismo sentido, que no es dable considerar que el demandante cumplió íntegramente con el objeto contractual debido a haber prestado el servicio educativo garantizando la intensidad horaria prevista en la resolución 1730 de 2004, como quiera que de acuerdo con el literal *h* de la cláusula primera del contrato 459 de 25 de febrero de 2015, las partes establecieron que el contratista también debía prestar el servicio educativo durante mínimo cuarenta (40) semanas lectivas de actividades académicas con los estudiantes y ello no se encuentra acreditado dentro del expediente.

Consecuencialmente, es de concluir que el municipio de Soacha no se entiende enriquecido sin causa, como quiera que no se acreditó la prestación de servicio con posterioridad al 27 de noviembre de 2015.

Igualmente, sostendrá el despacho que para el caso que ocupa su atención, existe precedente vinculante del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, por haber ya decidido de manera pacífica y reiterada asuntos análogos.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Excepciones de mérito:

Es menester pronunciarse primero al respecto de las excepciones de mérito propuestas por la parte pasiva, en el sentido de que se evidencia que lejos de constituir verdaderas excepciones, son argumentos de defensa que están encaminados a atacar las pretensiones mediante la negación de los hechos y derechos aducidos en la demanda, sin que lleguen a comportar hechos impeditivos, modificativos o extintivos, tendientes a enervar las pretensiones del libelo demandatorio.

Al respecto, el Consejo de Estado manifestó:

“En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.”⁹

“En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción “representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción”¹⁰

(Subrayado fuera del texto original).

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

Por tanto, las excepciones de mérito propuestas no serán estudiadas de manera separada y, por el contrario, las mismas habrán de dilucidarse al decidir el fondo del asunto, quedando así resueltas.

4.2 Planteamiento del caso

Como se relató en precedencia, el GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD, solicitó se declare el incumplimiento del contrato 459 de 25 de febrero de 2015 por parte del municipio de Soacha, como quiera que al momento de liquidarse el contrato no le fue cancelada la totalidad del último pago convenido, pese a que prestó el servicio educativo de manera íntegra desde la fecha de suscripción del acta de inicio del contrato- 27 de febrero de 2015-, hasta el 29 de noviembre siguiente, fecha en que acabó el calendario académico.

Por su parte, la entidad accionada sostuvo que la no cancelación total del último pago acordado en el contrato 459 de febrero 25 de 2015, obedece a que el contratista no prestó efectivamente el servicio durante el mes de diciembre del año 2015, cual correspondía al décimo y último mes de duración del contrato, según se pactó en la cláusula sexta.

Pues bien, para establecer si se encuentra configurado el incumplimiento del contrato 459 de febrero 25 de 2015 por parte del municipio de Soacha, el despacho entrará a considerar los siguientes temas: i) el servicio público educativo y su prestación por parte de entidades territoriales del orden municipal e instituciones educativas del derecho privado; ii) el contrato estatal y su incumplimiento iii) la liquidación de los contratos estatales y los presupuestos para objetarla judicialmente y, finalmente; iv) el enriquecimiento sin causa. Considerado lo pertinente, se estudiará el caso en concreto.

4.3 Argumentos de apoyo a la tesis

4.3.1 El servicio público educativo y su prestación por parte de entidades territoriales del orden municipal e instituciones educativas del derecho privado

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991¹¹, en el artículo 67 la educación se consagró como un derecho fundamental y a la vez como un servicio público¹² gratuito y obligatorio, que tiene la función social de brindar a toda persona el acceso a los bienes y valores de la cultura, formarla en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo y la recreación, y en el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

Sin embargo, se prescribió que tanto el Estado como la sociedad y la familia son responsables de la educación, mas a éste le corresponde la función de inspección y vigilancia, con el fin de velar por la calidad educativa y el cubrimiento, acceso y permanencia del servicio; en este sentido, el constituyente primario determinó que tanto la Nación como las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales.

Es de resaltar que con ello se deja de lado la concepción monopolística del servicio público educativo propia de lo que se ha entendido como el Estado de Bienestar¹³, al punto tal que el Estado asume una posición no solo de *educador* inmediato, sino de director y coordinador de los *demás educadores*, permitiéndose garantizar el alcance y la eficacia de la función social de la educación, en términos de igualdad¹⁴,

¹¹ Es de resaltar que, conforme se observa del artículo 41 de la Constitución de 1886, de notable corte conservador, la educación pública se sostenía con base en los fundamentos de la Religión Católica y, aunque era gratuita no se consideraba obligatoria. No obstante, tras la reforma liberal del Acto Legislativo 1 de 1936, el control religioso sobre la educación menguó, al punto que se derogó el citado artículo 41 y se promulgó el artículo 14 reformista: "Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos."

¹² Corte Constitucional, sentencia T-1101 de 2000: "el Constituyente de 1991 otorgó a la educación una doble connotación jurídica, en reconocimiento expreso a su importancia como herramienta en la promoción individual del ser humano y el desarrollo colectivo de la sociedad, responsabilidades éstas que constituyen fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho"

¹³ Al respecto, ver Farge Collazos, Carlos, El Estado de bienestar. Enfoques [Internet]. 2007;XIX(1-2):45-54. Recuperado de: [http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/25913121005//Giraldo Saavedra, Alberto, Una aproximación a los cambios de la Administración Pública colombiana en las transformaciones del estado, en Revista Iusta, Núm. 51, Julio 2019, Universidad de Santo Tomás, Págs. 17-39](http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/25913121005//Giraldo%20Saavedra,%20Alberto,%20Una%20aproximaci%C3%B3n%20a%20los%20cambios%20de%20la%20Administraci%C3%B3n%20P%C3%BAblica%20colombiana%20en%20las%20transformaciones%20del%20estado,%20en%20Revista%20Iusta,%20N%C3%BAm.%2051,%20Julio%202019,%20Universidad%20de%20Santo%20Tom%C3%A1s,%20P%C3%A1gs.%2017-39)

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1992: "Tanto por la naturaleza y función del proceso educativo como porque reúne a plenitud los requisitos y criterios de esa categoría constitucional abierta que es hoy el derecho fundamental, esta Corte ha reconocido que la educación es uno de tales derechos que realiza el valor y principio material de la igualdad, consignado en el preámbulo y en los artículos 5o. y 13 de la Carta".

a través de la articulación controlada de diferentes medios y actores prestadores del servicio.

Este giro estructural se ha constituido en un hito respecto del concepto de educación como derecho y servicio, en tanto la participación de la comunidad, representada en el texto constitucional como la familia y la sociedad, juega un papel esencial en el proyecto de educar a la población¹⁵. Como se puede observar, entonces, la Carta de 1991 ofrece un cambio paradigmático en torno a la flexibilidad del servicio, que permitiendo la convergencia de lo público e institucional con el actuar particular, hace plausible efectivizar la función social de la educación con mayor alcance: esto es, no solo en los confines del territorio nacional, sino además atendiendo a la complejidad creciente propia de los sistemas sociales¹⁶.

De conformidad con estos planteamientos, se habrá de atender que en el artículo 365 de la Carta se prescribió que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, dejando expreso que el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. En consecuencia, particularmente en cuanto al servicio público educativo, en el artículo 68 se previó que los particulares, conforme a la regulación aplicable, podrán fundar y gestionar establecimientos educativos.

Teniendo en cuenta las normas constitucionales citadas, es claro que las instituciones de carácter privado se encuentran facultadas para prestar el servicio educativo, sin embargo es claro también que se encuentran sujetas a la regulación del servicio, de manera que se garantice la satisfacción de los fines del Estado y de la función pública de la educación. Es así como habrá de considerarse con especial atención la ley regulatoria del servicio público educativo o ley general de educación, ley 115 de 1994.

De esta norma, resulta relevante para el caso comprender que la prestación del servicio educativo por parte de instituciones del derecho privado habrá de atender

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1101 de 2000: “[E]l papel del Estado como ente administrador de la colectividad debe asumirse como una tarea con propósitos económicos y políticos concretos que se enmarcan dentro de los fines esenciales del Estado Social de Derecho (art. 2º C.P.), es decir, la construcción de un sistema político humanista que permita el pleno ejercicio de los derechos del individuo, con las necesarias restricciones que impone el interés general sobre el interés particular, y que obedezca a una interpretación finalística al ser humano”.

¹⁶ Ver Carlos Eduardo Maldonado Castañeda “El mundo de las ciencias de la complejidad: Una investigación sobre qué son, su desarrollo y sus posibilidades” En: Colombia 2011. Ed: Editorial Universidad Del Rosario ISBN: 978-958-738-164-1.

a “las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional”¹⁷.

Así, debe considerarse que de conformidad con el Capítulo IV del Título IV de la ley 115 de 1994, se prescribió que el servicio público educativo debe prestarse en las instituciones educativas en jornada única, durante al menos siete (7) horas al día, con excepción del grado de preescolar, respecto del cual el tiempo dedicado al plan de estudios debe ser de al menos seis (6) horas¹⁸. Igualmente, que el calendario académico en la educación básica secundaria y media se organizará por períodos anuales de 40 semanas de duración mínima, o semestrales de 20 semanas mínimo¹⁹.

Así mismo, es preciso rescatar que la norma en comentario²⁰ prescribió que la educación básica (primaria y secundaria) y media comprende un mínimo de horas efectivas de clase al año, según el reglamento que en la materia expidiera el Ministerio de Educación Nacional. Justamente en este sentido es que fue expedido el Decreto nacional 1850 de 2002, mediante el cual se estableció el horario de la jornada escolar al siguiente tenor:

“El horario de la jornada escolar será definido por el rector o director, al comienzo de cada año lectivo, de conformidad con las normas vigentes, el proyecto educativo institucional y el plan de estudios, y debe cumplirse durante las cuarenta (40) semanas lectivas establecidas por la Ley 115 de 1994 y fijadas por el calendario académico de la respectiva entidad territorial certificada.

El horario de la jornada escolar debe permitir a los estudiantes, el cumplimiento de las siguientes intensidades horarias mínimas, semanales y anuales, de actividades pedagógicas relacionadas con las áreas obligatorias y fundamentales y con las asignaturas optativas, para cada uno de los grados de la educación básica y media, las cuales se contabilizarán en horas efectivas de sesenta (60) minutos.

Horas semanales Horas anuales		
Básica primaria	25	1.000
Básica secundaria y media ³⁰		1.200

Parágrafo 1º. En concordancia con los artículos 23 y 31 de la Ley 115 de 1994, como mínimo el 80% de las intensidades semanales y anuales señaladas en el presente artículo serán dedicadas por el establecimiento educativo al desarrollo de las áreas obligatorias y fundamentales.

¹⁷ Art. 3, ley 115 de 1994

¹⁸ Artículo 85.

¹⁹ Artículo 84.

²⁰ Ibídem.

Parágrafo 2º. La intensidad horaria para el nivel preescolar será como mínimo de veinte (20) horas semanales efectivas de trabajo con estudiantes, las cuales serán fijadas y distribuidas por el rector o director del establecimiento educativo.”

Por otro lado, ya en materia de la participación de las entidades territoriales en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, de acuerdo con el artículo 7 de la ley 715 de 2009 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, se estableció que los municipios y distritos certificados para asumir la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones, tienen la competencia para *dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, así como para mantener la actual cobertura y propender a su ampliación y organizar la prestación del servicio educativo en su jurisdicción.*

En este mismo orden de ideas es que mediante el artículo 27 de la comentada ley 715 de 2009, se tiene que los Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.

Sin embargo, en el inciso segundo de la norma se prevé que en aquellos casos en que se encuentre demostrada la insuficiencia o las limitaciones de las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial, es dable para el ente territorial que, financiado con recursos del sistema general de participaciones, contrate la prestación del servicio educativo con otras entidades, bien sean sin ánimo de lucro o estatales e, inclusive, cuando estas no sean suficientes, con instituciones particulares de reconocida trayectoria e idoneidad.

Teniendo ello presente, finalmente, es del caso señalar que el municipio de Soacha Cundinamarca fue certificado mediante Resolución 3052 de 2002 para administrar la prestación del servicio educativo en su jurisdicción.

Asimismo que, de conformidad con el literal h de la parte considerativa del contrato 459 de 25 de febrero de 2015, la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, realizó un estudio de insuficiencia que demuestra la limitación para la prestación del servicio público educativo en los establecimientos educativos oficiales de su

jurisdicción; en consecuencia, mediante decreto de 025 de enero 29 de 2015, se declaró la insuficiencia educativa en el municipio de Soacha, con el fin de adelantar las acciones encaminadas a la contratación del servicio público educativo.

4.3.2 El contrato estatal y su incumplimiento

El interés general es la piedra angular de la contratación pública en un Estado Social de Derecho, como lo es la República de Colombia²¹: en esencia, la contratación estatal tiene por objeto el cumplimiento de los fines esenciales del Estado²², cuales fueron consagrados en el artículo 2 de la carta en pro del común. Dentro de estos, se cuenta la garantía del derecho a la educación²³:

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

Pues bien, el instrumento principal de la contratación pública es el contrato estatal, que junto con los convenios interadministrativos, se presenta como medio idóneo para el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho. Conviene entonces tener en cuenta que el contrato, según fue definido de antaño

²¹ Corte constitucional: C-713 de 2009: “El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”

²² 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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

²³ Constitución Política, artículo 67: “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.”

por el legislador en el artículo 1495 del Código Civil, “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Ahora bien, en cumplimiento al mandato impuesto por el Constituyente Primario al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, en el país se cuenta con un estatuto general de contratación de la administración pública que ofrece el marco legal de los contratos estatales: la ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007.

Así, de acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, los contratos estatales son los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales de que trata el artículo 2 ibídem, bien previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o bien derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como lo son a título enunciativo los encargos fiduciarios y la fiducia pública, los contratos de concesión, de prestación de servicios, de consultoría, y el de obra.

En lo tocante al perfeccionamiento y ejecución del contrato estatal, vale tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 del estatuto de contratación pública:

“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.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”

De la norma transcrita es relevante resaltar que con la solemnidad de elevar a escrito el acuerdo entre las partes sobre el objeto y la contraprestación, se entiende perfeccionado el contrato. A partir de aquel momento se crean las nuevas obligaciones de los contratantes, en tanto, al tenor de los artículos 1494²⁴ y 1602²⁵ del Código Civil, se tiene al contrato como fuente de las obligaciones y se constituye como ley para las partes; a estos efectos, vale tener en la cuenta que, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el régimen de derecho comercial y civil es

²⁴ ARTICULO 1494. <FUENTE DE LAS OBLIGACIONES>. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

²⁵ Ver Corte Constitucional en Sentencia C-534 de 2005.

la normatividad aplicable a los contratos estatales, con excepción de aquello regulado de manera particular en el estatuto de la contratación pública.

Precisado lo anterior, es de resaltar que, por regla general, los contratos estatales son sinalagmáticos: el numeral primero del artículo 5 ibídem, prevé que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato; la contrapartida deviene del numeral tercero del artículo 4 de la ley 80 de 1993, en tanto señala que las entidades estatales habrán de solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

Como se puede observar de ello, el contrato estatal no solo es de carácter bilateral²⁶ y oneroso²⁷ debido a que, tanto la entidad contratante como el particular contratista, se obligan mutuamente y, en consecuencia, acuerdan obtener recíprocamente ventajas económicas del negocio; sino que además, como se advierte de las normas anotadas, es conmutativo²⁸ en tanto estas cargas y ventajas económicas deben ser equivalentes entre las partes, de manera que se observe una simetría equilibrada en las prestaciones e intereses de la administración y del contratista²⁹.

Al respecto, precisa la doctrina que la conmutatividad en los contratos estatales se distingue de la propia para los contratos entre particulares en tanto estos últimos, con considerable menor dificultad, logran acordar con precisión y objetividad la equivalencia de las cargas en la relación contractual; por el contrario “es propio del contrato del Estado el derecho de las partes al mantenimiento y restablecimiento del equilibrio financiero y económico de los contratos celebrados”³⁰.

Dicho lo anterior, ya como consecuencia apenas lógica de las nociones de contrato y obligación, debe decirse que el incumplimiento del contrato consiste en la no realización, o bien la realización imperfecta o tardía, de las prestaciones que son el objeto de las obligaciones pactadas en el clausulado. Al respecto, téngase presente que la inobservancia de las obligaciones contractuales, en principio, tiene por

²⁶ Artículo 1496 Código Civil.

²⁷ Artículo 1497 Código Civil.

²⁸ Artículo 1498 Código Civil.

²⁹ Ariño Ortiz. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, cit., pp. 24 y ss.

³⁰ Santofimio Gamboa, J. 2009. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista Digital de Derecho Administrativo. 1 (jun. 2009).

consecuencia la responsabilidad contractual³¹ por los perjuicios que se causen, como lo ha señalado el Consejo de Estado ha señalado:

“El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contraídas por las partes de un negocio jurídico constituyen circunstancias en virtud de las cuales se irrogan perjuicios al acreedor de la prestación insatisfecha o cumplida con retraso, ora por razón de los bienes que efectivamente salen del patrimonio del afectado o de la pérdida que se produce de manera inmediata —daño emergente—, ora en atención a que existe una ganancia o provecho que deja de ingresar al peculio del perjudicado, elementos éstos del perjuicio que también concurren cuando la incumplida es la obligación consistente en pagar una suma de dinero.”

Así las cosas, teniendo en cuenta las características que por regla general tienen los contratos estatales de ser onerosos, bilaterales o sinalagmáticos y conmutativos, y en virtud de la noción de la mora de que trata el artículo 1609 del Código Civil, las obligaciones de una parte no se hacen exigibles sino en la medida en que la otra realice las prestaciones a las que se obligó:

ARTICULO 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

A este respecto se ha manifestado el Consejo de Estado de manera reiterada³², en tanto ha configurado una *subregla* jurisprudencial en materia de contratación estatal consistente en que quien alega el incumplimiento contractual de la otra parte, *tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte*³³

Cabe señalar que esta posición se abrió paso a partir de pronunciamiento de 24 de febrero de 2005³⁴, de la manera en que sigue:

³¹ Artículo 90 de la Constitución Política.

³² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Sentencia de 01 de febrero de 2018, C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Exp. 05001-23-31-000-2004-00486-01(40445), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00082-01(36321), Actor: SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO, S.A., Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS

sentencias de 24 de febrero de 2005, Exp. 14937, CP. Ramiro Saavedra Becerra; de 22 de julio de 2009, Exp. 17552, CP. Ruth Stella Correa; y de 9 de octubre de 2013, Exp. 28913, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de octubre de 2013, Exp. 28.913, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁴ Original de la cita: “Sección Tercera del Consejo de Estado, 24 de febrero de 2005. Exp. 14937, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

“Si bien conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, tales obligaciones, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del municipio, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada”.

(Subraya el Despacho)

Así, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que en el medio de control de controversias contractuales cuya pretensión es la declaración del incumplimiento contractual, debe inicialmente el demandante acreditar, en la manera en que señala el artículo 212 del CPACA, el cumplimiento del contrato en lo que a sí corresponde, para así entrar a probar el incumplimiento contractual de la contraparte:

‘En el caso del proceso contractual que se estudia, lo explicado en precedencia según jurisprudencia de esta Sala, implica que correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles.

(...).

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando, que ninguna de las piezas probatorias obrantes en el proceso demuestran los supuestos fácticos en que se basan las pretensiones de la demanda, es decir, el demandante no acreditó el cumplimiento del objeto contratado, ni los requisitos previstos en el mismo contrato para hacer exigibles las obligaciones del municipio, de forma que no puede prosperar una declaración de incumplimiento de ésta a su favor ni menos aún una condena.

Se encontraba en cabeza del demandante contratista la carga de probar que había ejecutado el contrato y que su objeto había sido entregado y recibido oportunamente dentro del plazo de ejecución a satisfacción por el municipio, para

estructurar el incumplimiento que pretende; pero, al contrario, no demostró los supuestos fácticos de la demanda”³⁵

(Subraya el Despacho)

A manera de conclusión, tras revisar los fundamentos normativos acerca del contrato estatal y las *subreglas* de origen jurisprudencial, a efectos de la procedencia de la pretensión declarativa de incumplimiento contractual, tenemos que es menester para el demandante no solo demostrar el incumplimiento de la otra parte, sino además acreditar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo o la imposibilidad de cumplirlas por causas imputables a su contraparte.

4.3.3 La liquidación de los contratos estatales y los presupuestos para objetarla judicialmente

Luego de abordado lo anterior, resulta necesario para la resolución del problema jurídico revisar lo concerniente a la etapa de liquidación de los contratos estatales cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo, en tanto tiene el carácter de balance o cruce de cuentas entre las partes.

Así, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 prevé en cuanto a la liquidación del contrato estatal que, en principio, será adelantada de común acuerdo respecto de las posibles divergencias presentadas en materia económica, jurídica y técnica, con el fin de que se declaren a paz y salvo:

“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.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

³⁵ Original de la cita: “Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de julio de 2009, Exp: 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

A este respecto, ha señalado el Consejo de Estado que la liquidación tiene por objeto establecer:

“(i) el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual, así como, (iv) los acuerdo, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poder poner fin a sus divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.”³⁶

Por su parte, respecto de los modos y plazos de la liquidación de los contratos estatales establece el artículo 11 de la Ley 1150 lo siguiente:

“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del CCA³⁷.

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

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

(Subraya el Despacho.)

Como se puede observar, la liquidación del contrato estatal puede tener lugar no solo de manera bilateral, sino también, excepcionalmente, de manera unilateral cuando ejerce sus poderes exorbitantes la administración, o finalmente por vía judicial. De manera que, al no llegar las partes a un acuerdo para liquidar el contrato de manera bilateral, la administración podrá liquidarlo unilateralmente. Si ésta no

³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Olga Mérida Valle de De la Hoz. Radicado 1998-03040. Expediente 18878 (2). Sentencia de 13 de abril de 2011.

³⁷ Artículo 136 que corresponde al actual artículo 164 de la Ley 1437 y versa sobre la oportunidad para presentar la demanda, que para el caso puntual de las controversias contractuales es el ordinal v literal j numeral 2 del mencionado artículo 164.

lo hace, con fundamento en el artículo 141 del CPACA, puede acudir al juez o árbitro del contrato quien deberá determinar las prestaciones mutuas vigentes entre los contratistas³⁸.

Ahora bien, de acuerdo con la norma citada en el párrafo anterior, cualquiera de las partes del contrato puede ejercer el medio de control de controversias contractuales con el objeto de someter al control del juez administrativo cualquiera de los actos administrativos contractuales, dentro de los que se cuenta el acta de liquidación expedida unilateralmente por la administración.

No obstante, cuando la liquidación tiene lugar de manera bilateral, en principio, no hay lugar a imputarla sometiéndola al control del juez administrativo, como quiera que resulta vinculante para quienes la suscriben de mutuo acuerdo zanjando así cualquier ajuste, revisión o reconocimiento pendiente, en virtud de la autonomía de la voluntad:

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellas 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”³⁹

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta el inciso final del transcrito artículo 11 de la ley 1150 de 2007, en caso de que los contratistas dejen salvedades en el acta de la liquidación por mutuo acuerdo, de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁰ ha reconocido que la inconformidad expresa, posibilita el ejercicio de reclamaciones judiciales con el objeto de dirimir tal aspecto salvado, en la medida en que resulta clara la reserva de quien suscribe la salvedad de reclamar ante el juez competente las divergencias anunciadas en el acta de liquidación:

“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.

³⁸ Sentencia 2950 del 3 de mayo de 1990. M. P.: Antonio J. de Irisarri.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA - SUBSECCION B, Sentencia de 29 de octubre de 2012, MP. DANILO ROJAS BETANCOURTH, Exp. 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429)

⁴⁰ Ver, entre otras, sentencia del 9 de marzo de 2000, expediente 10.778 y de CONSEJO DE ESTADO. NR: 218167 25000-23-26-000-1995-01556-01 Exp. 14113

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 (Sic) pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer⁴¹.

En tal medida, las salvedades consignadas en el acta de liquidación bilateral del contrato estatal por la parte inconforme⁴², que se constituyen en presupuesto para la reclamación judicial del pago de prestaciones surgidas del contrato, deben ser claras y concretas, en la medida en que la reclamación vía judicial únicamente podrá versar sobre lo expresamente consignado como inconformidad económica, técnica o jurídica.

4.3.4 El enriquecimiento sin causa

Primero es del caso señalar que el enriquecimiento sin causa ha sido comprendido como una teoría jurídica, que tiene fundamento en los valores de justicia y equidad, de cara a la noción de propiedad, constituyendo un pilar fundamental de los ordenamientos jurídicos en tanto exige que la transmisión de riqueza entre las personas tenga sustento en una causa legítima.

Luego, dado el margen abstracto de aquella proposición- al punto de resultar la mas de las veces, como se verá en líneas siguientes, en un concepto jurídico indeterminado⁴³-, resulta provechoso tener en cuenta que, de acuerdo con el Emiliani⁴⁴, si bien es de suponer que desde el inicio mismo de las sociedades ordenadas han existido proposiciones análogas, solo a partir del derecho romano se advierte una formulación concreta de la teoría del enriquecimiento sin causa en un ordenamiento. Entre tanto, con el devenir histórico, se comprende, la teoría

⁴¹ Sentencia CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, MP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ del 29 de agosto de 2007, Exp. 5000-23-26-000-1994-09845-01(14854), en que se cita el fallo Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

⁴² De acuerdo con lo enseñado por el Consejo de Estado en fallo de fecha 18/07/2012 Exp. 21.483., es válido que las salvedades del contratista consten en un documento al que se remite el Acta de Liquidación, siempre que aquel documento integre el acta y las partes lo conozcan sabiendo tanto de su existencia como su contenido

⁴³ De acuerdo con Hugo Alberto Marín Hernández- en Discrecionalidad Administrativa Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007-, los conceptos jurídicos indeterminados "aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí que puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados"; el autor, en este punto, cita a Fernando Sainz Moreno, quien recuerda que, en todo caso, "todo concepto incorporado en una norma jurídica- cualquiera que sea el grado de su indeterminación- puede ser interpretado y aplicado de acuerdo con la solución "justa" que ese concepto, en cada caso y en su contexto legal y situacional, lleva implícita": Conceptos jurídicos, cit., pp. 198 a 212 y 212 y 213.

⁴⁴ Raimundo Emiliani Román, El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, Santa Fe de Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996.

transcurrió de allí a los sistemas jurídicos de la Europa continental hasta llegar, por vía del código de Andrés Bello, al Código Civil colombiano⁴⁵.

Sin embargo, como observa Prada⁴⁶, en nuestra codificación del derecho civil, el enriquecimiento sin causa fue previsto solo de manera indirecta en algunas de sus instituciones y recursos, como lo son, entre otras, el pago de lo no debido y la agencia oficiosa; he allí el carácter indeterminado del concepto, pues el valor la equidad que contiene la teoría del enriquecimiento sin causa se concreta de manera casuística y particular, cuando se aplican directamente las instituciones y recursos en las que se vierte la teoría en comento⁴⁷.

Pues bien, dada esta falta de concreción del enriquecimiento sin causa en el ordenamiento interno, ha sido papel de la doctrina⁴⁸ y de la jurisprudencia desarrollar el contenido y alcance de la teoría. En tratándose del derecho público, tal es el caso, entonces, del enriquecimiento sin causa y la acción *in rem verso* en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin mediación de contrato estatal⁴⁹.

A este respecto, la jurisprudencia ha establecido varias subreglas como lo son i) que el enriquecimiento sin causa no procede cuando los hechos que lo causan provienen de la voluntad del contratista⁵⁰; ii) que no se puede alegar el enriquecimiento sin justa causa cuando se elude el procedimiento exigido por la ley para la celebración de contratos⁵¹; finalmente, iii) que el enriquecimiento sin causa no aplica cuando el contratista realiza una obra conociendo que ello se estaba haciendo en desconocimiento de la ley⁵².

⁴⁵ HINESTROSA, FERNANDO, El Código Civil de Bello en Colombia. Revista de Derecho Privado [Internet]. 2006; (10):5-27. Recuperado de: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/417537586001>

⁴⁶ Prada Márquez Yolima, Enriquecimiento sin causa, en Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización. Tomo II Capítulo XI, Bogotá, Universidad de los Andes, 2018.

⁴⁷ Caso distinto, vale señalarlo, es el que se advierte del Código de Comercio en que, excepcionalmente, en el inciso tercero del artículo 882, el legislador previó la acción de enriquecimiento sin causa en materia cambiaria.

⁴⁸ Ver, entre otros, a Arias Roldán, Julio: "Enriquecimiento sin causa", en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N. 204-205, julio-noviembre, Bogotá, 1974. Bautista Quintero, Pedro e.: Del enriquecimiento sin causa y sus aplicaciones en el derecho colombiano, Pontificia Universidad Javeriana, 1970, 98. Chicangana Muñoz, Moisés: Del enriquecimiento sin causa en el derecho Henao Pérez, Juan Carlos: La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia: evolución jurisprudencial, 1864-1990, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991. Ramírez Baquero, Édgar: Obligaciones y contratos. Ensayos, Colección Tex-tos de Jurisprudencia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2013.

colombiano, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951

⁴⁹ Arias, J. (2013) EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA ACCIÓN IN REM VERSO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR REALIZACIÓN DE OBRAS, PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SUMINISTRO DE BIENES SIN CONTRATO ESTATAL. Jurídicas CUC, 9 (1), 143 – 181.

⁵⁰ Sentencia nº 85001-23-31-000-2003-00035-01 (35026) de Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, de 22 de Julio de 2009

⁵¹ Sentencia nº 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, de 19 de Noviembre de 2012

⁵² Sentencia 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596) del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de febrero de 2010.

No obstante lo anterior, es del caso precisar que si bien ha sido posición común de esta jurisdicción que el enriquecimiento sin causa como pretensión- cuando no existe contrato o la controversia gira en torno a la fase precontractual-, resulta propia del medio de control de reparación directa⁵³, advierte el despacho que nada obsta para que el apoderado de la parte actora, en ejercicio de su arbitrio y autonomía profesional, presente la teoría del enriquecimiento sin causa como elemento argumentativo de apoyo a sus proposiciones jurídicas en sede judicial.

Esto es así, teniendo en cuenta no solo que no existe proscripción legal para ello sino que además, con fundamento en el principio de la justicia rogada, no es dable para el fallador dar un alcance de pretensión a sus argumentos. De manera que al impulsar el apoderado en el proceso judicial los intereses de su cliente, bajo el medio de control de controversias contractuales, procurando que con la fuerza argumentativa se apliquen a la solución del caso los valores en que se funda la teoría del enriquecimiento sin causa, no se conduce necesariamente a esta Judicatura a que provea un fallo inhibitorio.

4.5 Precedente vinculante del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Finalmente, se refuerza la tesis del despacho al anotar que existe precedente pacífico del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que resulta vinculante para el caso que nos ocupa por tratarse de decisiones en asuntos análogos, cuales solo varían en las instituciones educativas demandantes y el valor nominal insoluto de los contratos, correspondiendo este en todo caso a una porción del valor correspondiente al último pago del contrato para el año lectivo 2015, de acuerdo con la cláusula 5 de los contratos suscritos con las entidades educativas demandantes.

A este respecto resulta forzoso tener ahora en cuenta que, según voz autorizada de la Corte Constitucional de este país, sólo tienen el carácter de precedente, aquellas decisiones judiciales que irradian efectos en otros casos semejantes o análogos. Con

⁵³ Sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA CP: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA de 19 de noviembre de 2012, Exp. 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897): "Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la actio de in rem verso se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa."

ello se fortalece el ejercicio de la administración de justicia para otorgarle seguridad jurídica al ordenamiento y se garantiza el respeto al principio de igualdad⁵⁴.

En esta medida, el precedente judicial ha sido definido por la Alta Corporación como *"aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia"*⁵⁵.

Sin embargo, el precedente no solo debe ser considerado sino que se vuelve de obligatorio acatamiento por parte del juez cuando la razón para decidir o *ratio decidendi*, *"(i) establezca una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o una cuestión constitucional similar a la que se estudia en el caso posterior; y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la providencia anterior sean semejantes o planteen un punto de derecho parecido al que se debe resolverse posteriormente"*⁵⁶.

Como resulta apenas obvio, para el caso que nos ocupa adquiere relevancia el tercero de los eventos enunciados en que el precedente es vinculante para el juez, esto es ante hechos y problemas jurídicos semejantes. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional que de los hechos, han de tenerse en cuenta los que resultaren relevantes para resolver el caso actual y que coinciden con aquellos igualmente relevantes con fundamento en los cuales se fallaron los casos anteriores.

En consecuencia, habrá de aplicarse la misma consecuencia jurídica al caso nuevo, siempre que se entienda que fácticamente los casos son equiparables y no haya cambiado la regla fijada por la jurisprudencia⁵⁷:

"Se hace necesario entonces verificar (i) la existencia de una semejanza entre los hechos relevantes característicos de los dos casos, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior resulta adecuada para el presente caso, y (iii) si la regla fijada en el pronunciamiento anterior ha cambiado o evolucionado o si por el contrario se mantiene como la doctrina sostenida por esta Corporación judicial en la materia."⁵⁸

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621-15

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1029 de 2012.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-459 de 2017., en que se reitera la sentencia T-1029 de 2012.

⁵⁷ Corte constitucional, Sentencias T-812 de 2006, T-158 de 2006 y T-355 de 2007.

⁵⁸ Corte constitucional, T-970 de 2012

Teniendo presente la dogmática del precedente judicial, obsérvese que en los fallos de segunda instancia del cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019)⁵⁹, veinticuatro (24) de julio de 2019⁶⁰ y veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019)⁶¹, se confirmaron las sentencias de primera instancia en que se negaron las pretensiones de las instituciones educativas demandantes, incoadas por el medio de control de controversias contractuales y solicitando, en esencia, lo siguiente:

- i) Se declarara el incumplimiento de los contratos cuyo objeto era la prestación de servicio educativo año lectivo 2015, por no pago total de lo acordado a las instituciones educativas demandantes.
- ii) Se ordenara al MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA cancelar el monto no pagado a las instituciones educativas demandantes.
- iii) Se ordenara al MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA cancelar intereses sobre el monto no pagado a las instituciones educativas demandantes.

Pues bien, la razón de las decisiones de confirmar la denegación de aquellas pretensiones consistió en que el incumplimiento contractual por no pago total, se encontraba justificado dado que las instituciones educativas demandantes no prestaron el servicio público educativo en el mes en el que se hacía exigible el último pago.

Si bien el juez colegiado en los fallos que ahora se reconocen como precedente para el caso de marras, registró que la razón de que las instituciones educativas demandantes no prestaran el servicio con posterioridad al 27 de noviembre de 2015, obedeció a que los contratos de prestación de servicios suscritos se pactaron sólo respecto del año lectivo, precisó que no existían pruebas dentro los expedientes con que se evidenciara que durante el mes de diciembre los contratistas prestaron alguna clase de servicio.

En una palabra, en la segunda instancia se confirmaron las negaciones de las pretensiones de las demandas debido a que los pagos dependían de la efectiva prestación del servicio, la cual, jurídicamente, solo era posible de efectuarse hasta la finalización del año lectivo en noviembre de 2015.

⁵⁹ Exp. 110013337041-2017-00236-01, M.P. Franklin Pérez Camargo.

⁶⁰ Exp. 110013337041-2017-00238-01, M.P. Franklin Pérez Camargo.

⁶¹ Exp. 1100133430632017-00340-01, M.P. Henry Aldemar Barreto Mogollón y Exp. 110013337041-2017-00240-01 M.P. Carlos Alberto Vargas Bautista.

Lo contrario, señalan las sentencias en cita, conllevaría a considerar que se prestó el servicio por fuera del objeto contractual. En este sentido, al respecto de los argumentos de los demandantes relativos al presunto enriquecimiento sin causa, observó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, dentro de las pretensiones de las demandas, no se solicitó más que la declaratoria de incumplimiento y la cancelación de lo no pagado con sus respectivos intereses.

Finalmente, también tuvo en cuenta el fallador que, con el objeto de presentar pretensiones de enriquecimiento sin causa por la vía de la *actio in rem verso* por inexistencia de vínculo contractual previo, el medio de control procedente es el de reparación directa; luego, con fundamento en el principio de justicia rogada, y teniendo en cuenta que el medio de control empleado por los actores fue el de controversias contractuales, se desestimaron las solicitudes de los demandantes.

Así las cosas, comprende el despacho que habrá de aplicarse la misma consecuencia jurídica al caso que le ocupa, bajo el entendido de que fácticamente los casos fallados por el tribunal Administrativo de Cundinamarca son equiparables a este y no ha cambiado la regla fijada por la jurisprudencia para el asunto de marras.

4.6 Caso en concreto

Como se relató en precedencia, el colegio CENTRO EDUCATIVO GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD EU, solicita se declare el incumplimiento del contrato de prestación del servicio educativo N. 459 de febrero 25 de 2015 por parte del municipio de Soacha, como quiera que no le fue cancelada la totalidad del último pago convenido, al momento de liquidarse el contrato, pese a que prestó el servicio educativo de manera íntegra desde la fecha de suscripción del acta de inicio del contratos- 27 de febrero de 2015-, hasta el 29 de noviembre siguiente, fecha en que acabó el calendario académico.

Por su parte, la entidad accionada sostuvo que la no cancelación total del último pago acordado en el contrato obedece a que el contratista no prestó efectivamente el servicio durante el mes de diciembre del año 2015, cual correspondía al décimo y último mes de duración del contrato, según se pactó en la cláusula sexta.

Pues bien, con el objeto de establecer si el municipio de Soacha incurrió en incumplimiento al haber cancelado sólo parcialmente la cuota correspondiente al último pago del contrato, es menester estudiar con precisión el clausulado contractual, de manera que se comprenda cómo las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, acordaron la manera en que debía ser prestado el servicio público educativo.

Así, lo primero es tener presente que el Objeto del contrato fue acordado en la Cláusula Primera⁶²:

"El objeto del contrato consiste en la **PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO DURANTE EL AÑO LECTIVO 2015 A LOS ESTUDIANTES BENEFICIARIOS EN EL ANEXO 1**. El cual hace parte integral del presente contrato."

Por su parte, que el alcance del objeto contractual fue acordado en la Cláusula Segunda, cual en su literal *H* previó que era obligación específica del contratista⁶³:

"La Institución Educativa deberá adoptar las medidas administrativas necesarias, que le permitan desarrollar los parámetros establecidos en la Resolución de Calendario Académico que expida la Secretaría de Educación y cultura, dando estricto cumplimiento a las cuarenta (40) semanas lectivas mínimas de actividades académicas con los estudiantes, y cumpliendo con la intensidad horaria mínima anual que para preescolar son (*Sic*) ochocientas (800) horas, básica primaria mil (1000) horas y básica secundaria y media mil doscientas (1.200) horas."

A su vez, el Valor del contrato fue acordado en la Cláusula Tercera⁶⁴:

"Para todos los efectos fiscales y legales el valor del presente contrato se fija en la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL SETECIENTOS DOCE PESOS (\$ 559`709.712) M/CTE."

En cuanto a la forma de pago, esta fue acordada en la Cláusula Quinta⁶⁵:

"El valor del contrato será pagado así: En diez (10) pagos liquidados mensualmente de acuerdo al servicio efectivamente prestado, previa presentación de novedades de retiro de estudiantes, factura, informe del incumplimiento del plan de mejoramiento del objeto contractual, informe favorable de la supervisión y/o interventoría, además de la copia de la planilla de pago del mes correspondiente en donde acredite estar el día en el pago de aportes a salud, pensión, riesgos laborales y parafiscales del personal vinculado a la Institución Educativa y con el cual se adelante el Proyecto Educativo Institucional (PEI). El décimo pago estará sujeto a la finalización y

⁶² F.18

⁶³ F. 19

⁶⁴ F.20

⁶⁵ F.20

liquidación del presente contrato. PARAGRAFO PRIMERO: EL MUNICIPIO efectuará las deducciones a que haya lugar sobre cada pago, de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente sobre la materia. En todo caso, los pagos antes previstos estarán sujetos al Programa Anual de Caja (PAC), de la entidad. PARAGRAFO SEGUNDO: Para efectos del pago de los honorarios se tomará todos los meses de 30 días calendario cada uno. Los pagos se efectuarán al CONTRATISTA dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la presentación de los informes y recibos de pago de Delegataria, Pensión y Riesgos Laborales, teniendo en cuenta el procedimiento establecido por las aseguradoras de riesgos laborales. Para efectuar los anteriores pagos se requerirá de certificación expedida por el Supervisor sobre la satisfactoria prestación del servicio; teniendo en cuenta que los servicios contratados son de tracto sucesivo en caso de terminación anticipada, sólo habrá lugar al pago del tiempo de prestación efectiva del servicio. El CONTRATISTA deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes relativos al Sistema de Seguridad Social Integral en Delegataria, Pensión y riesgos laborales, circunstancia que deberá ser verificada por el Supervisor del contrato como requisito para cada pago, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 23 de la ley 1150 de 2007, y la ley 1562 de 2012 y el Decreto 723 de 2013.”

Finalmente, el plazo del contrato fue acordado en la Cláusula Sexta⁶⁶:

“DIEZ (10) MESES DURANTE EL AÑO LECTIVO 2015, sin que supere el 31 de diciembre de 2015, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, la cual deberá ser firmada entre el Supervisor y el Contratista dentro de los dos (02) días hábiles siguientes a la firma del contrato.”

De lo anterior, con claridad encuentra el despacho que el municipio de Soacha contrató con el CENTRO EDUCATIVO GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD EU, la prestación del servicio público educativo durante el año lectivo 2015 a los estudiantes beneficiarios en el anexo 1, por el valor de QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL SETECIENTOS DOCE PESOS (\$ 559`709.712). Este valor sería cancelado en diez (10) pagos liquidados mensualmente de acuerdo al servicio efectivamente prestado.

En tal sentido, con el objeto de establecer lo relativo a la efectiva prestación del servicio y de determinar el alcance las obligaciones del contratista, es del caso señalar que de conformidad con el literal H de la cláusula segunda, aquel debía i) desarrollar los parámetros establecidos en la Resolución de Calendario Académico que expidiera la Secretaría de Educación y Cultura; ii) dar estricto cumplimiento a las cuarenta (40) semanas lectivas mínimas de actividades académicas con los estudiantes; y iii) a la

⁶⁶ F.21

vez cumplir también con la intensidad horaria mínima anual, según grado escolar de cada estudiante.

Pues bien, la señalada Resolución de Calendario Académico expedida por la Secretaría de Educación y Cultura para el año lectivo 2015 es la Resolución 2272 de octubre 24 de 2014, mediante la cual el Secretario de Educación y Cultura del municipio de Soacha resolvió que, de conformidad con el artículo 86 de la ley 115 de 1994, las cuarenta (40) semanas lectivas mínimas de actividades académicas con los estudiantes se desarrollarían en dos periodos semestrales del 19 de enero al 14 de junio y del 06 de julio al 29 de noviembre de 2015.

Igualmente, en concordancia con el Decreto Nacional 1850 de 2002, previeron los contratantes que la institución educativa debía cumplir con la intensidad horaria mínima anual de ochocientas (800) horas para preescolar, mil (1000) horas para básica primaria y mil doscientas (1.200) horas para básica secundaria y media, teniendo en cuenta que las horas efectivas son de sesenta (60) minutos.

De ello se puede observar que el contratista, para efectos de cumplir con la prestación de servicio de acuerdo al acuerdo contractual, se encontraba sometido a prestar el servicio educativo durante el número de semanas lectivas mínimas e igualmente cumpliendo la intensidad horaria mínima; en una palabra, estas no eran obligaciones facultativas⁶⁷ ni alternativas⁶⁸, sino que debía garantizar la institución educativa que, dentro del término de duración del contrato, se prestara el servicio durante mínimo 40 semanas lectivas y con una intensidad horaria que varía, según el grado escolar.

En este sentido recuerda el Despacho que el éxito de la pretensión declarativa de incumplimiento contractual, implica que el demandante acredite el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo o bien la imposibilidad de cumplirlas por causas imputables a su contraparte.

Ahora bien, previo a establecer si el demandante acreditó el cumplimiento de lo que le correspondía en calidad de contratista, debe dejar sentado el Despacho que en el caso que nos ocupa, es claro que la parte contratista, en el acta de liquidación dejó sentada la inconformidad del no pago total, reservándose el Derecho a reclamar la

⁶⁷ Código Civil, Artículo 1562: Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa.

⁶⁸ Código Civil, Artículo 1556: Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras.

suma de \$55'067.316, que en su concepto le adeuda el ente territorial⁶⁹. Aquí es del caso señalar que si bien el representante legal del contratista no anotó de manera expresa a cuál pago mensual hacía referencia, partiendo de una interpretación integral del acta de Liquidación del contrato, es claro que el demandante cuestiona el no pago del último mes del contrato, cual fue el único que no fue cancelado por la entidad territorial en su totalidad.

Zanjado lo anterior, siendo que el demandante pretende se declare el incumplimiento del contrato 459 de febrero 25 de 2015 por el municipio de Soacha debido al no pago total de la cuota décima establecida en la cláusula 5, le correspondía acreditar con los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico, que al ejecutar el contrato cumplió con su obligación de prestar el servicio público educativo en el año lectivo 2015 a los estudiantes beneficiarios en el anexo 1, durante al menos cuarenta (40) semanas lectivas de actividades académicas y cumpliendo con la intensidad horaria mínima anual de la forma prevista en el Decreto Nacional 1850 de 2002.

De manera que atendiendo a los hechos que resultaron probados dentro del expediente, se tiene por cierto que la ejecución del contrato tuvo lugar entre el 27 de febrero de 2015 y el 27 de noviembre de 2015, conforme se observa de las certificaciones suscritas por el Director de Cobertura Educativa del municipio de Soacha, en calidad de Supervisor del Contrato de Prestación de Servicios, señor Oscar Javier Rodríguez Díaz, que acompañan las constancias de los pagos primero a noveno del contrato y obran en el expediente administrativo contenido en el CD observable entre folios 70 y 71 del expediente.

Sin embargo, advierte el despacho que no resulta acreditada la prestación del servicio durante al menos cuarenta (40) semanas lectivas de actividades académicas, como quiera que entre el 27 de febrero de 2015 y el 27 de noviembre de 2015 transcurrieron 182 días hábiles, lo que equivale a 36,4 semanas. En tal medida, no se encuentra acreditado por parte del demandante el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo conforme fueron pactadas en el contrato de prestación de servicio público educativo N. 459 de 2015.

⁶⁹ F. 4

Así las cosas, la pretensión declarativa de incumplimiento contractual no tiene vocación de prosperar, como quiera que el demandante no acreditó probatoriamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo ni la imposibilidad de cumplirlas por causas imputables a su contraparte. Por el contrario, resulta acreditado que el ente territorial canceló a la institución educativa lo correspondiente a la estricta prestación del servicio durante la ejecución del contrato que, se repite, tuvo lugar entre el 27 de febrero de 2015 y el 27 de noviembre de 2015.

Finalmente, no es de obviar que el apoderado del demandante ha argumentado que, de manera injusta, el municipio de Soacha Cundinamarca se enriqueció y correlativamente la institución educativa se empobreció, en tanto ésta prestó el servicio de manera completa pero recibió de aquel, como contraprestación, un valor menor al pactado. Comprende el despacho que esta es una argumentación relativa al enriquecimiento sin causa.

Así, procede el despacho a considerar el argumento del profesional del derecho de manera íntegra con sus menciones del principio de la buena fe y de la confianza legítima, en el sentido de entender que con fundamento en los valores de justicia y equidad, no podría la administración de justicia convalidar la conducta de la autoridad administrativa que se abstiene de cancelar, a manera de contraprestación, un valor menor al pactado contractualmente, cuando el contratista de buena fe ha prestado el servicio público educativo, conforme señala el ordenamiento y satisfaciendo el alcance de sus obligaciones contractuales.

Sin embargo, en concepto de esta Judicatura, tales argumentaciones no tienen vocación de hacer prosperar las pretensiones de la parte actora, como quiera que del examen fáctico del caso, no resultó acreditada la prestación del servicio por parte de la institución educativa demandante conforme fue pactado en el clausulado contractual y está previsto en las normas aplicables ya estudiadas en el proveído.

De esta manera, debe concluirse que la institución educativa no se empobreció, en tanto el no pago completo, como se vio atrás en detalle, se justifica en la medida en que el contratista no prestó el servicio durante al menos 40 semanas lectivas.

4.7 Conclusión

En concepto del Despacho, se deben rechazar las pretensiones del demandante, toda vez que no se acreditó el incumplimiento por parte del Municipio de Soacha – Cundinamarca- en cuanto a las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios educativos suscrito con el GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD.

Por el contrario, se encuentra acreditado que los pagos realizados corresponden a los servicios de educación efectivamente prestados por la institución demandante ya que, con posterioridad al 27 de noviembre de 2015, fecha en que finalizó el año lectivo escolar, no se acreditó la prestación del servicio. Con ello, se entiende que el demandante no tiene aptitud para obtener la declaración de incumplimiento por parte del demandado, como quiera la no cancelación parcial del último de los pagos acordados se entiende justificada por corresponder ésta a la efectiva prestación del servicio.

- COSTAS

La condena en costas, su liquidación y ejecución se rige por las normas del CGP⁷⁰. Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas⁷¹, por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron. Además, según la norma, se condenará exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder de la parte vencedora, debido a que i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona-parte actué por sí misma dentro del proceso.

⁷⁰ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

⁷¹ Artículo 365 del Código General del Proceso.

De manera que basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso (f. 73). Por tanto, se condenará así a la parte vencida en este pleito.

En mérito de lo antes expuesto, el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

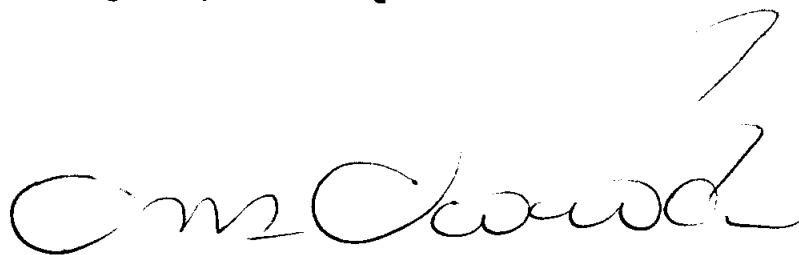
FALLA

Primero: Negar las pretensiones de la demanda interpuesta por el **GIMNASIO SANTO DOMINGO DE LA JUVENTUD**, en contra del **MUNICIPIO DE SOACHA, CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA**.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandante, que fue vencida en juicio.

Tercero: En firme esta providencia y hechas las anotaciones correspondientes, **archívese** el expediente, previa devolución de remanentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ana Elsa Agudelo Arévalo', with a large, stylized flourish above it.

ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUEZ