**NULIDAD ABSOLUTA – Declaración oficiosa**

Como ha sido reiterado por esta Subsección, aunque en aras de proteger el orden jurídico la ley confiere al juez el poder -y deber- de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos, éste debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos impuestos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia para garantizar la seguridad jurídica y el principio de conservación de los contratos. En materia contencioso administrativa, la ley precisa que el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “*cuando esté plenamente demostrada en el proceso*”, mientras que el principio de conservación de los contratos impide al juez descartar su validez atendiendo a la relevancia y respeto del principio de la autonomía de la voluntad de quienes concurrieron a celebrarlo, lo cual sólo puede ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional.

En línea con lo anterior, esta Subsección ha insistido en que el ejercicio de esta atribución oficiosa solo resulta procedente cuando el vicio aparece de forma palmaria o manifiesta en el negocio jurídico. En este orden, la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta exige que el vicio sea apreciable a simple vista, por lo que debe ser tan palmario que no implique un mayor esfuerzo interpretativo para ser evidenciado, ni exija realizar juicios de valor sobre aspectos que no estén contenidos en el mismo acto o contrato viciado.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN** **– Artículo 355 de la Constitución Política – Artículo 96 de la Ley 489 de 1998 – Formalidades**

Al desarrollar el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 355 constitucional, a través de los Decretos 777 y 1403 de 1992 […] se dispuso que los convenios celebrados por las entidades públicas deben constar por escrito, y estar sujetos “a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las clausulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”. Se preceptúa, además, que antes de su celebración, deberá expedirse un “Certificado de Disponibilidad presupuestal” Suscrito por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces en el organismo o entidad contratante, donde conste que dichos compromisos están amparados.

El inciso 1° del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que los convenios de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con “personas jurídicas particulares”, mientras que el inciso segundo del mismo artículo establece que “[l]os convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebraran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes […]”.

En el mismo artículo 96 indica que los convenios de asociación se celebran “para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones” que la ley les asigna a las entidades públicas, por lo que tienen por finalidad que estas desarrollen actividades en asocio con personas jurídicas privadas en procura del cumplimiento de sus cometidos, sin que ello comporte la transferencia de funciones administrativas a los particulares. Los convenios de asociación, a diferencia de los convenios de fomento, no tienen por propósito cumplir una función benéfica del Estado Social de Derecho, sino que su objetivo está dirigido a que las entidades públicas puedan desarrollar las actividades que específicamente la ley les ha asignado, con la colaboración de los particulares.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Finalidad– Ejecución**

A partir de la finalidad expuestas que se pretende lograr con los convenios de asociación, su celebración y ejecución no participa de la noción de conmutatividad pues no tienen por objeto la contratación de un bien o servicio a cambio de un precio, sino la unión de esfuerzos encaminados a lograr un mismo fin que, aunque es compartido por las partes, está determinado principalmente por el cumplimiento de los cometidos Y finalidades asignadas por la ley a la entidad pública sin la existencia de una relación patrimonial de orden conmutativo, pues el particular no obra con el animo de obtener una remuneración, sino, estrictamente, con el propósito de juntar sus esfuerzos con los de la administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden.

Como se observa, los convenios de asociación no se estructuran bajo una relación conmutativa en la que exista un claro intercambio de prestaciones que se estiman como equivalentes. Además, como se trata de la ejecución de actividades que la ley desarrolla en colaboración con el particular, la primera es quien usualmente detenta la dirección y seguimiento del objeto impartiendo instrucciones para lograr dicho fin, por lo que la autonomía del particular puede verse limitada; no obstante, atendiendo a la finalidad y función colaborativa del convenio, deben establecerse mecanismos de coordinación en la ejecución de las actividades de cada uno de los cooperantes.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

## Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

**Expediente:** 180012333000-2017-00085-01 (66616)

**Demandante**: Corporación Gaia Aqua

**Demandado**: Municipio de Florencia

**Medio de control:** Controversias contractuales

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

***Temas:*** *DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS - El*

*ejercicio de esta atribución del juez es procedente cuando el vicio aparece de forma palmaria o manifiesta / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ANTERIORES AL DECRETO 092 DE 2017 – Están sujetos a los*

*requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el Decreto 777 de 1992 y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes de las normas de contratación estatal / INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO – Inexistencia.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá mediante la cual se declaró de oficio la nulidad de un convenio de asociación.

La demanda versó sobre el cumplimiento de un convenio de colaboración y la ilegalidad del acto administrativo por medio del cual la entidad territorial demandada lo terminó y liquidó unilateralmente. El Tribunal *a quo* declaró la nulidad absoluta del convenio por considerar que se eludieron los procedimientos de selección aplicables. La parte recurrente señala que no estaban dados los supuestos para que se declarara la nulidad e insiste en la ilegalidad del acto acusado y en el incumplimiento del convenio por parte de la entidad demandada.

# LA SENTENCIA IMPUGNADA

**1.** Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 1 de diciembre de 2020, que decidió la demanda presentada por la Corporación Gaia Aqua contra el Municipio de Florencia en la que pidió declarar el incumplimiento del convenio celebrado entre éstas y declara la nulidad del acto que lo terminó y liquidó unilateralmente1.

1 Se solicitó textualmente: “2.1. Que se declare el INCUMPLIMIENTO por parte de la entidad territorial convocada, del CONVENIO DE APOYO No. 008 de 24 de junio de 2015 y OTROSÍ 001 de 24 de JULIO (…).

2.2. En consecuencia, se declare la NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN contenido en la Resolución No. 1731 de 27 de noviembre de 2015 (…) mediante la cual se liquida el CONVENIO DE APOYO (…) 2.3. Se ordene al Municipio de Florencia - Caquetá, a cancelar a la CORPORACIÓN GAIA AQUA, el valor de CUATRO MIL MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO

PESOS (4.874.164.000). 2.4. Se proceda por parte del señor Juez a la liquidación del CONVENIO DE APOYO (…) 2.5. Que la condena impuesta sea reajustada conforme lo indica el art. 189 y subsiguientes del CPACA.

2.6. Se condene en costas a la entidad demandada, conforme lo dispone el art. 188 del CPACA”.

1

## Hechos

**2.** Las partes de este proceso celebraron el convenio de asociación 008 del 24 de junio de 2015 (el convenio), para la implementación del “*programa de educación básica y media para jóvenes y adultos del municipio de Florencia Caquetá, amazonia, ciclo II – VI*”*2*, con un plazo de ejecución de seis (6) meses*3* y un valor de cinco mil ciento treinta millones setecientos cuarenta y cuatro mil pesos ($5.130.744.000) conforme a la suma de los aportes de las partes.

**3.** Mediante Resolución 119 del mismo 24 de junio, proferida por la Secretaría de Educación del municipio, se adoptó el Modelo Educativo Flexible para Jóvenes y adultos “*ESCUELA GLOBAL*” ofrecido por la demandante, en los diferentes ciclos lectivos especiales integrados “*para su aplicación en el Municipio de Florencia - Caquetá, conforme a lo establecido en el Decreto 3011 de 1997*”.

**4.** Con ocasión de la celebración del referido convenio, la Corporación demandante dispuso la impresión de la totalidad del material pedagógico para la ejecución del proyecto, cuyo valor ascendió a la suma de dos mil ochocientos treinta y un millones de pesos ($2.831.000.000).

**5.** El 5 de agosto de 2015, la Coordinadora General de la Corporación presentó ante el supervisor del convenio4, el informe de gestión de avance de la ejecución con el fin de obtener el desembolso del 50% del valor de los aportes a cargo del municipio, equivalente a dos mil cuatrocientos treinta y siete millones ochenta y dos mil pesos ($2.437.082.000), adjuntando la totalidad de documentación acordada5.

**6.** Mediante la Resolución 139 del 26 de agosto de 2015, la Secretaría de Educación del municipio, argumentando la inconveniencia, inoportunidad y por "*alterar el equilibrio económico y social del Municipio de Florencia y la Secretaría de Educación*", así como con fundamento en una comunicación enviada por el Ministerio de Educación6, derogó la Resolución 119 del 24 de junio de 2015, por medio de la cual se había adoptado el modelo educativo “*ESCUELA GLOBAL*” en esa entidad territorial.

**7.** Por medio de la Resolución 1731 del 27 de noviembre de 2015, el municipio demandado terminó y liquidó unilateralmente el convenio, afirmando la imposibilidad de su realización al no poder cargar al sistema la totalidad de los estudiantes que se verían beneficiados con el sistema educativo acordado, definiendo su balance final en ceros.

**8.** Indicó el demandante que la entidad territorial incumplió el convenio con la expedición del acto demandado que calificó como falsamente motivado, expedido sin competencia y con desviación de poder, fundamentado en que resultaba improcedente el ejercicio de facultades exorbitantes y en que el acto se basó en argumentos infundados.

2 Folios 239-276, cuaderno principal 2.

3 El acta de inicio del contrato se suscribió el mismo 24 de junio de 2015.

4 El Secretario de Educación del municipio.

5 Afirmó que se aportó: 1. Plan de trabajo para la ejecución del convenio. 2. Programa de capacitación a los docentes y coordinadores para implementación del modelo pedagógico. 3. Certificado de “la totalidad” de estudiantes inscritos al programa, aun cuando el convenio solo exigía el 50%.

6 Donde, entre otros, se confirmó al municipio que no se girarían recursos por de adultos, cuya atención no se hubiere contratado en 2014.

**9.** Se solicitó declarar el incumplimiento del convenio, la nulidad del acto demandado (Resolución 1731 de 2015), y consecuencialmente, condenar a la entidad demandada a pagar a la demandante el valor total de los aportes a cargo del municipio bajo el negocio jurídico, junto con intereses de mora.

## Contestación de la demanda

**10.** El municipio7 se opuso a las pretensiones afirmando que el acto demandado fue proferido conforme a las normas preestablecidas. Explicó que solo unas pocas instituciones educativas manifestaron su interés en implementar el modelo educativo objeto del convenio, mientras que las restantes expresaron que no era posible implementarlo pues sus Consejos Directivos no lo aprobaron. Por tanto, la matrícula real reportada por las Instituciones educativas habilitadas resultaba insuficiente. Además, el Ministerio de Educación informó que no era posible realizar ajustes al Formato Único de Contratación - FUC8 en lo concerniente a la centralización de la matrícula y que no girarían recursos por educación de adultos cuya atención no fue contratada en 2014. Por tanto, ante la imposibilidad de implementar el programa de “*EDUCACIÓN GLOBAL*” y en vista de la necesidad de liberar sus recursos para garantizar el pago de los salarios y prestaciones al personal docente del municipio, debía procederse con su liquidación.

## Alegatos en primera instancia

**11.** Decretadas y practicadas las pruebas9, al alegar de conclusión, la demandante reprodujo los hechos y los fundamentos de derecho consignados en la demanda10; la entidad demandada reafirmó lo expuesto en su contestación11. El Ministerio Público guardó silencio.

## Fundamentos de la sentencia de primera instancia

**12.** El Tribunal Administrativo del Caquetá declaró de oficio la nulidad absoluta del convenio. Determinó que el negocio jurídico estaba incurso en las causales 112 y 513 de exclusión del régimen especial, previstas en el artículo 2 del Decreto 777 de 1992, por lo que la entidad territorial debió recurrir a los procedimientos ordinarios de contratación y seleccionar al contratista de conformidad con lo establecido en las

7 Folios 299 a 305, cuaderno principal 2.

8 Corresponde a una herramienta de gestión del Ministerio de Educación y de las entidades territoriales certificadas en educación, mediante la cual se realiza el control y seguimiento a la actividad contractual de la prestación del servicio educativo de las entidades territoriales certificadas en educación; igualmente es uno de los insumos para la toma de decisiones de política pública educativa.

9 Se decretaron las documentales aportadas por la demandante y la entidad demandada, incluyendo especialmente copias de *(i)* las resoluciones, *(ii)* el convenio, su otrosí y antecedentes administrativos; *(iii)* la garantía; *(iv)* correspondencia cruzada; *(v)* contrato No. 004 del 20 de julio de 2015, celebrado entre la Corporación Gaia y la Fundación Iberoamericana de Comunidades Educativas Virtuales, junto con acta de entrega; (vi) factura 100 del 14 de agosto de 2015; *(vii)* factura 209 del 18 de noviembre de 2018; e *(viii)* informe de gestión de avance de la ejecución del convenio con anexos. Adicionalmente, se decretó la práctica del dictamen pericial solicitado por la demandante con el fin de inspeccionar y verificar “*los lugares donde reposan los elementos relacionados dentro del convenio No. 008 del 24 de junio y el Otrosí 001 del 24 de julio de 2018, y los plasmados dentro de la Factura No. 100 del 14 de agosto de 2015, expedida por la Fundación Iberoamericana de Comunidades Educativas Virtuales, como son los kits escolares y los módulos*”, Informe allegado por el contador público Carlos Eduardo Amador Mosquera.

10 Folios 340 a 353, cuaderno 2.

11 Ídem, folios 354 a 358.

12 “*Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes*”.

13 “*Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta*”.

leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 (convocatoria pública, evaluación de ofertas y una decisión reglada). Así, el negocio jurídico estaba viciado de nulidad absoluta con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues: *(i)* la celebración del convenio obedeció a la necesidad de cumplir obligaciones que la ley ha puesto a cargo del municipio en materia de educación de adultos, de manera que con éste se pretendía ejecutar un proyecto de la entidad territorial, y no apoyar uno de la entidad sin ánimo de lucro; *(ii)* la ejecución de ese propósito oficial (no particular de la corporación) debía realizarse de acuerdo con las precisas instrucciones adoptadas por el municipio, de manera que la demandante no contaba con autonomía alguna para la ejecución del proyecto “*que (se reitera) no era uno suyo, sino el de la entidad territorial, la cual adoptó un modelo educativo preciso, fijando sus condiciones concretas en lo administrativo y en lo misional*”; y, *(iii)* el negocio jurídico celebrado implicaba una contraprestación directa a favor de la entidad pública, pues los elementos que el contratista dice haber adquirido tenían como fin favorecer su interés de ejecutar el proyecto de educación de adultos, quedando desvirtuado que el convenio tuviera por finalidad encausar un propósito del particular.

**13.** Definió la improcedencia de restituciones mutuas por cuanto las partes obraron a sabiendas de la ilicitud del objeto del contrato.

# EL RECURSO DE APELACIÓN

**14.** El fallo en precedencia fue recurrido oportunamente por la parte actora. El recurso de apelación14 se fundamentó en la improcedencia de la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta del negocio jurídico. Estimó que del objeto, estructura y alcance del negocio jurídico, se extrae que se trató de un verdadero convenio de asociación donde las partes aportaron recursos para la ejecución conjunta de un programa de interés público (modelo educativo para jóvenes y adultos), que, por su naturaleza, no exigía el proceso de selección extrañado por el Tribunal.

**15.** Insistió en la nulidad de la Resolución 1731 del 27 de noviembre de 2015 bajo los argumentos expuestos en la demanda y solicitó abstenerse de condenar en costas, pues en el trámite del proceso no se ha hecho un uso abusivo del derecho que le asiste a la parte demandante.

## Trámite en segunda instancia

**16.** En la etapa prevista para alegar de conclusión, la entidad territorial demandada solicitó confirmar la decisión recurrida15, la corporación demandante reiteró lo expuesto en el recurso de apelación16 y el Ministerio Público guardó silencio.

# CONSIDERACIONES

## Problema jurídico

**17.** Corresponde a la Sala establecer si están acreditados los elementos para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del convenio 008 de 2015; de no ser así, se estudiarán las pretensiones de la demanda. Aunque en ésta se indicó que la Resolución 139 de 26 de agosto de 2015 fue expedida con ausencia de motivación,

14 SAMAI, índice 2, archivo 17ED\_18RECURSOAPELACIONPARTEACTORA(.PDF).

15 SAMAI, índice 26.

16 SAMAI, índice 22.

la Sala se abstendrá de estudiar este cargo por cuanto la nulidad de ese acto administrativo no fue pretendida.

## La declaratoria de nulidad absoluta del convenio 008 de 2015

**18.** La Sala encuentra que le asiste razón a la parte recurrente en cuanto a que no están dados los elementos previstos en la ley17 para hacer ejercicio de la facultad y deber oficioso de declarar la nulidad absoluta del convenio18, toda vez que no se advierte la existencia de una nulidad que se exhiba en el proceso de forma manifiesta, a la vez que los argumentos expuestos por el Tribunal resultan insuficientes para afirmar su configuración.

**19.** Como ha sido reiterado por esta Subsección19, aunque en aras de proteger el orden jurídico la ley confiere al juez el poder -y deber- de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos20, éste debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos impuestos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia para garantizar la seguridad jurídica y el principio de conservación de los contratos21. En materia contencioso administrativa, la ley precisa que el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “*cuando esté plenamente demostrada en el proceso*”22, mientras que el principio de conservación de los contratos impide al juez descartar su validez atendiendo a la relevancia y respeto del principio de la autonomía de la voluntad de quienes concurrieron a celebrarlo, lo cual sólo puede ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional.

**20.** En línea con lo anterior, esta Subsección ha insistido en que el ejercicio de esta atribución oficiosa solo resulta procedente cuando el vicio aparece de forma palmaria o manifiesta en el negocio jurídico23. En este orden, la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta exige que el vicio sea apreciable a simple vista, por lo que debe ser tan palmario que no implique un mayor esfuerzo interpretativo para ser evidenciado, ni exija realizar juicios de valor sobre aspectos que no estén contenidos en el mismo acto o contrato viciado.

17 Artículos 1742 del Código Civil y 87 –inciso tercero- del Decreto 01 de 1984.

18 (i) Que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o surja de bulto, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.720. C.P. Marta Nubia Velásquez.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 57822.

20 Artículos 1742 del Código Civil, 45 de la Ley 80 de 1993 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

21 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 57822.

22 Artículo 141 del CPACA. “*La jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no puede ser entendida en el sentido de haber instalado una facultad omnímoda para fallar extra petita, en caso de la evidencia de cualquier violación legal. Lo correcto es entender que la jurisdicción en materia de controversias contractuales ha establecido la posibilidad de reubicar la pretensión dentro del contexto fáctico que se evidenció en el plenario y de aplicar la ley pertinente, con independencia de la forma y el tenor literal en que la causa haya sido expuesta por las partes. Es decir, se reconoce la potestad para decidir sobre la violación de la ley imperativa y decretar la nulidad del contrato, aunque no haya sido invocada en el proceso, sin embargo, en caso alguno puede desconocerse el derecho constitucional al debido proceso. De lo anterior se concluye que le está vedado al Juez apartarse de lo que demuestren las pruebas expuestas en el plenario, esto es, que sigue siendo un elemento ‘sine qua non’ que existan las pruebas de la causal de nulidad y que hayan estado expuestas a la oportunidad de su contradicción, aunque las partes hayan guardado silencio sobre ello*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.270. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. La cita original es de la sentencia del 18 de abril de 2016 (Exp. 30.682) dictada por la misma Sala.

23 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 21 de mayo de 2021 (Exp. 57822) y del 30 de julio de 2021 (Exp. 48957), C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp.

61.270. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**21.** Con fundamento en lo acordado por las partes, los antecedentes administrativos y las demás pruebas recaudadas, la Sala concluye que al menos formalmente, el negocio jurídico objeto de controversia corresponde a un convenio de asociación de los previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 199824 y no a un contrato regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la que no es posible determinar su validez con base en las exigencias de esta última normativa.

**22.** Al desarrollar el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 355 constitucional, a través de los Decretos 777 y 1403 de 1992 (vigentes para la fecha de celebración del convenio) se dispuso que los convenios celebrados por las entidades públicas deben constar por escrito, y estar sujetos “***a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983***”25. Se preceptúa, además, que antes de su celebración, deberá expedirse un "Certificado de Disponibilidad Presupuestal" suscrito por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces en el organismo o entidad contratante, donde conste que dichos compromisos están amparados26.

**23.** El inciso 1º del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que los convenios de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con “*personas jurídicas particulares*”, mientras que el inciso segundo del mismo artículo establece que “*[l]os convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes […]”*.

**24.** El mismo artículo 96 indica que los convenios de asociación se celebran “*para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones*” que la ley les asigna a las entidades públicas, por lo que tienen por finalidad que éstas desarrollen actividades en asocio con personas jurídicas privadas en procura del cumplimiento de sus cometidos, sin que ello comporte la transferencia de funciones administrativas a los particulares27. Los convenios de asociación, a diferencia de los convenios de fomento, no tienen por propósito cumplir una función benéfica del Estado Social de Derecho, sino que su objetivo está dirigido a que las entidades públicas puedan desarrollar las actividades que específicamente la ley les ha asignado, con la colaboración de los particulares.

24 El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone: “*Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. Los* convenios *de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo* [*355*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#355) *de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común. En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos: […]*.”

25 Artículo 1º, Decreto 777 de 1992.

26 Artículo 7, Decreto 777 de 1992.

27 Si existe delegación de funciones administrativas no se estaría en presencia de un convenio de asociación y, por tanto, la delegación se deberá regir por lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998. Ver Augusto Ramón Chávez Marín. “*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual*”, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 432 y siguientes.

**25.** A partir de la finalidad expuesta que se pretende lograr con los convenios de asociación, su celebración y ejecución no participa de la noción de conmutatividad28 pues no tienen por objeto la contratación de un bien o servicio a cambio de un precio29, sino la unión de esfuerzos encaminados a lograr un mismo fin que, aunque es compartido por las partes, está determinado principalmente por el cumplimiento de los cometidos y finalidades asignadas por la ley a la entidad pública30 sin la existencia de una relación patrimonial de orden conmutativo, pues el particular no obra con el ánimo de obtener una remuneración, sino, estrictamente, con el propósito de juntar sus esfuerzos con los de la administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden.

**26.** Como se observa, los convenios de asociación no se estructuran bajo una relación conmutativa en la que exista un claro intercambio de prestaciones que se estiman como equivalentes. Además, como se trata de la ejecución de actividades que la ley ha asignado a la entidad estatal, pero que se desarrollan en colaboración con el particular, la primera es quien usualmente detenta la dirección y seguimiento del objeto impartiendo instrucciones para lograr dicho fin, por lo que la autonomía del particular puede verse limitada; no obstante, atendiendo a la finalidad y función colaborativa del convenio, deben establecerse mecanismos de coordinación en la ejecución de las actividades de cada uno de los cooperantes31.

**27.** Descendiendo al caso concreto, al verificar los antecedentes, contenido y demás documentación relacionada con el convenio 008 de 2015, está acreditado lo siguiente:

**(i)** El municipio de Florencia realizó unos estudios previos donde determinó la necesidad de celebrar un convenio de colaboración con el objetivo de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 115 de 1994 y el Decreto 3011 de 1997, particularmente para el logro de los objetivos y obligaciones de la entidad en la educación básica y media de adultos, mediante programas educativos estructurados en ciclos Lectivos Regulares Especiales Integrados32 dentro del Proyecto Educativo Institucional. En los estudios previos se identificaron, entre otros, los requisitos del modelo educativo a impartir, los beneficiarios33 y su cuantificación en 4.000 estudiantes, las instituciones educativas focalizadas (18), así como el valor estimado de los aportes necesarios para su ejecución.

28 El artículo 1498 del Código Civil la define así: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez*”.

29 La doctrina se ha planteado el interrogante: “*¿Qué es una contraprestación directa? Ello ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberado de una obligación. Así por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga*”. CÁRDENAS, Juan. *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. 2 ed., Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1995, p. 295.

30 Es importante destacar que la conmutatividad depende, como lo establece el Código Civil, de si una prestación se mira como la equivalente a la de la otra parte. Sin embargo, en el convenio de asociación las prestaciones que se cumplen no tienen esta característica de reciprocidad, sino que se encaminan al cumplimiento de un fin común compartido por los contratantes. Con base en lo anterior, debe precisarse que la ejecución de un convenio de esta naturaleza generará siempre algún beneficio a sus contratantes, sin que por esto se tornen en conmutativos.

31 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2020 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero), Exp. 46.963.

32 "*Aquel que se estructura como un conjunto de procesos y acciones curriculares organizados de modo tal que integren áreas del conocimiento y proyectos pedagógicos, de duración menor a la dispuesta para los ciclos regulares del servicio público educativo, que permitan alcanzar los fines y objetivos de la educación básica y media de acuerdo con las particulares condiciones de la población adulta*."

33 Las personas con edades de trece (13) años o más, que no han ingresado a ningún grado del ciclo de educación básica primaria o hayan cursado como máximo los tres primeros grados, así como las personas con edades de quince (15) años o más, que hayan finalizado el ciclo de educación básica primaria.

**(ii)** Mediante acto administrativo de justificación de la contratación, el municipio reiteró la necesidad de implementar el modelo educativo, el cual se celebraría con fundamento en lo establecido en el Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992 y el artículo 96 de la ley 489 de 1998, bajo la modalidad de contratación directa; se indicó que era procedente su celebración con la corporación demandante, al tratarse de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y “*de experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto tal como se consta en el documento expedido por el ordenador del gasto en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 777 de 1992*”.

**(iii)** El 24 de junio de 2015 el municipio y la demandante, esta última, una asociación sin ánimo de lucro cuyo objeto social comprende “*desarrollar acciones pedagógicas que fortalezcan la formación integral de las personas desde la educación formal y no formal”*, celebraron el convenio 008, cuyo objeto consistió en la “*IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA Y MEDIA PARA JÓVENES Y ADULTOS DEL MUNICIPIO DE FLORENCIA CAQUETÁ, AMAZONIA,*

*CICLO 11 – VI*”. La celebración del convenio, estaba respaldada por el certificado de disponibilidad presupuestal 2015000609, código 2520101712.

**(iv)** En la cláusula tercera, las partes precisaron cuál sería el alcance de sus obligaciones en los siguientes términos:

*“1. Desarrollar las acciones y actividades de cooperación, coordinación, articulación y gestión necesarias para la ejecución de las actividades previstas en el presente convenio, dentro del ámbito de su competencia.*

1. *Gestionar la asignación de recursos técnicos, humanos, económicos, investigativos y materiales, con el fin de fortalecer los procesos para el desarrollo y cumplimiento de los propósitos del presente convenio, de acuerdo con sus competencias.*
2. *Asegurar la ejecución de los recursos del presente convenio y su destinación exclusiva al desarrollo y puesta en marcha del proyecto viabilizado y aprobado por el Municipio de Florencia.*
3. *Seleccionar a la población beneficiaria Aplicando los criterios establecidos en el presente convenio”.*

**(v)** Se acordó que el plazo de ejecución del convenio sería de seis (6) meses contados desde la suscripción del acta de inicio34, sin exceder el 31 de diciembre de 2015. El acta de inicio fue suscrita el 24 de junio de ese año. En las cláusulas vigésima quinta, vigésima séptima y vigésima octava, se consagraron las facultades exorbitantes de caducidad e interpretación, terminación y liquidación unilaterales en cabeza del municipio, conforme a lo establecido por el artículo 1 del Decreto 777 de 1992.

**(vi)** Conforme a la cláusula octava, el municipio aportaría la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y

CUATRO MIL PESOS ($4.874.164.000), mientras que el aporte de la corporación ascendería “*a una suma equivalente*” a DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL PESOS ($256.580.000), representados

en el recurso técnico, logístico y humano necesario para la ejecución del convenio.

**(vii)** En la cláusula décima, se estableció que el desembolso de los recursos a cargo del municipio estaba condicionado así: ***(a)*** el 50% inicial, a la entrega del plan

34 Cláusula séptima.

de trabajo para la ejecución del modelo pedagógico y su respectivo cronograma, además del programa de capacitación de docentes y coordinadores, previa verificación del 50% de la inscripción real de las 4.000 personas a beneficiar; y, ***(b)*** tres desembolsos bimensuales, dos del 20% y uno final del 10%, a la verificación de la totalidad de la matrícula de las personas beneficiarias en la respectiva auditoria que hiciere la oficina de Cobertura Educativa de la Secretaría de Educación.

**(viii)** Para el desarrollo del convenio, en la cláusula quinta la corporación demandante se obligó, entre otras cosas, a: ***(a)*** coordinar los espacios físicos y jornadas escolares para la implementación del modelo educativo en las diferentes instituciones educativas oficiales del municipio; ***(b)*** organizar los grupos de estudiantes matriculados en el SIMAT o admitidos como nuevos en las instituciones educativas; ***(c)*** organizar los procesos de evaluación del rendimiento escolar atendiendo los lineamientos del Decreto 1290 de 2009; ***(d)*** evaluar los resultados del proyecto al finalizar cada periodo académico con la participación de la Secretaría de Educación, Directores de las Instituciones Educativas, Coordinador Pedagógico y Director General del Proyecto; ***(e)*** realizar el acompañamiento, la asesoría y el seguimiento necesario para asegurar la calidad del programa; ***(f)*** informar oportunamente el retiro o deserción de estudiantes con el fin de mantener actualizada la información de atención educativa a través del SIMAT; y ***(g)*** establecer mecanismos y estrategias para garantizar la permanencia de los beneficiarios en las actividades objeto del convenio.

**(ix)** La entidad territorial demandada, bajo la cláusula cuarta, se obligó principalmente a: ***(a)*** promover y divulgar en el municipio y su zona de influencia, los programas de formación básica y media vocacional para jóvenes y adultos; ***(b)*** transferir los recursos de acuerdo con lo estipulado; ***(c)*** ejercer la vigilancia, supervisión y control de la ejecución de los recursos transferidos; ***(d)*** solicitar el cumplimiento de los requerimientos y las recomendaciones que sean necesarias para la buena ejecución del convenio; y ***(e)*** vigilar la aplicación de los lineamientos del proyecto.

**28.** En lo que refiere a la implementación de un programa de educación básica y media para jóvenes y adultos para el municipio, objeto del convenio celebrado, se resalta lo siguiente:

**(i)** Ley 115 de 199435 establece en su artículo 50, que la educación de adultos es aquella ofrecida a las personas en edad relativamente mayor a la aceptada regularmente en la educación por niveles y grados del servicio público educativo, para suplir y completar su formación o validar sus estudios, actividad que debe ser promovida y facilitada por el Estado; por tanto, el Ministerio de Educación Nacional fomentará estos programas “*en coordinación con diferentes entidades estatales y privadas*”, y en conjunto con las entidades territoriales, fomentarán la educación para grupos sociales con carencias y necesidades de formación básica, con cargo a los “*recursos de sus respectivos presupuestos y a través de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*”.

**(ii)** El Decreto 3011 de 1997 en su artículo segundo define la educación de adultos como el conjunto de procesos y de acciones formativas organizadas para atender de manera particular las necesidades y potencialidades de las personas

35 Por la cual se expide la ley general de educación.

que por diversas circunstancias no cursaron los niveles y grados de servicio público educativo durante las edades aceptadas regularmente para cursarlos, o de aquellas personas que deseen mejorar sus aptitudes, enriquecer sus conocimientos y mejorar sus competencias técnicas y profesionales.

**(iii)** En su artículo décimo, el Decreto 3011 dispuso que la educación básica y media de adultos podrá ser ofrecida por los establecimientos de educación formal, de carácter oficial, de que trata el artículo 85 de la Ley 115 de 1994, “*mediante programas educativos estructurados en ciclos Lectivos Regulares Especiales Integrados*” dentro del Proyecto Educativo Institucional, así como por las instituciones educativas o centros de educación de adultos que se creen u organicen por virtud de la ley, norma territorial o por iniciativa de los particulares; igualmente, podrán adelantarse programas de educación formal de adultos con la participación de los medios de comunicación e información, en procesos de educación permanente dirigidos a suplir la formación no adquirida durante la edad de escolarización obligatoria, de acuerdo con los lineamientos dispuestos por el Ministerio de Educación Nacional.

**(iv)** El Ministerio de Educación Nacional expidió la Circular 07 del 7 de abril de 2008, donde emitió las orientaciones e indicaciones a seguir para la administración de los programas de alfabetización y educación básica y media de jóvenes y adultos, así como para la respectiva selección y contratación de los modelos educativos a implementar en las respectivas entidades territoriales, indicando que deben contemplar la dotación de materiales educativos, la capacitación, coordinación, asistencia técnica, seguimiento y evaluación de docentes y estudiantes, y que para “*la continuidad de los estudiantes en los Ciclos Lectivos Especiales Integrados (II, III, IV, V y VI definidos en el Artículo 21 del Decreto 3011 de 1997), las entidades territoriales certificadas deberán diseñar y proponer una estrategia de atención”.*

**(v)** El Plan de Desarrollo 2012-2015 del municipio36 previó como objetivo ampliar las oportunidades de acceso, permanencia y sostenibilidad en todos los ciclos de formación dentro del servicio público educativo, entre otros, mediante convenios celebrados por la entidad territorial y direccionados por el Ministerio de Educación Nacional con el fin de “*alfabetizar a los adultos a través de metodologías (Aceleración del aprendizaje, grupos juveniles creativos, círculos del aprendizaje, Decreto 3011, ACR etc.) que permitan a la población adulta o en extra edad el acceso al aprendizaje cognitivo y productivo*”.

**29.** Según se desprende de su contenido y antecedentes, el objeto del convenio 008 tuvo por finalidad la cooperación, coordinación y articulación entre la entidad territorial y la corporación demandante, para la implementación de un programa que hace parte del servicio público educativo a cargo de la primera y que se encontraba enmarcado dentro de las metas aprobadas e insertas en el Plan de Desarrollo del municipio vigente para el momento en que fue celebrado; paralelamente, no existen pruebas en el expediente que indiquen en contra de lo pactado y sus antecedentes, que el convenio se hubiere celebrado con un objetivo distinto a cumplir, con el apoyo de un particular, una función que la ley asignó a la entidad territorial.

36 “*Hacia la transformación de Florencia en una ciudad amable con prosperidad para todos*”. Visible en https://repositoriocdim.esap.edu.co/handle/123456789/20250.

**30.** El *a quo* descartó que el negocio jurídico celebrado correspondiera a un convenio de asociación por cuanto quedó “*desvirtuado que el convenio fuera la forma de encauzar una donación de fomento a uno del particular*”, toda vez que la entidad territorial demandada lo que buscaba era satisfacer sus obligaciones legales en materia de educación de adultos, y no fomentar actividades benéficas propias del objeto de la corporación. Esta apreciación, evidencia una confusión entre el convenio de asociación, cuya finalidad consiste en que las entidades públicas desarrollen actividades junto con personas jurídicas privadas en procura de lograr el cumplimiento de sus cometidos y funciones, con los contratos de fomento, que como se indicó, están dirigidos al impulso o apoyo de programas y actividades de interés público adelantados por entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad37. Como se explicó, uno de los rasgos distintivos del convenio de asociación y que precisamente lo diferencia del contrato de fomento, consiste en la finalidad de cumplir obligaciones que la ley ha puesto a cargo de la entidad pública, por lo que la verificación de tal circunstancia en el caso concreto, esto es, uno de los elementos que define a los convenios de asociación, de manera alguna podría tener la consecuencia invocada por el *a quo* para efectos de fundar la decisión de declarar la nulidad absoluta del acuerdo celebrado por las partes.

**31.** Además, no se observa que se hubiere pactado una relación patrimonial conmutativa entre el municipio y la corporación para calificarlo como un contrato estatal sujeto al régimen de la Ley 80 de 1993, pues lo estipulado no fue la prestación de un servicio y el suministro de unos bienes a cambio de un remuneración, sino la conjunción de esfuerzos y recursos entre una entidad territorial y un particular, a partir de la asignación de recursos técnicos, humanos, económicos, investigativos y materiales, para la implementación de un modelo educativo en clave con lo establecido, permitido y fomentado por la Ley 115 de 1994 y el Decreto 3011 de 1997, bajo el régimen de contratación previsto por el Decreto Constitucional 777 de 1992 y el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

**32.** Según el esquema revelado por el acuerdo de voluntades, la entidad territorial no obtendría una contraprestación directa por su ejecución, pues los beneficiarios de los bienes y servicios a adquirir y prestar con ocasión de lo acordado bajo el convenio serían los destinatarios del programa educativo a ser implementado, estimados en 4000 estudiantes del municipio bajo 18 instituciones educativas; coincidente con lo anterior, las obligaciones de la corporación consistían en coordinar, organizar, evaluar, acompañar y establecer mecanismos y estrategias para la ejecución del convenio, mas no prestar un servicio o suministrar bienes a la demandada.

**33.** Tampoco se observa que la demandante no contara con autonomía para la ejecución del proyecto en los términos afirmados por el Tribunal, pues aunque en efecto fue el municipio quien determinó el modelo educativo y fijó sus condiciones en lo administrativo y en lo misional, era la corporación con plena autonomía y acorde con su experticia, experiencia y reconocida idoneidad acreditada, así como

37 En la sentencia del 3 de abril de 2020 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 46.963) esta Corporación, y recientemente esta Subsección (sentencia del 30 de julio de 2021. C.P. José Roberto Sáchica Méndez Exp. 48957) identificó las diferencias sustanciales entre contratos de fomento y convenios de asociación, en punto a sus objetos, sujetos contratantes, entre otros aspectos. En ese mismo sentido, el tratadista Augusto Ramón Chávez concuerda en que se trata de dos tipos negociales diferentes y los identifica, en lo sustancial, por las mismas características destacadas en la mencionada providencia. (“*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual”*, Cuarta edición, Temis, Bogotá).

con fundamento en la propuesta que ella misma presentó, la encargada de orientar la ejecución del diseño curricular, organizar los grupos de estudiantes, coordinar los espacios físicos y jornadas escolares, garantizar la contratación de los docentes requeridos para la atención de los grupos de estudiantes organizados por ciclos educativos y asegurar la calidad del programa.

**34.** Concluye la Sala que en este caso no estaban dados los elementos de juicio necesarios para declarar de oficio la nulidad absoluta del convenio 008 de 2015, pues no hay elementos que conduzcan a advertir de forma palmaria y ostensible que se hubiere suscrito para encubrir un negocio jurídico distinto del que las partes dijeron celebrar y que, en consecuencia, debiera estar sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conclusión que de todas maneras no supone la definición de la legalidad del convenio en este proceso, aspecto que no fue puesto en consideración del juez por las partes, sino que atendiendo a lo indicado, no se encuentran acreditados los elementos que activan la facultad-deber del juez de declarar oficiosamente su nulidad por lo que se debe privilegiar la estabilidad y prevalencia del negocio jurídico.

**35.** Así las cosas, la Sala revocará de la Resolución 1731 del 27 de noviembre de 2015, mismos que sustentan la declaratoria de incumplimiento del convenio por parte de la entidad demandada. lo decido por el Tribunal *a quo* sobre la legalidad del convenio y estudiará los cargos de nulidad propuestos por la corporación actora en la demanda en contra

## La falta de competencia

**36.** Afirmó el demandante que en tanto el convenio de asociación 008 de 2015 se rige por las normas del derecho privado, resultaba improcedente el ejercicio de facultades exorbitantes pues bajo “*la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa*”, y en esa medida, la entidad no podía terminar y liquidar unilateralmente el contrato con la resolución demandada.

**37.** En consideración a la naturaleza especial de los convenios de asociación, el artículo 1 del Decreto Constitucional 777 de 1992 definió su propio ámbito de regulación especificando que *“se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983*38, de donde se desglosan los siguientes criterios de *aplicación* normativa:

(i) La autonomía de la voluntad define la celebración y ejecución de los convenios de asociación como regla general, dado que han de sujetarse a los requisitos y formalidades legales para la contratación entre particulares que están contenidos en las normas del derecho privado.

(ii) La aplicación del derecho privado se halla limitada por las normas de interés público previstas en el Decreto Constitucional 777 de 1992, y que por ende, no pueden ser definidas libremente por las partes, aspecto derivado de la premisa

38 Antiguo estatuto contentivo de normas sobre contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

según la cual éstos se rigen por las normas de contratación entre particulares “*salvo lo previsto en el presente Decreto”.*

(iii) Al estar reglamentados por un régimen especial, a los convenios de asociación no les es aplicable el régimen de la contratación estatal, salvo en los aspectos que ese mismo ordenamiento especial remita39. Esta integración normativa por vía de remisión está limitada por causales taxativas, pues el Decreto 777 y las normas que lo reglamentan no contemplan una cláusula general de remisión a las normas de contratación pública, sino que solamente hace una referencia al Decreto Ley 222 de 1983, a fin de que puedan incluirse cláusulas exorbitantes, por lo que la aplicabilidad de la Ley 80 de 1993 y demás normas vigentes -en virtud de la derogatoria del Decreto Ley 222 de 1983-, en términos de reglas concernientes a requisitos y formalidades, es excepcional y taxativa.

**38.** Por tanto, en los convenios de asociación suscritos antes del 1 de junio de 2017 (fecha en que entró en vigencia el Decreto 092 del 23 de enero de ese año), como se predica del convenio 008 de 2015, la aplicación de las normas de la contratación estatal está limitada a los principios rectores de la contratación pública, transversales a toda la actividad contractual del estado, y por otra parte, a la integración del régimen especial con las normas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública por expresa remisión normativa, como la prevista en el artículo 1 del Decreto 777 de 1992, de acuerdo con la cual, son aplicables las normas concernientes a las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común cuando así se hubiese pactado.

**39.** En el caso concreto, las partes acordaron en las cláusulas vigésima quinta, vigésima séptima y vigésima octava, la facultad a favor de la entidad para caducar, interpretar, terminar y liquidar unilateralmente el contrato, conforme a las normas de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, mediante acto administrativo susceptible del recurso de reposición; por ende, con fundamento en la voluntad expresada por las partes y la habilitación normativa para el uso de estas potestades definido en el régimen jurídico aplicable al convenio, la entidad territorial estaba facultada para expedir el acto administrativo demandado.

## La falsa motivación

**40.** Revisadas las pruebas allegadas al proceso, la Sala encuentra que los argumentos de la parte actora resultan insuficientes para acreditar la falsa motivación aducida, en tanto no existen elementos que permitan concluir que la entidad demandada hubiese incumplido su obligación de desembolsar los recursos comprometidos, ni que el acto demandado careciera de fundamentos, o que éstos fueren contrarios a la realidad, como tampoco que estuvieren basados en una posición arbitraria o en apreciaciones erradas de la entidad, manifestaciones que salvo transcripciones *in extenso* de la jurisprudencia de esta Corporación, cimentaron este cargo de nulidad.

**41.** La Resolución 1731 del 27 de noviembre de 2015, acto demandado, estuvo sustentada en lo siguiente:

39 CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. *Los convenios de la administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual.* Bogotá: Universidad del Rosario, 2ª ed. 2012, pp. 400-401.

(i) Aunque el programa educativo estaba previsto para 4000 estudiantes en 18 instituciones educativas priorizadas y habilitadas, solamente 3 de esas instituciones

-Bello Horizonte, Los Andes y La Salle- manifestaron su interés en implementarlo, mientras que las demás expresaron que sus Consejos Directivos no lo aprobaron.

(ii) Se elevó consulta al Ministerio de Educación Nacional sobre la posibilidad de centralizar la matrícula de todos los estudiantes en las 3 instituciones educativas interesadas, pero que la atención de los estudiantes se pudiera hacer en 15 instituciones educativas de las 18 inicialmente focalizadas. Esa cartera ministerial informó que ello no era posible, por cuanto no era procedente realizar ajustes al Formato Único de Contratación -FUC-, y además, confirmó que no se girarían recursos al municipio por educación de adultos que cuya atención no se hubiere contratado en 2014.

(iii) Aunque estaba previsto que el programa educativo se prestaría a 4000 estudiantes, la matrícula real reportada por las instituciones educativas debidamente habilitadas para matricular adultos bajo el convenio tan solo registraba 135 matriculados, y ante la improcedencia de centralizar la matricula, únicamente se podían matricular 218 jóvenes y adultos en el convenio, imposibilitando su ejecución, particularmente, el cumplimiento de los hitos previstos para el desembolso de los recursos a cargo del municipio.

(iv) Ante la imposibilidad de ejecutar el convenio, y dado que la Secretaría de Educación Municipal no contaba con los recursos necesarios para el pago de los salarios y primas del personal docente a su cargo, resultaba procedente su terminación anticipada, liquidarlo en ceros dado que no hubo ejecución, y reintegrar los recursos al presupuesto del municipio.

**42.** Las pruebas obrantes en el plenario acreditan que40:

(i) En los estudios previos, la propuesta y el convenio, se tenía prevista la atención de 4000 estudiantes en 18 de las 29 instituciones educativas del municipio. Por su parte, la obligación a cargo del municipio de desembolsar los recursos para la implementación del sistema educativo, estaba condicionada a la verificación de la inscripción y matricula real de personas a beneficiar. El primer desembolso, del 50% de los recursos, estaba supeditado a la verificación del 50% de los beneficiarios, es decir, 2000 estudiantes.

(ii) En acta 001 del 25 de junio de 2015, producto de reunión realizada entre representantes del municipio, la corporación y 13 instituciones educativas, se consignó que la mayoría de éstas expresaron dificultades para adoptar el modelo educativo objeto del convenio, entre otros, por cuanto la modalidad no se encontraba contemplada en su Proyecto Educativo Institucional -PEI-41 y no tenían aprobadas jornadas adicionales a las de mañana y tarde; en consecuencia, se concertaron citas con cada uno de los rectores para la entrega de la propuesta de articulación de los PEI con el modelo educativo *ESCUELA GLOBAL*, objeto del convenio.

40 SAMAI, índice 2, carpeta *09ExpedienteContractualFl377CP2*, archivo 5. *TOMO 5 CORPORACIÓN GAIA AQUA*.

41 Corresponde al documento en donde se especifican entre otros aspectos los principios y fines del establecimiento educativo, los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios, así como la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes y el sistema de gestión.

(iii) El 22 de julio de 2015 se realizó una nueva reunión entre representantes del municipio, la corporación y las instituciones educativas, producto de lo cual se consignó en acta 002 que para iniciar el proceso de matrículas resultaba necesario replantear la distribución de los 4000 cupos, pues varias instituciones educativas definitivamente no implementarían el modelo, y aun a pesar de la dificultad de proceder en tal sentido, puesto que las que estaban interesadas “*no tienen la capacidad logística para atender a toda esa población*”. Se propuso la suscripción de un otrosí al convenio ante tal circunstancia.

(iv) Mediante otrosí 1 del 24 de julio de 2015, se modificó el convenio en el sentido de indicar que el programa educativo sería impartido ya no en 18, sino en 15 de los 29 establecimientos educativos del municipio.

(v) Con oficio del 10 de agosto de 2015, el supervisor del convenio solicitó a la corporación demandante allegar información documental relacionada con su ejecución, particularmente el listado de los grupos de estudiantes matriculados en cada uno de los ciclos, el reporte de ingreso de matrículas al SIMAT, así como certificación de los establecimientos educativos que habían adoptado el modelo.

(vi) Como afirmó el municipio, en comunicación del 18 de agosto de 2015, el Ministerio de Educación Nacional informó al demandante que no se girarían “*recursos por educación de Adultos, cuya atención no haya sido contratada en 2014*” y que “*no es pertinente realizar ajustes al FUC*”.

(vii) El 24 de agosto de 2015, el supervisor del convenio presentó ante el municipio un informe de su ejecución donde informó que solo 3 instituciones educativas, de las 15 previstas, cumplían con los requisitos de habilitación del Directorio Único de Establecimientos Educativos -DUE- y tenían voluntad para la implementación del modelo, mientras que “*la manifestación de los señores Rectores de los demás establecimientos educativos, es que no es posible implementar el modelo ya que sus Consejos Directivos no lo aprobaron*”. Explicó que ante la imposibilidad de que los estudiantes del programa pudieran ser atendidos en establecimientos diferentes a los que legalmente estaban habilitados en el DUE, al

19 de agosto de 2015, la matrícula real reportada tan solo registraba 135 estudiantes, y solo sería posible matricular 218 en el marco del convenio, imposibilitando el cargue de la totalidad de la matricula exigida del 50% para el primer desembolso, y por consiguiente, el cumplimiento del cargue de matrícula para los desembolsos posteriores.

(viii) En reunión sostenida por representantes del municipio y la corporación el mismo 24 de agosto de 2015, como da cuenta el acta 003, se expusieron nuevamente las dificultades planteadas por los rectores de los establecimientos educativos frente a la adopción del modelo, pues con fundamento en la autonomía institucional y al no tenerlo contemplado en el PEI varios consejos académicos dijeron no al proyecto. En esa medida, se advirtió que de las 15 instituciones educativas focalizadas, solo 8 estaban habilitadas y que de éstas “*tan solo 2 quieren trabajar por todas las razones que Ustedes dicen. En ese orden de ideas a la fecha hoy encontramos 135 matriculados en este convenio*”. Se manifestó que en el mejor escenario y ante la imposibilidad de modificar el FUC, “*tan solo se pueden matricular 340 en tres (3) instituciones*”.

**43.** A partir de lo anterior se extrae que tal y como se expuso en el acto administrativo demandado, la condición prevista para la viabilidad del convenio y

pactada para el primer desembolso a cargo del municipio, esto es, la cantidad de beneficiarios del programa educativo, no se cumplió; pero además, no podía cumplirse toda vez que las instituciones educativas focalizadas no tenían aprobadas jornadas adicionales para su ejecución y no cumplían con los requisitos de habilitación del Directorio Único de Establecimientos Educativos. Como consecuencia de lo anterior, finalizando agosto de 2015, esto es, transcurrida una tercera parte del plazo de ejecución, solo se registraban 135 estudiantes matriculados y podían matricularse un total de 218, cuando el total previsto eran 4000, y el mínimo pactado para el primer desembolso y condición inicial de los subsiguientes, eran 2000.

**44.** Aunque la corporación demandante afirma que el desembolso de los recursos no estaba condicionado a la matricula en el Sistema Integrado de Matrículas -SIMAT-, donde se registraban solo 135 estudiantes, sino únicamente a la inscripción de los beneficiarios en el programa, lo cual se hizo con el informe de gestión de avance de ejecución el convenio presentado el 5 de agosto de 2015, lo cierto es que en el expediente tampoco obra prueba de esas personas realmente inscritas en el programa.

**45.** Si bien se allegó un listado de personas con nombre e identificación, titulado “*BASE DE DATOS BENEFICIARIOS MODELO EDUCATIVO ESCUELA GLOBAL*

*CICLOS II, III, IV, V Y VI*”, tal documento fue allegado como parte de los antecedentes administrativos y resulta insuficiente para determinar los estudiantes efectivamente inscritos en el programa educativo objeto del convenio, toda vez que, como su título lo indica, refiere a sus posibles beneficiarios, no a los realmente inscritos, pero, además, no está firmado, ni es posible establecer cuándo se elaboró y quién lo hizo, como tampoco hace referencia a la institución educativa donde se habría efectuado la inscripción y el beneficiario sería atendido.

**46.** De las comunicaciones remitidas por las instituciones educativas aportadas al proceso, tampoco es posible determinar la cantidad de estudiantes inscritos al programa, pues la única que refiere al tema enviada por la Institución Educativa Andes42, explica que se “*atendieron 260 estudiantes (…) de los cuales sólo se matricularon en el SIMAT 132 autorizados por el FUC”*, lo que resulta coherente con las demás pruebas del expediente y las motivaciones del acto administrativo cuestionado. Esta misma conclusión se extrae del registro fotográfico aportado por la demandante, donde si bien algunas capturas se identifican como parte del proceso de inscripción, no es posible determinar a partir de ellas la personas realmente inscritas en el programa educativo.

**47.** En adición a la imposibilidad de establecer los grupos de estudiantes inscritos en cada uno de los ciclos en el marco del convenio, con identificación de las personas, la correspondiente hoja de matrícula suscrita, el horario elegido y su ingreso a un establecimiento educativo que hubiese adoptado el modelo educativo, está probado que esa información fue solicitada por el supervisor del convenio a la corporación demandante con posterioridad al momento en que la última afirma haber certificado la totalidad de estudiantes y solicitado el primer desembolso, sin que tampoco esté acreditada la atención de ese requerimiento.

42 SAMAI, índice 2, documento *Anexos demanda 3.*

**48.** Además, la parte actora no afirmó y no se extrae del material probatorio, que el incumplimiento de las condiciones pactadas para la viabilidad del convenio y los desembolsos a cargo del municipio hubiesen tenido origen en la conducta o en una omisión de éste; por el contrario, está probado que la entidad territorial participó activamente en la promoción del programa y en las reuniones celebradas para asegurar su viabilidad, suscribió un otrosí ante la reducción de las instituciones educativas habilitadas para implementar el modelo educativo y realizó las consultas correspondientes al Ministerio de Educación Nacional con el fin de implementar una solución.

**49.** La Sala encuentra que no se aportó prueba alguna para desvirtuar que - como se indicó en el acto acusado- la imposibilidad de implementar el programa tuviese origen en la negativa de las instituciones educativas focalizadas para ello al no estar contemplado en el PEI, no tener aprobadas jornadas adicionales, no cumplir con los requisitos de habilitación del DUE y no ser aprobados por sus consejos directivos, lo que conllevó a la imposibilidad de cumplir con la condición pactada de los beneficiarios mínimos necesarios para la ejecución del convenio, asunto que las partes previeron al supeditar el desembolso de los recursos del municipio a la verificación de la cantidad de estudiantes efectivamente inscritos y matriculados para ser destinatarios del programa educativo. De manera que se trataba de un riesgo que no era ajeno para la corporación demandante como experta en su implementación.

**50.** La parte actora no discute que en los términos descritos por el acto acusado, de los 4000 beneficiarios previstos solo se registraban 135 estudiantes matriculados en el Sistema Integrado de Matriculas - SIMAT y únicamente podían matricularse un total de 218 para recibir el programa estudiantil, reconociendo la inviabilidad del convenio, pero pretende justificar sus pretensiones en que el desembolso a cargo del municipio solo requería la verificación de la inscripción al programa indistintamente de la posterior matricula en el SIMAT; no obstante, esta afirmación de la parte actora debe ser desestimada, pues como se fijó en el texto del convenio y en cumplimiento de los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional bajo la Circular 07 del 7 de abril de 2008, donde emitió las indicaciones a seguir para los programas de alfabetización y educación de jóvenes y adultos, así como para la respectiva selección y contratación de los modelos educativos, era requisito *sine qua non* para su implementación “*garantizar que los beneficiarios del programa estén matriculados en el aplicativo SIMAT de las Instituciones Educativas oficiales (…) las cuales tendrán la responsabilidad de certificar a cada estudiante en el cumplimiento de las competencias de cada ciclo (…)*”.

**51.** Por tanto, es claro que la parte actora no acreditó la existencia de los primeros 2000 (de 4000) estudiantes inscritos y matriculados que podían ser beneficiarios del programa educativo, condición fijada para el primer desembolso a cargo de la entidad, como tampoco discute que solo fuera posible matricular a solo 218 estudiantes, evidenciando la inviabilidad de ejecutar el convenio.

**52.** Finalmente, se destaca que la pretensión de condena de la parte actora valorada en la totalidad de los aportes a cargo del municipio ($4.874.164.000), por concepto de las “*sumas dejadas de pagar tras la imposibilidad del contratista de ejecutar las obligaciones*”, resulta improcedente no solo porque no se acreditó el cumplimiento de las condiciones acordadas para el desembolso de los recursos a cargo de la municipio -y dado que la inejecución del negocio descartaría el

surgimiento de la “*contraprestación*” acordada por ello-, sino además, por cuanto resulta sustancialmente contradictoria con la naturaleza de la tipología negocial acordada donde se expresó el interés de los cooperantes en sumar esfuerzos para el logro de un objetivo común y el compromiso de efectuar aportes para ello, sin que el municipio se hubiere obligado a pagar por algún bien o servicio a la corporación demandante como si se tratase de una relación conmutativa. En este aspecto, la demanda y sus pretensiones resarcitorias se apartan del objeto y fin de esta tipología convencional, aspecto sobre el cual el *a quo* tuvo razones para considerar que si ese era el entendimiento del convenio debía declararse de oficio su nulidad, asunto sobre el que la Sala ya ha expresado su posición que reafirma, indicando que no por lo que se pretende por el demandante puede definirse el objeto de un negocio jurídico.

**53.** Igual conclusión se impone respecto del material pedagógico que la corporación adquirió directamente y a su nombre para la ejecución del convenio, y que está acreditado continúa en su poder, bienes que no se obligó a suministrar a la entidad territorial ni esta última a pagar como si se tratara de su compradora, y cuya adquisición, sin que se hubiesen cumplido las condiciones previstas para la viabilidad del convenio y el desembolso de los recursos a cargo de la entidad demandada, fue un riesgo que asumió la demandante sin participación de la entidad territorial, sin que exista sustento legal o contractual para trasladarlo a la última, particularmente, cuando está probado que la frustración del convenio tuvo origen en la ausencia de las condiciones acordadas para su ejecución como riesgo previsible.

## La desviación de poder

**54.** La desviación de poder está intrínsecamente relacionada con el elemento teleológico del acto administrativo, pues las atribuciones otorgadas a un funcionario público para gestionar y concretar un acto deben dirigirse principalmente al cumplimiento de los fines del Estado, el interés general, la satisfacción de las necesidades colectivas y la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y las normas jurídicas; en consecuencia, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero con una finalidad extraña al interés general, ese acto sería ilegal por desviación de poder.

**55.** Pero de igual manera, no solo cuando se está frente a una finalidad personal, extraña al interés público, o que se quiera actuar con el fin de beneficiar a un tercero o a un grupo de terceros, se configura un vicio en el acto administrativo por desviación de poder, pues en determinadas hipótesis tal vicio también estará presente bajo situaciones en las que se quiera beneficiar a la misma administración, o cuando el fin perseguido, si bien es coherente con el interés general, se aparta del fin específico contemplado en la ley para el respectivo acto, esto, en tanto es factible que un acto persiga fines de interés público pero distintos a los previstos en la norma que establece la competencia.

**56.** Precisado lo anterior la Sala no encuentra que en el caso concreto, mediara un vicio por desviación de poder; las alegaciones del actor expresan un desacuerdo con las motivaciones del acto demandado calificándolas de arbitrarias, sin que hubiese planteado la existencia de elementos fácticos o jurídicos tendientes a indicar que su expedición tuviere propósitos, fines o intereses diferentes a los

definidos en su contenido, contrarios a los intereses públicos, o distintos a las finalidades concretas previstas en la ley.

**57.** En consecuencia, dado que la parte actora no acreditó que la entidad demandante hubiese incumplido su obligación de desembolsar los recursos comprometidos bajo el convenio, como tampoco desvirtuó la presunción de legalidad que acompaña al acto demandado bajos los cargos de nulidad aducidos, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

## Costas

**58.** Como en este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas a la parte demandante, vencida en el proceso. A diferencia de lo afirmado por la parte actora para oponerse a la condena en costas en el recurso de apelación, bajo las reglas del código en cita no se requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso, frente a la parte que ha resultado vencida, “*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*”.

**59.** La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso. En relación con las agencias en derecho, éstas se rigen por el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, vigente para la fecha en que se presentó la demanda43, el cual dispone que en las sentencias dictadas en procesos declarativos en segunda instancia, como sucede en el caso concreto, se fijarán entre 1 a 5 SMLMV.

**60.** Con fundamento en lo anterior, la corporación demandante será condenada al pago de agencias en derecho en atención conforme a las reglas vigentes en la materia, por lo que en los términos del artículo 2 del Acuerdo PSAA16-10554 de 201644, se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte recurrente, la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor de entidad territorial demandada, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de su gestión en segunda instancia.

# PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

43 Aplicable para el 17 de abril de 2017, por cuanto entró en vigor el 5 de agosto de 2016*.*

44 *“Artículo 2. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites. “Artículo 5. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. Procesos declarativos en general. (…) En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”*

# FALLA:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 1 de diciembre de 2020 proferida por Tribunal Administrativo del Caquetá, y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de la segunda instancia a la Corporación Gaia Aqua, parte demandante; fijar como agencias en derecho a su cargo por la segunda instancia, la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, y a favor del municipio de Florencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

# MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

# FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Aclaración de voto

VF

|  |  |
| --- | --- |
| ***Nota:*** *se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.* ***Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI****.* | https://lh4.googleusercontent.com/BMEnyh3Y3GocNjZ_Ozcp-v6HVj-YiF1QHnlWRHxwcNa77AiOTHJ9Ivg6FCl8HGrnP7LvCO9HO5tTDdljlvKtU7lqnBn4Fo8FVOOi83ltH7ZtY9vjqkOyKOaKQbBbbGm6t5ksdHI |