

ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL- Existencia del Contrato-Procedencia del medio de control de controversias contractuales

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado que, en materia de lo contencioso administrativo, la fuente del daño determina el medio de control procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional; de allí que, si el debate fáctico y jurídico tiene origen en un contrato, el medio de control procedente será el de controversias contractuales, pues dicho cauce procesal se encuentra instituido para declarar su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, que se hagan otras declaraciones y condenas en relación con el contrato, y solicitar su liquidación judicial, en los términos del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.

ACTIO IN REM VERSO-Procedencia

La actio in rem verso es una acción independiente y autónoma, siendo procedente siempre que no exista un contrato, porque cuando éste constituye, como en este caso, la fuente de una controversia, la ley prevé como medio de control pertinente el de controversias contractuales.

Igualmente, esta Corporación ha señalado que esta es la vía para perseguir la declaratoria de la responsabilidad del Estado, en los siguientes eventos: (i) cuando el afectado, a solicitud de la Administración, ejecutó prestaciones a su favor luego de que ésta le adjudicara un contrato, pero antes de su celebración (ii) cuando un contratista de la Administración, luego de terminado un contrato, sigue ejecutando prestaciones a su favor ante la perspectiva de la futura celebración de otro contrato con el mismo objeto; (iii) cuando un contratista ha ejecutado obras por fuera o más allá del objeto contractual con el visto bueno de la entidad contratante; (iv) por la prestación de un servicio ordenado por la entidad estatal sin haberse celebrado el contrato respectivo y que no es cancelado²⁹; (v) por la ejecución de obras que han debido contar con un contrato adicional y éste no se perfeccionó; y (vi) por el suministro de bienes y servicios sin mediar contrato.

CONTRATO ESTATAL ADICIONAL-Configuración

En este punto, cabe resaltar que el contrato adicional se configura cuando hay una variación sustancial en las prestaciones del contrato, mientras que la adición contractual se presenta cuando se ejecutan mayores cantidades de las inicialmente previstas, sin modificarse el objeto del contrato; en otras palabras, la caracterización cualitativa comportó que los contratos adicionales debían, necesariamente, modificar el objeto contractual, ya que los cambios menores se consideran simples adiciones.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: Fernando Alexei Pardo Flórez

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu y otros
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

TEMAS: ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL / FUENTE DEL DAÑO / EXISTENCIA DEL CONTRATO ESTATAL / MAYORES CANTIDADES / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. [L]a jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que, en materia de lo contencioso administrativo, la fuente del daño determina el medio de control precedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional. / **CONVENIOS DE ASOCIACIÓN** –a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no se rigen por el Estatuto General de Contratación de Administración Pública, pues su celebración está sometida a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. / **CADUCIDAD** – como en el convenio asociación no se pactó de forma expresa, clara e inequívoca la facultad para liquidarlo unilateralmente y teniendo en cuenta que no basta con la remisión in genere a cuerpos normativos, no es posible para el cómputo de la caducidad tener en cuenta el plazo de 2 meses previsto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

1. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2022 por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

2. La controversia, planteada desde la demanda y delimitada según lo manifestado en el recurso de apelación, gira en torno a si la Unión Temporal tiene derecho a que dentro de la liquidación judicial del **Contrato de Asociación y Apoyo No. 002 de 2011**, se le reconozca y pague las sumas solicitadas por concepto de la mayor cantidad de servicios prestados, los cuales corresponden a la atención de dos mil ciento ochenta y nueve (2.189) estudiantes en exceso a lo pactado, y a cuál sería el medio de control adecuado para elevar dichas reclamaciones ante la jurisdicción y se presentó oportunamente.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

II. ANTECEDENTES

La demanda y las razones en las que se fundamenta

3. El 08 de julio de 2014¹, mediante apoderado judicial, la FUNDACIÓN AVANCES, la FUNDACIÓN PARA LA GESTIÓN EDUCATIVA Y SOCIAL – “FUNDAGES”, la FUNDACIÓN EKIRAJAA y la FUNDACIÓN SEMILLAS COLOMBIA, integrantes de la UNIÓN TEMPORAL AYATAL II WAYUU², presentaron demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales contra el MUNICIPIO DE MAICAO³, elevando las siguientes pretensiones (transcritas en su tenor literal, con sus propios énfasis, errores ortográficos y de digitación):

“PRIMERA. - Que se declare y/o efectúe la liquidación judicial del CONTRATO DE ASOCIACIÓN Y APOYO A UN PROGRAMA DE INTERÉS PÚBLICO NO. 002 DE 2011, cuyo objeto es la ASOCIACIÓN Y APOYO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO EN LA ZONA RURAL DEL MUNICIPIO DE MAICAO.

SEGUNDA. - Que dentro de la liquidación del CONTRATO DE ASOCIACIÓN Y APOYO A UN PROGRAMA DE INTERÉS PÚBLICO NO. 002 DE 2011, quede comprendida la liquidación, reconocimiento y pago a favor de los accionantes del mayor valor resultante de la ejecución final de contrato por concepto de los 3.546 o, en subsidio, 2.189 niños y jóvenes indígenas atendidos por encima de lo pactado, y que en razón al incremento en la matrícula no estaban contempladas inicialmente en el mismo, respetándose la tipología aceptada en el CONTRATO, la cual equivale a la suma de un millón cincuenta mil pesos (\$1.050.000) por estudiante.

TERCERA. - Que de igual manera, dentro de la liquidación del CONTRATO DE ASOCIACIÓN Y APOYO A UN PROGRAMA DE INTERÉS PÚBLICO NO. 002 DE 2011, quede comprendida la liquidación, reconocimiento y pago a favor de los actores de la indexación o corrección monetaria e intereses correspondientes sobre la expresada cantidad, computados a partir de la fecha en que debió liquidarse bilateralmente el Contrato entre el **MUNICIPIO DE MAICAO- LA GUAJIRA** y la **UNIÓN TEMPORAL AYATALII WAYUU**.

CUARTA: Que se condene al **MUNICIPIO DE MAICAO – LA GUAJIRA** en las costas, agencias en derecho y demás gastos que implique el presente proceso.

QUINTA: Que se ordene al representante legal del **MUNICIPIO DE MAICAO- LA GUAJIRA** a tramitar el pago de las condenas que se impongan en la sentencia con sujeción a las reglas de que trata el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: y según sea el caso, se ordene a la entidad territorial demandada a pagar las condenas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga.”

4. Como **fundamentos fácticos y jurídicos**, en síntesis, se mencionaron los siguientes:

5. Entre el Municipio de Maicao y la Unión Temporal Ayatal II Wayuu, se suscribió contrato de asociación y apoyo a un programa de interés público No. 002 de 2011, cuyo objeto fue la “Asociación y apoyo para la prestación del servicio

¹ Folio 168 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

² En adelante, también la Unión Temporal, la actora, la accionante, la demandante, la apelante o la recurrente.

³ En lo sucesivo, igualmente la demandada o la entidad territorial.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

público educativo en la zona rural del Municipio de Maicao”; por valor de ocho mil trescientos noventa y nueve millones doscientos mil pesos (\$8.399'200.000), de los cuales cien millones de pesos (\$100'000.000) serían aportados por la Unión Temporal y el restante por la entidad territorial.

6. El 28 de enero de 2011 inició el contrato, y la interventoría estuvo a cargo de la Asociación de Municipios del Sur de La Guajira -ASOAGUA-.

7. En el primer informe de interventoría, de fecha 06 de julio de 2011, se plasmó lo siguiente: *“(…) la existencia de un número de estudiantes que son atendidos por la U.T Ayatalii que supera en dos mil ciento ochenta y nueve (2.189) el número de estudiantes contratados, justifica la ampliación o adición del contrato que se firmó con esta entidad”*.

8. En reunión del 10 de junio de 2011, celebrada entre funcionarios de la Subdirección de Seguimiento de los Recursos del Ministerio de Educación y el Secretario de Educación del Municipio de Maicao (La Guajira), se trató el tema de los estudiantes atendidos en exceso de la cantidad inicialmente prevista, indicándose que se requería de \$14.593'000.000 para su cobertura, y que la aprobación de los recursos estaba sujeta al informe de interventoría.

9. El 28 de noviembre de 2011, finalizó el contrato de asociación No. 002 de 2011, y en el informe de interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato en cuestión, de fecha 21 de diciembre de 2011, se indicó que se atendieron 2.189 estudiantes por encima de lo contratado.

10. El 13 de septiembre de 2012, la Unión Temporal, a través de su representante legal, presentó petición ante el Municipio de Maicao, solicitando que se efectuara la liquidación bilateral del contrato o que, en su defecto, este fuera liquidado unilateralmente por la administración.

11. En el libelo introductorio, se señaló que la Unión Temporal y la Administración Municipal de Maicao, no podían desatender la prestación del servicio educativo a niños y jóvenes Wayuu que lo requirieran, so pena de incurrir en violación de normas (art. 365 de la Constitución Política y art. 96 de la Ley 489 de 1998) y transgredir los derechos fundamentales a la educación, a una vida digna y a la igualdad de los niños que se dejaran por fuera del sistema educativo.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

12. De otro lado, indicó que los integrantes de la Unión Temporal creyeron en la buena fe de la Administración Municipal y que ésta adelantaría oportunamente las acciones y trámites necesarios para la ampliación o adición del contrato No. 002 de 2011, en virtud del mayor número de estudiantes atendidos y que fueron validados por la Interventoría.

La contestación de la demanda⁴

13. La entidad demandada contestó dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones. Como excepción previa⁵, propuso la de compromiso o cláusula compromisoria⁶, y, como excepciones de fondo, las denominadas “*perentoria de cumplimiento total de las obligaciones del contrato por parte del demandado*” y la “*innominada*”.

14. Sostuvo que en el contrato se estipuló que el valor oficial correspondía a la suma de \$8.299'200.000, los cuales serían utilizados para la atención de 7.904 estudiantes; luego, si el contratista atendió más estudiantes de lo pactado, lo hizo sin autorización de la entidad, y, por tanto, no tenía derecho a su reconocimiento.

15. Aseguró que no resulta posible reconocer el pago de servicios adicionales, cuando estas no se hubieren pactado en un contrato; por cuanto para que exista un contrato estatal se debe dar estricto cumplimiento a las normas establecidas en la Ley 80 de 1993, que son normas de orden público; y en el presente caso, el demandante obró por fuera de lo acordado en el Contrato de Asociación y Apoyo, pues no estaba obligado a atender una cifra superior a los 7.904 estudiantes, y para los estudiantes que dice que atendió, debía firmarse contrato adicional.

16. Además, señaló que no es aplicable la figura del “*enriquecimiento sin justa causa*”, dado que no se demostró que la Administración constriñó o impuso al contratista la ejecución de las obras adicionales, y tampoco se trata de aquellos otros dos casos de excepción, en los que está envuelta la protección al derecho a la salud o la urgencia manifiesta, como lo establece la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁴ Folios 190- 200 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

⁵ Folios 205 a 210 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

⁶ El 03 de febrero de 2016 se llevó a cabo audiencia inicial en la cual el Tribunal *A quo* despachó desfavorablemente la excepción de “*compromiso o cláusula compromisoria*”, al determinar que se trata de una cláusula facultativa que, en todo caso, no impedía que esta Jurisdicción tenga competencia sobre el asunto (Folios 244 – 250 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI).



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

La sentencia de primera instancia

17. El Tribunal Administrativo de La Guajira, profirió sentencia de primera instancia el 06 de diciembre de 2022⁷, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

18. En primer lugar, señaló que la litis se centraba en determinar si había lugar, o no, a liquidar el contrato de asociación No. 002 de 2011, suscrito entre el Municipio de Maicao y la Unión Temporal Ayatal II Wayuu, y, en caso afirmativo, si se debía reconocer y condenar al pago de las sumas solicitadas por los accionantes, por concepto de la mayor cantidad de estudiantes que fueron atendidos, los cuales estiman en 2.189.

19. En ese sentido, indicó que, en el contrato no se estableció el número de estudiantes que serían atendidos por la Unión Temporal; sin embargo, sí fue pactado que la oferta presentada sería parte integral de aquel, y en tal documento la accionante se comprometió a atender a 8.335 estudiantes, es decir, 431 estudiantes por encima de lo consignado en el estudio de conveniencia realizado por el municipio.

20. En relación con la atención de más estudiantes, señaló que en los informes de interventoría se plasmó que la Unión Temporal atendió 2.189 estudiantes por encima de lo pactado, y en la reunión de junio de 2011, se indicó que fueron 1.989 estudiantes.

21. Ahora bien, explicó que cuando se discute la existencia de “*hechos cumplidos*”, el medio de control aplicable es el de reparación directa, por cuanto lo que se persigue es la “*actio in rem verso*”; por lo que avizó que en el *sub judice*, se está ante una acumulación de pretensiones, pues, por un lado, la actora solicita el reconocimiento y pago de actividades que no gozan de soporte contractual, y por el otro, solicita la liquidación judicial del contrato. Sin embargo, aclaró que se deben atender las reglas de caducidad para cada medio de control en concreto.

22. El *A quo* sostuvo que, el término de caducidad del medio de control de reparación directa inició el 29 de noviembre de 2011 (fecha en que terminó el contrato sin que se realizara la adición del mismo), y feneció el 30 de noviembre de 2013. De manera que, para el momento en que se radicó la solicitud de

⁷ Folios 335-358 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

conciliación el día 20 de mayo de 2014, ya el medio de control había caducado; en consecuencia, procedió el Tribunal a declarar la caducidad del medio de control de manera oficiosa.

23. En gracia de discusión, refirió que si se discute que se atendieron más estudiantes de lo previsto, es un evento de “*adición contractual*”, pues, la mayor atención de estudiantes no implica la modificación del objeto contractual, sino la ejecución de mayores actividades de las previstas inicialmente en el contrato, por lo que debió suscribirse una adición al contrato y haberse actualizado las garantías, lo cual no sucedió, por lo que concluyó que no es posible el pago de actividades que no tienen justificación desde el punto de vista jurídico- contractual, conforme a la ley que rige la solemnidad del escrito.

24. En adición, concluyó el Tribunal que, no era procedente condenar al pago por la mayor cantidad de actividades ejecutadas, teniendo en cuenta (i) que la mayor atención de estudiantes no se encontraba justificada en una adición contractual, contrato adicional o documento contractual alguno, y (ii) la contratación no encuadra dentro de los eventos reseñados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación dictada sobre el enriquecimiento sin justa causa.

25. De otro lado, sobre la liquidación judicial del contrato expresó que el valor del contrato acordado por las partes fue cancelado en su totalidad, esto es, que el Municipio de Maicao pagó la suma de \$8.299'200.000; y la interventoría certificó en varias oportunidades que el contratista cumplió a entera satisfacción el contrato, por lo que las partes se encontraban a paz y salvo respecto de las prestaciones económicas del contrato.

26. Finalmente, el *A quo* no condenó en costas en primera instancia, teniendo en cuenta que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dando aplicación lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

El recurso de apelación⁸

27. La demandante solicitó que se revoque totalmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declare la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones y condenas del libelo introductorio, para lo cual realizó un recuento

⁸ Folios 367-387 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se celebró y ejecutó el contrato de asociación y apoyo a un programa de interés público No. 002 de 2011.

28. Refirió que la Unión Temporal desarrolló las labores propias contratadas bajo los parámetros establecidos, y en tal cometido, la canasta educativa comprendió la contratación del personal docente y administrativo suficiente para atender sin excepción alguna a los 10.093 estudiantes matriculados en las distintas instituciones educativas, el suministro del material educativo a los docentes y a los estudiantes para el desarrollo de las actividades académicas, las capacitaciones, seminarios y talleres al personal docente, el otorgamiento de seguros estudiantiles, y el suministro de agua y elementos de aseo para los centros e instituciones educativas indígenas, etc.

29. Centró su inconformidad con la providencia impugnada, en los siguientes aspectos esenciales: (i) que por causas imputables al Municipio de Maicao no se suscribió la adición al contrato; (ii) el derecho a la educación es un derecho clasificado en la misma generación que el derecho a la salud; (iii) el término de caducidad del medio de control de reparación directa debió contabilizarse a partir del 27 de diciembre de 2012; y (iv) el precedente judicial del Consejo de Estado en la acción reparación directa por enriquecimiento sin justa causa por la ejecución de prestación del servicio de educación sin contrato.

30. Señaló que, de acuerdo a los documentos precontractuales (específicamente el estudio de conveniencia y oportunidad, y su propuesta, así como las estipulaciones del contrato), la Unión Temporal se vio compelida a respetar el derecho fundamental a la educación a 2.189 niños de la población Wayuu, pues en su entender el contratista no podía abstenerse de matricular y permitir el ingreso y permanencia de los estudiantes por encima de lo contratado; y el correlativo deber del Municipio de Maicao de mantener la cobertura actual del servicio educativo y propender por su ampliación.

31. El Municipio de Maicao omitió atender las observaciones, recomendaciones y conclusiones del Ministerio de Educación Nacional y de la Interventoría concernientes a la ampliación o adición del contrato, por lo que debe prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades.

32. Sostuvo que el derecho a la educación es un derecho humano de la misma generación e importancia que el derecho a la salud, *máxime* si en este caso concreto está de por medio la garantía al derecho fundamental de los niños de la



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

población Wayuu, etnia indígena especialmente protegida contra todas las formas de discriminación y frente a las amenazas contra su supervivencia colectiva.

33. Subsidiariamente solicitó que se dé por probado el enriquecimiento sin causa por parte del Municipio de Maicao por los perjuicios materiales causados a la Unión Temporal, con ocasión de los estudiantes indígenas atendidos en demasía de lo pactado en el Contrato de Asociación y Apoyo a un Programa de Interés Público No. 002 de 2011.

34. En lo que atañe al término de caducidad, señaló que debe contabilizarse a partir del día en que la Unión Temporal tuvo conocimiento de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, esto es, el 27 de diciembre de 2012, fecha en la que el Municipio de Maicao remitió respuesta negativa a la solicitud de liquidación del contrato, radicada el 12 de septiembre de 2012; en otras palabras, solo fue hasta esa fecha que la entidad contratante tuvo conocimiento de que no se liquidaría, reconocería y pagaría la suma resultante por concepto de la atención de 2.189 estudiantes por encima de lo pactado.

35. Finalmente, frente al precedente judicial del Consejo de Estado aplicable al caso concreto, citó la sentencia de fecha 06 de febrero de 2020 dentro del radicado interno 46361, para señalar que es procedente la acción de reparación directa por enriquecimiento sin justa causa por la ejecución de prestación del servicio de educación sin contrato.

Trámite en segunda instancia

36. Mediante auto del 06 de marzo de 2024⁹, el Despacho sustanciador admitió el recurso de apelación.

37. El Ministerio Público guardó silencio en el trámite de la segunda instancia.

III. CONSIDERACIONES

38. Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, y evidenciado el cumplimiento de los presupuestos procesales: jurisdicción, competencia, oportunidad de la demanda, legitimación en la causa por activa y por pasiva, el agotamiento del requisito de conciliación extrajudicial y

⁹ Índice 5 SAMAI



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

verificados los requisitos de la demanda en forma, procede la Sala a decidir la segunda instancia de la presente litis.

39. Con ese propósito, se abordarán los siguientes asuntos: (i) el objeto del recurso de apelación y los hechos relevantes probados; (ii) el medio de control procedente; (iii) la naturaleza del contrato de asociación y apoyo a un programa de interés No. 002 de 2011; (iv) la oportunidad del medio de control; y (v) la condena en costas.

El objeto del recurso de apelación interpuesto y los hechos relevantes probados.

40. Esta Corporación ha establecido¹⁰, que el marco fundamental de competencia del juez de la alzada lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior. Conviene precisar, en todo caso, que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse junto con las excepciones que se derivan: (i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; (ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario; y (iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.

41. Con el fin de resolver los cargos de la apelación, la Sala considera pertinente señalar los hechos relevantes que se encuentran acreditados en el plenario.

42. El 18 de febrero de 2011, entre el Municipio de Maicao y la Unión Temporal Ayatal II, se suscribió el Contrato de Asociación y Apoyo a un Programa de Interés

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

Público No. 002 de 2011 cuyo objeto¹¹ fue “*la asociación y apoyo para la prestación del servicio público educativo en la zona rural del municipio de Maicao*”; correspondiéndole a la Unión Temporal, el desarrollo de labores propias de la prestación del servicio educativo, teniendo como base la infraestructura oficial de los centros indígenas educativos rurales y las instituciones educativas indígenas, y estipulando que, de manera concertada, las partes en coordinación con el Comité Municipal de Apoyo a la Educación Indígena, seleccionarían el personal docente y administrativo que laboraría en el monto que guarde estricta concordancia con el valor total del contrato¹².

43. El valor fiscal¹³ del contrato, fue la suma de ocho mil trescientos noventa y nueve millones doscientos mil pesos (\$8.399'200.000), los cuales serían aportados así: “*(...) el municipio aportará la suma de ocho mil doscientos noventa y nueve millones doscientos (\$8.299.200.000) m/l; b) la unión temporal aportará para la ejecución del contrato, la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) m/l; representados en servicios del proyecto, el aporte de la Unión Temporal no superará este valor*”¹⁴.

44. La duración del contrato se estipuló en nueve (09) meses calendario (cláusula quinta); la interventoría y supervisión del contrato sería desarrollada por el Secretario de Educación de la entidad territorial contratante y/o sería contratada, en caso de lo último, se debía surtir dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato, de común acuerdo con la Unión Temporal (cláusula décima novena)¹⁵; se estableció que la liquidación se efectuaría de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 (cláusula vigésima primera); y finalmente, en la cláusula vigésima segunda (22º) las partes dispusieron que “*hacen parte integral del presente contrato los anexos anunciados en su texto como tales, así como el certificado de disponibilidad presupuestal, los documentos que acreditan las calidades y condiciones de quienes suscriben el contrato, la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL y todos aquellos que*

¹¹ Según el Estudio de Conveniencia y Oportunidad el alcance del objeto era “*la contratación del personal docente necesario para el sostenimiento de los establecimientos educativos del Municipio de Maicao*” (Folio 17 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI).

¹² Folios 40 a 47 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

¹³ Según el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, el Presupuesto Oficial era: “*Para todos los efectos fiscales y legales, el valor del presente contrato se fija en la suma de OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$8.299.200.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, la cual es resultado de la atención de 7.904 estudiantes multiplicado la tipología de estudiantes la cual es de 1'050.000 pesos*” (Folio 18 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI).

¹⁴ Folios 40 a 47 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

¹⁵ “*DÉCIMA NOVENA. - INTERVENTORÍA Y SUPERVISIÓN: La Interventoría y supervisión del presente contrato será desarrollada por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada CONTRATANTE y/o será contratada; en caso de ser designada, su designación deberá surtirse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del presente contrato, de común acuerdo con LA UNIÓN TEMPORAL*”.



las partes definan de común acuerdo como anexos por resultar convenientes para el mejor entendimiento del contrato”.

45. Finalmente, en las cláusulas décima tercera y décima cuarta se consagraron las facultades exorbitantes de caducidad y terminación, modificación e interpretación unilateral. En la décima segunda se previó la posibilidad de que el Municipio hiciera efectiva la cláusula penal.

46. De otra parte, en la minuta del contrato no se determinó expresamente el número de estudiantes que serían cubiertos, sin embargo, conforme a la cláusula vigésima segunda (y tal como lo afirmó el Tribunal *A quo*), corresponde al número establecido en la propuesta¹⁶ presentada por la Unión Temporal Ayatal II Wayuu, esto es, 8.335, al referir la oferta que el alcance del objeto era la atención a más de 8.335 estudiantes de los distintos Centros Educativos Indígenas Rurales y dos Instituciones Educativas ubicadas en la zona rural del Municipio de Maicao. En concreto, señaló: “(...) *La Unión Temporal AYATALII WAYUU, suministrará los docentes en la cantidad que fuese necesaria para la atención del servicio educativo a la población indígena, que llega a más de ocho mil trescientos treinta y cinco (8335) estudiantes entre niños y niñas*”¹⁷.

47. El contrato de Asociación y Apoyo No. 002 de 2011 inició su ejecución el 28 de febrero de 2011, según acta de inicio suscrita por el Supervisor y el Representante Legal de la Unión Temporal; y terminó el 28 de noviembre de 2011¹⁸.

48. De otra parte, se acreditó que entre el Municipio de Maicao y la Asociación de Municipios del Sur de la Guajira “ASOAGUA”, se celebró el Contrato Interadministrativo de Consultoría No. 008 del **03 de mayo de 2011**, cuyo objeto fue “*La realización de la interventoría técnica y financiera a los contratos financiados con recursos de regalías, SGP prestación de servicios y SGP calidad educación en el Municipio de Maicao, vigencia 2011*”¹⁹.

49. Finalmente, se acreditó que el representante legal de la Unión Temporal presentó petición al municipio de Maicao el 12 de septiembre de 2012, en la cual solicitó se liquide el contrato de apoyo y, al hacerlo, se tuviera en cuenta que la Unión Temporal atendió a tres mil quinientos cuarenta y seis (3.546) estudiantes

¹⁶ La cual, se reitera, hace parte integral del contrato.

¹⁷ Folios 21-36 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

¹⁸ Folio 48 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI

¹⁹ Folios 261- 269 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

por encima de lo pactado²⁰; y la entidad demandada mediante Oficio del 27 de diciembre de 2012²¹, negó la solicitud alegando *grosso modo* que no existía evidencia de aceptación de parte de la administración municipal para la atención de los estudiantes adicionales y tampoco identificación previa que el pago efectuado sería por estudiante per cápita.

Medio de control procedente.

50. En primer lugar, se debe señalar que la parte demandante presentó la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales dispuesto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011²², solicitando la liquidación judicial del Contrato de Asociación y Apoyo No. 002 de 2011; y el reconocimiento y pago del mayor valor resultante de la ejecución final del contrato en 3.546 o, en subsidio, 2.189 estudiantes atendidos por encima de lo pactado.

51. Por su parte, el Municipio de Maicao sostuvo que el demandante obró por fuera de lo pactado en el Contrato de Asociación y Apoyo a un Programa de Interés Público No. 002 de 2011; que la entidad en ningún momento lo autorizó a prestar ese servicio, y mucho menos lo obligó o constrictó para que lo hiciera y que para atender los alumnos adicionales debía tener un contrato escrito con todos los requisitos de ley.

52. El Tribunal *A quo*, consideró que se encontraba ante una acumulación de pretensiones, por una parte, el medio de control de reparación directa para perseguir la declaratoria de la responsabilidad del Estado a través de la *actio in rem verso* (o acción de enriquecimiento sin causa) para el reconocimiento y pago de actividades que no gozan de soporte contractual, y por otra parte, el medio de control de controversias contractuales para la liquidación judicial del contrato; y, concluyó que el medio de control de reparación directa había caducado y frente a la liquidación que las partes se encontraban a paz y salvo respecto de las prestaciones económicas del contrato.

53. Ahora bien, corresponde a la Sala definir cuál es el medio de control procedente en el *sub examine*, si el que se asocia en forma directa con el principio

²⁰ Folios 125-129 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI y Folios 5-9 tomo 5.

²¹ Folios 50-52 tomo 5 archivo 1_440012340000201400126011EXPEDIENTEDIGI20231004164716 índice 2 SAMAI.

²² **ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA.** *El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

del derecho que enseña que nadie pueda enriquecerse a costa de otro sin causa justa o, si la Unión Temporal lo que pretende es el pago de unas mayores cantidades de servicios prestados o mayores costos en el marco del contrato de asociación en cita, pues al final de cuentas, el medio lo define la causa del reclamo y el perjuicio alegado.

54. Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado²³ ha indicado que, en materia de lo contencioso administrativo, la fuente del daño determina el medio de control procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional; de allí que, si el debate fáctico y jurídico tiene origen en un contrato, el medio de control procedente será el de controversias contractuales, pues dicho cauce procesal se encuentra instituido para declarar su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, que se hagan otras declaraciones y condenas en relación con el contrato, y solicitar su liquidación judicial, en los términos del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011²⁴.

55. De otra parte, la Sala reitera, que la jurisprudencia vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la figura de la *actio in rem verso*, derivada del enriquecimiento sin causa, en los eventos de ejecución material de un trabajo o servicio sin contrato escrito, fue unificada a través de sentencia del 19 de noviembre de 2012²⁵, y en la cual se sostuvo lo siguiente:

“[...] la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno, pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos [...].”

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

a) “Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constricto o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un

²³ Ver entre otras, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A- C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 09 de abril de 2021, Radicación número: 41001-23-31-000-1999-01493-01(50371).

²⁴ En similar sentido consultar, Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2009, exp. 15.652. C.P. Myriam Guerrero de Escobar y la sentencia proferida por esta Subsección el 12 de mayo de 2011, exp. 26.758, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 19 de noviembre de 2012. Rad.: 24.897.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

contrato estatal o con prescindencia del mismo.

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

c) *“En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993 [...]”.*

56. Igualmente, esta Corporación ha señalado que esta es la vía para perseguir la declaratoria de la responsabilidad del Estado, en los siguientes eventos: (i) cuando el afectado, a solicitud de la Administración, ejecutó prestaciones a su favor luego de que ésta le adjudicara un contrato, pero antes de su celebración²⁶; (ii) cuando un contratista de la Administración, luego de terminado un contrato, sigue ejecutando prestaciones a su favor ante la perspectiva de la futura celebración de otro contrato con el mismo objeto²⁷; (iii) cuando un contratista ha ejecutado obras por fuera o más allá del objeto contractual con el visto bueno de la entidad contratante²⁸; (iv) por la prestación de un servicio ordenado por la entidad estatal sin haberse celebrado el contrato respectivo y que no es cancelado²⁹; (v) por la ejecución de obras que han debido contar con un contrato adicional y éste no se perfeccionó³⁰; y (vi) por el suministro de bienes y servicios sin mediar contrato³¹.

57. Además, en algunas oportunidades se ha estudiado el enriquecimiento sin causa en los eventos en los que se ha prestado el servicio educativo por periodos en los que no se suscribió contrato estatal³².

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 1984, exp. 4070, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 1991, exp. 6306, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de octubre de 1991, exp. 6103, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 1991, exp. 5686, C.P. Julio César Uribe Acosta.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 1991, exp. 5618, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 15662, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

³² Ver Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 06 de febrero de 2020, exp. 46361, C.P.: María Adriana Marín.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

58. De lo anterior se colige que, la *actio in rem verso* es una acción independiente y autónoma, siendo procedente siempre que no exista un contrato, porque cuando éste constituye, como en este caso, la fuente de una controversia, la ley prevé como medio de control pertinente el de controversias contractuales.

59. El presente caso, resulta claro que la reclamación tiene una causa cierta que no es otra que el “Contrato de Asociación y Apoyo No. 002 de 2011” celebrado entre las partes, por lo que válidamente puede afirmarse que la inconformidad se relaciona con el alcance y ejecución del objeto mismo del negocio jurídico, circunstancia que es confirmada de la lectura de la *causa petendi* de la demanda, la cual se circunscribe a solicitar el reconocimiento y pago del mayor valor por concepto de los 3.546 o, en subsidio, 2.189 niños y jóvenes indígenas atendidos por encima de lo pactado; atendiendo además, que el contrato no fue liquidado de común acuerdo.

60. En este punto, cabe resaltar que el contrato adicional se configura cuando hay una variación sustancial en las prestaciones del contrato, mientras que la adición contractual se presenta cuando se ejecutan mayores cantidades de las inicialmente previstas, sin modificarse el objeto del contrato; en otras palabras, la caracterización cualitativa comportó que los contratos adicionales debían, necesariamente, modificar el objeto contractual, ya que los cambios menores se consideran simples adiciones³³.

61. Al respecto, esta Corporación ha explicado que no toda ejecución de mayores cantidades de trabajo, de obra o de servicios corresponde a situaciones extracontractuales, por el contrario, para reclamar las mayores cantidades el medio adecuado es el de controversias contractuales:

“(...) -b) En cambio, en el primer supuesto las hipótesis se hacen más complejas, pero conviene aclararlas. Para empezar, la idea general es que cuando existe un contrato -con objeto y alcance bien determinados- que se ejecuta en mayor cantidad de la acordada, la acción adecuada para reclamar el posible perjuicio es la de controversias contractuales, porque entre demandante y demandado preexiste una relación de negocios que conduce a la reclamación judicial por el costo del mayor trabajo. Que la actividad haga o no parte de lo inicialmente contratado pertenece al debate, pero como entre el demandante y el demandado existe un negocio sus conflictos se gobiernan por esa acción, incluso para reclamar mayores cantidades de trabajo, porque al fin y al cabo proceden de esa relación jurídica.

Sin embargo, al interior de esta idea hay que incorporar una clasificación ilustradora de su alcance: El enriquecimiento sin causa que analizó la sentencia del 19 de noviembre de 2012 no impide que las cantidades ejecutadas en exceso de lo inicialmente pactado se reconozcan a quien las ejecutó, pero con la condición de que guarden relación de necesidad con el objeto principal y su alcance; de manera que eventos como la compensación entre ítems por cantidades sobre-ejecutadas versus inejecución de otros ítems -deficitarios en su ejecución- son alternativas técnicas que realizan las

³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 18/07/02, exp. 1439.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

partes de un contrato de obra, tanto pública como privada, y que constituyen prácticas de la administración del contrato admisibles siempre y cuando preserven lo pactado.

No obstante, un evento más complejo es la ejecución de mayores cantidades, necesarias para la ejecución de la obra, actividad o estudio, que siendo claro que requieren de un acuerdo previo entre las partes, podrán reconocerse -debidamente probadas- si se ejecutan, y por medio de la acción contractual, con la condición de que la mayor ejecución no encubra un nuevo objeto no pactado.

La casuística es muy amplia, pero en general se trata de examinar si la ejecución en exceso de lo contratado hace parte o no de las prestaciones pactadas; de establecerse la relación de necesidad procede el pago por medio de la acción contractual; de concluirse que se trata de una actividad autónoma -no necesaria para la ejecución perfecta del objeto- no procede su pago, por las razones anotadas en la sentencia del 19 de noviembre de 2012³⁴. (Resaltado de la Sala)

62. En el *sub examine*, se solicita el reconocimiento y pago de una mayor cantidad de servicios educativos prestados correspondiente a 2.189 estudiantes atendidos en exceso de lo pactado, y no a prestaciones adicionales por fuera del objeto del negocio principal, es decir, no se reclama el reconocimiento de prestaciones distintas de las convenidas, o de ítems no previstos, sino por el contrario, se trata de una mayor cantidad de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto negocial.

63. Así las cosas, resulta completamente claro que el reconocimiento que pretende la parte actora, tiene su fuente en una controversia contractual, derivada de la negativa del ente territorial demandado, en reconocer, liquidar y pagar a la Unión Temporal unas mayores cantidades de servicio, que considera fueron ejecutadas, sin que tal negación pueda ni deba entenderse como un enriquecimiento sin causa, pues tal controversia se derivó de un contrato y con ocasión de su ejecución. En adición, de la causa petendi de la demanda, se evidencia la solicitud para que se proceda a la liquidación judicial del contrato, ruego de justicia propio del medio de control de controversias contractuales.

64. En consecuencia, teniendo en cuenta que las pretensiones son de estirpe eminentemente contractual, y la entidad pública demandada ha tenido la oportunidad de ejercer su defensa frente a dichas pretensiones, se procederá a estudiar el recurso de alzada bajo este enfoque, *máxime* cuando el apelante solicitó que se revoque totalmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda, reafirmando los pedimentos de reconocimiento de mayores cantidades de servicios efectuados vía controversias contractuales; y solo subsidiariamente, se dé por probado el enriquecimiento sin causa por parte del Municipio de Maicao.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera – Subsección C, sentencia del 04 de junio de 2015, radicado 250002326000200002313 01, C.P.: Olga Mérida Valle de la Hoz.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

65. Finalmente, si bien en aplicación del principio *iura novit curia* corresponde al juez, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la modificación de la causa petendi y menos aún del petitum, es decir, variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión, o de las pretensiones mismas.

66. Por lo anterior, la Subsección estima desacertada la decisión del Tribunal A quo en el *sub examine*, toda vez que revisado el libelo introductorio no se enunciaron hechos relacionados con el enriquecimiento sin justa causa a favor del Municipio de Maicao y tampoco se formuló una acumulación de pretensiones; *contrario sensu*, se solicitó que en la liquidación judicial del contrato se reconociera y ordenara el pago de la mayor cantidad resultante de la atención de 2.189 estudiantes adicionales a lo pactado, pues, se insiste, del acervo probatorio es dable afirmar que la mayor prestación presuntamente realizada por la Unión Temporal se encuentra su fuente el “contrato No. 02 de 2011”, por lo ampliamente expuesto.

67. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala analizará (i) cuál es la naturaleza jurídica del denominado “Contrato de Asociación y Apoyo No. 002 de 2011”, y, (ii) cuál es el régimen jurídico que lo gobierna, con el fin de analizar más adelante si el citado medio de control se interpuso oportunamente.

La naturaleza del Contrato de Asociación y Apoyo No. 002 de 2011 y su régimen jurídico

68. La jurisprudencia de esta Corporación, ha establecido una distinción clara entre los contratos y los convenios de la Administración, que parte de la identificación de la naturaleza, características y finalidad de esos acuerdos, lo cual permite, entre otras cosas, establecer el régimen jurídico aplicable en cada caso concreto.

69. Por lo anterior, al margen de la nominación que le den las partes al negocio celebrado, la Sala considera necesario hacer un análisis del clausulado del acuerdo, para determinar si, en efecto, su contenido corresponde a un convenio o a un contrato y, con ello, determinar la normativa que lo rige y las consecuencias jurídicas que se desprenden de las actuaciones que ahora son cuestionadas.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

70. En primer lugar, respecto de los convenios de interés público³⁵, impone señalar, que dentro de sus varias expresiones y/o tipologías, se encuentran los denominados “convenios de asociación” de los cuales habrá de profundizar la Sala, en procura de establecer algunos componentes axiales de su dogmática y dilucidar su aplicación en el caso concreto.

71. Para hacer el examen pertinente, es preciso indicar que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998³⁶, previó la posibilidad para las entidades estatales de celebrar dos tipos de negocios, así:

“ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PUBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. *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 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: (...)”

72. En los convenios de asociación³⁷, la administración no transfiere o asigna a los particulares el ejercicio de una función que le es propia, sino que se asocia temporal o permanentemente con ellos para ejecutarla o garantizar su mejor realización, pues puede ocurrir, que para garantizar la ejecución de los objetivos y

³⁵ “Los contratos de que trata el citado artículo 355 de la C.P., según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de alianza de fuerzas – públicas y privadas– para lograr como propósito común impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, sin una contraprestación directa a la entidad pública contratante [pero, en todo caso, sujetos a la prestación de un beneficio común o social]. Bajo esta modalidad el sector público puede aportar el dinero (en todo o en parte) y la entidad privada sin ánimo de lucro la experiencia (personal, instalaciones, apoyo logístico, entre otros) o viceversa, según sea el caso.” [Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 06 de agosto de 2019, radicación número: 11001-03-26-000-2018-00113-00(62003)].

³⁶ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”

³⁷ El artículo 96 ibidem presenta dos posibilidades (de carácter temporal o permanente), la primera se presenta la celebración de un compromiso de los que se denominan, como lo hace expresamente la Ley 489 de 1998, convenios de asociación, que constituyen un vínculo de carácter temporal entre la administración y personas jurídicas particulares con el fin de realizar objetivos comunes a ambas partes, conjunta y coordinadamente. En tal sentido opera una verdadera asociación de personas, una conjunción de esfuerzos.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

funciones atribuidos a una entidad estatal, ella opte por asociarse con particulares que tienen intereses comunes frente a la ejecución de las funciones administrativas que el Estado se propone realizar.

73. Esta Subsección³⁸ ha destacado los siguientes rasgos característicos de los convenios de asociación, a saber: (i) se celebran “*para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones*” que la ley les asigna a las entidades públicas; (ii) la colaboración se da para que las entidades públicas desarrollen actividades, en asocio con personas jurídicas privadas, en procura de lograr el cumplimiento de sus cometidos y funciones, sin que esto comporte, una relación conmutativa³⁹, ni implique la transferencia de funciones administrativas a los particulares; (iii) son creados por el legislador, y 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 le ha asignado, con la colaboración de los particulares; y (iv) pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con “*personas jurídicas particulares*”, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad sin ánimo de lucro y, a su vez, descarta que se celebren con personas naturales o personas jurídicas del derecho público.

74. De otro lado, el artículo 96 de la ley 489 de 1998, al prever la figura de los convenios de asociación, estipula que estos se “*celebraran de formididad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Carta Política*”, generando como efecto derivado, la integración normativa de los Decretos 777 de 1992 y 1403 de 1992 (vigentes para el caso bajo estudio), y en tal virtud, le será aplicables a éstos convenios los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, es decir, las normas del derecho privado⁴⁰.”

75. Descendiendo al caso concreto, y atendiendo el contenido del llamado “Contrato de Asociación y Apoyo a un Programa de Interés Público No. 002 de 2011”, es dable afirmar que, la naturaleza del negocio jurídico no la da el título o

³⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 30 de julio de 2021, radicado número: 850012331000201110099 01 (48.957).

³⁹ Código Civil, artículo 1498: “*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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*”.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de octubre de 2017, Exp. 53.390, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, partes: Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. c. Municipio de Apartadó. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, Exp. 55.147, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, partes: Ruiz Arévalo Constructora S.A. c. INVUYUMBO, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2018, Exp. 55756, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

denominación que sus contrayentes le otorguen, por el contrario, esta se determina por el objeto, alcance, finalidad, derechos y obligaciones, etc., que constituyen los rasgos determinantes de su esencia⁴¹. Por lo tanto, para la Sala resulta claro que, aunque las partes denominaron “contrato” al negocio jurídico por ellas contraído, lo que realmente suscribieron fue un “convenio” de asociación gobernado por las normas señaladas *ut supra*. Esta conclusión encuentra apoyo en el acervo procesal y puntualmente en las razones que a continuación se explican.

76. El citado convenio de asociación⁴² suscrito por las partes, (i) tuvo como objeto el apoyo a un programa de interés público⁴³, (ii) fue celebrado entre una entidad estatal (Municipio de Maicao) con la Unión Temporal Ayatal II Wayuu, persona jurídica de derecho privado conformada por la FUNDACIÓN AVANCES, la FUNDACIÓN PARA LA GESTIÓN EDUCATIVA Y SOCIAL –“FUNDAGES”, la FUNDACIÓN EKIRAJAA y la FUNDACIÓN SEMILLAS COLOMBIA, entidades sin ánimo de lucro⁴⁴ en cuyos objetos sociales se encontraban actividades relacionadas con la prestación del servicio educativo y la enseñanza⁴⁵, es decir, tienen una finalidad que atiende al interés general o beneficia a un número importante de personas, de forma tal que las mismas contribuyen a la realización de los fines o cometidos estatales.

⁴¹ Código Civil, artículo 1501: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

⁴² La Sala en adelante denominará al Contrato de Asociación y Apoyo a un Programa de Interés Público No. 002 de 2011, como Convenio, atendiendo lo explicado en el acápite de naturaleza jurídica y régimen aplicable.

⁴³ La prestación del servicio educativo a más 8.335 estudiantes de los distintos Centros Educativos Indígenas Rurales y dos Instituciones Educativas ubicadas en la zona rural del Municipio de Maicao, para lo cual la Unión Temporal debía contratar el personal docente necesario, adecuado e idóneo para desarrollar esta labor; además que las labores se desarrollarían teniendo como base la infraestructura oficial de los centros e instituciones indígenas, y bajo los parámetros y las orientaciones que impartiera el Municipio, por conducto del Secretario de Educación Municipal.

⁴⁴ Folios 142 a 167 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

⁴⁵ Por ejemplo, la Fundación Avances tenía como objeto social la “Gestión y desarrollo de proyectos que beneficien a la comunidad en general sin distinción de sexo, raza, edad, extracto social, credo político y religioso. En los sectores de: educación, salud, alimentación, recreación y deporte, vivienda, cultura, medio ambiente y derechos humanos. Crear, gestionar y desarrollar proyectos, talleres, capacitaciones, asesorías que contribuyan a prestar un mejor servicio educativo en todos los niveles y a personas de distintas clases en especial a las más desfavorecidas y que no estén dentro del sistema educativo” (Sic) y FUNDAGES en su objeto social estableció “Las siguientes actividades: Gestión educativa: A) Gestionar ante las diferentes organismos estatales del orden nacional, departamental y municipal, e Internacional recursos para desarrollar planes y programas de educación. B) Contratar con las diferentes entidades estatales, privadas del orden nacional, departamental y municipal, para desarrollar programas educativos que ayuden a la cobertura con equidad y calidad de la educación (...)” (Folios 143 y 149 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI).



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

77. Así mismo, (iii) en las consideraciones, las partes anotaron, entre otras cosas, que se regiría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y Decreto 777 de 1992 (se transcribe literal con los posibles errores):

*“(...) que cumple actividades de interés social, de reconocida idoneidad, quien de conformidad con el artículo 9 del decreto 777/92, declara, bajo la gravedad de juramento, que no se encuentra inmerso en ninguno de los casos de incompatibilidad, inhabilidad o impedimento de que tratan las citadas normas, y que para efectos del presente contrato se denominará **LA UNIÓN TEMPORAL** de común acuerdo hemos convenido celebrar el presente contrato de apoyo a un programa de interés público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en armonía con el decreto 777/92, contenido en las siguientes cláusulas, previas estas consideraciones: 1) Que de conformidad con la Constitución Política, la educación es un derecho fundamental de la persona y un servicio público que tiene una función social, tendiente a la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, con lo cual se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores de la cultura, para lograr una formación integral, donde se forme en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; 2) Que es un fin esencial del Estado garantizar los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentran los derechos de libertad de conciencia, libertad de religión y de cultos, libertad de enseñanza, derechos estos que se ejercen, entre otros ámbitos, en la educación y la enseñanza; 3) Que es deber del Estado garantizar el adecuado cubrimiento de los servicios educativos estatales y asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, los que puede brindar en forma directa o de manera conjunta, contratando su prestación en los términos del artículo 365 de la Constitución Política; 4) Que el artículo 96 de la ley 489 de 1998 establece que las entidades territoriales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante celebración de convenios, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigne a aquellas la Ley; 5) Que el Municipio de Maicao fue certificado en materia educativa desde el año 2003 por parte del Ministerio de Educación Nacional y, en cumplimiento de la Ley 715 de 2001, en su artículo 1 literal 7.6 se establece: “Mantener la actual cobertura y propender a su ampliación”, es por ello que es obligación del Municipio de Maicao velar por mantener la cobertura estudiantil y procurar su ampliación; (...) 8) Que la contratación propuesta encuentra, en principio, pleno apoyo normativo en el artículo 355 de la Constitución Política, los artículos 200 de la Ley 115 de 1.994, 27 de la Ley 715 de 2.001 y 30 de la Ley 1176 de 2.007, la concertación realizada por las autoridades indígenas, permitiéndose contratar el servicio por parte de las entidades estatales competentes con personas idóneas para ejecutar estos servicios (...) 10) Que el artículo 200 de la Ley 115 de 1.994 se contempla que este contrato se rige, en principio, por la reglamentación legal que regula la contratación entre particulares; no obstante, aquí se incluirán las cláusulas exorbitantes y se exigirá garantía (...) 12) Que LA UNION TEMPORAL es idónea para ejecutar este objeto contractual, tal como se acredita con los documentos anexos (...)” (Subrayado de la Sala).*

78. Además, (iv) resulta clara la concurrencia de esfuerzos para llevar a cabo un fin de interés social que le es común a las dos partes. En efecto, se plasmó en el texto del convenio que de manera concertada la Unión Temporal y el Municipio de Maicao, en coordinación con el Comité Municipal de Apoyo a la Educación Indígena, seleccionarían al personal docente y administrativo que laboraría en los establecimientos educativos⁴⁶. De esta forma, el particular y el ente público acordaron la ejecución conjunta del servicio educativo dentro de su territorio, para

⁴⁶ Folio 42 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

lo cual cada parte (además de los aportes de gestión y operacionales) contribuyó con recursos económicos para la consecución de los objetivos del Convenio⁴⁷.

79. De otra parte, el marco normativo sobre la prestación del servicio público de educación está directamente relacionado con el artículo 67 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 44 Superior. Allí se establece que *“la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social”* y, asimismo, dispone que *“[l]a educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”*.

80. En igual sentido, la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación- dispuso en su artículo 3° original, que, por una parte, el servicio público de educación será prestado en las instituciones educativas del Estado e, igualmente, que los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación que realice el Gobierno Nacional. De la misma manera, que el servicio educativo podría prestarse en instituciones educativas de carácter comunitario, solidario, cooperativo o sin ánimo de lucro.

81. Asimismo, el artículo 4° de dicha norma prevé el deber del Estado, la sociedad y la familia para *“velar por la calidad de la educación y promover el acceso al servicio público educativo”* y, a su vez, destacó que es responsabilidad de la Nación y las autoridades territoriales garantizar su cubrimiento.

82. Respecto a la administración del servicio público educativo, los artículos 151 y 153 de la Ley 115 de 1994, estipulan que los encargados de dicha actividad son las entidades territoriales certificadas por el Ministerio de Educación Nacional para tal fin. Para el cumplimiento de ello, los artículos 6 y 7 de la Ley 715 de 2001, establecen que las autoridades territoriales deben dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media en sus distintas modalidades y en condiciones de equidad, eficiencia y calidad. Además, deben administrar los recursos del Sistema General de Participaciones, administrar las instituciones educativas, el personal de los planteles educativos y cofinanciar con recursos propios los servicios educativos estatales.

⁴⁷ Así se desprende de sus considerandos, y de las cláusulas primera, sobre actividades de la demandante, segunda, relativa a las obligaciones de la Unión, y tercera, concerniente a los aportes que tenían que hacer el Municipio de Maicao y la parte actora.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

83. Además de lo anterior, las autoridades territoriales deben prestar el servicio de educación a través de la red que conforma el Sistema Educativo Oficial y, por tanto, sólo cuando existan insuficiencias o limitaciones en las instituciones que integran esta red, podrán contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares. En ese sentido, los municipios certificados en educación son los directamente encargados de administrar los recursos educativos provenientes del Sistema General de Participaciones, así como administrar las instituciones, el personal y el plantel educativo y, en general, prestar el servicio educativo dentro de su territorio, en el marco de la Constitución y la Ley.

84. Así las cosas, para la época de la suscripción del convenio No. 02 de 2011, nada impedía a las entidades territoriales para que acudieran a esta figura jurídica para cumplir el mandato constitucional y legal de prestar el servicio público a la educación, por cuanto se pueden celebrar convenios de asociación para los efectos previstos por el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489, es decir, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que le sean asignados a las entidades estatales por la ley.

85. En adición, atendiendo el contenido del Convenio No. 002 de 2011 y las pruebas obrantes en el plenario, se puede colegir que no existió una relación patrimonial de orden conmutativo, porque el particular no obra con el ánimo de obtener una remuneración, sino, estrictamente, con el propósito de aunar sus esfuerzos con los de la administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden y que se encuentran dentro de su objeto social como ESAL, que es, como se ha indicado, el lugar donde se explica la ausencia de contraprestación.

86. En consecuencia, no se advierte que se hubiere pactado una relación patrimonial conmutativa entre el Municipio de Maicao y la Unión Temporal que apunte a calificarlo como un contrato estatal sujeto al régimen de la Ley 80 de 1993, por el contrario (se reitera), lo que se estipuló fue la conjunción de esfuerzos y recursos para *“la prestación del servicio público educativo en la zona rural del Municipio de Maicao”*. Según el esquema reflejado en el convenio, la entidad pública demandada no obtendría una contraprestación directa por su ejecución, pues los beneficiarios son los estudiantes de este municipio (niños, niñas y adolescentes indígenas).

87. Como corolario de lo expuesto, -se reitera-, el régimen jurídico aplicable al Convenio No. 002 de 2011 es el dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, además de constar por escrito, su celebración estaba sometida a los requisitos y formalidades que exige la ley para la **contratación entre los particulares** y no, como concluyó el *A quo*, a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues no se trata de un contrato estatal.

Ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales.

88. La caducidad ha sido definida como *“el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o de un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico”*⁴⁸. Opera como un modo de extinción de los medios de control judicial dispuesto por el legislador para evitar que las controversias se mantengan en el tiempo, de forma indefinida, por causa de la inactividad de los interesados en su ejercicio.

89. En el caso bajo estudio, y atendiendo el medio de control precedente, la norma de caducidad aplicable⁴⁹ es la contenida en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., según la cual: *“En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si **la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar**”*. (Resaltado de la Sala).

90. De acuerdo con lo probado en el plenario, el Convenio de Asociación y Apoyo No. 002 de 2011 terminó el 28 de noviembre de 2011⁵⁰ y, en relación con la liquidación del mismo, en la cláusula vigésima primera las partes acordaron lo siguiente: *“El presente contrato se liquidará de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007⁵¹”*.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-227 del treinta (30) de marzo de dos mil nueve (2009).

⁴⁹ Precisa la Sala que, si bien la demanda se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011, esto es, el 08 de julio de 2014, el término de caducidad inició a contabilizar con la normatividad anterior (30 de marzo de 2012), no siendo aplicable el CPACA conforme al artículo 308 que dispone *“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”*

⁵⁰ Folio 48 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

⁵¹ **“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



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

91. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que en los contratos exceptuados del EGCAP pueden pactarse facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, lo que de manera alguna las equiparara a las prerrogativas públicas de las que están investidas las entidades contratantes por ministerio de la ley.

92. En ese sentido, las distintas Subsecciones que integran la Sección Tercera de esta Corporación, han establecido algunas pautas para el ejercicio de este tipo de cláusulas, de manera particular, en relación con la liquidación unilateral de un contrato regido por el derecho privado⁵².

93. Si bien en los contratos que se rigen por el derecho privado no existe la obligación de liquidarlos –como sí sucede con algunos que están sometidos al EGCAP por expresa disposición legal–, resulta válida la inclusión de cláusulas con esa finalidad, lo cual constituye una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando no contravengan el orden jurídico⁵³ ni las finalidades del Estado.

liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

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

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

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

⁵² Al respecto, la Subsección C señaló lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores): “Pese a que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

“Ahora bien, debe preverse que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades.

“Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales”. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de febrero de 2017, rad. 56562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

⁵³ Artículos 16 y 1524 del Código Civil.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

94. Así mismo, esta Corporación ha indicado que este tipo de acuerdos es procedente en el escenario de los contratos exceptuados del EGCAP y ha enfatizado en la necesidad de que aquellos se **plasmem de manera expresa, clara e inequívoca**.

95. Al respecto, esta Subsección⁵⁴ al analizar el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales frente a un convenio interadministrativo, concluyó que no basta con las remisiones genéricas o abstractas a cuerpos normativos para entender que se pactó convencionalmente la facultad para liquidarlo unilateralmente (se transcribe in extenso):

“(…) Aunque en dicho párrafo se hizo mención *-genéricamente-* al procedimiento de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y del Decreto 019 de 2012, lo cierto es que no se identificó de manera clara cuál era el procedimiento que debía seguirse ante la no comparecencia del municipio de San Bernardo a la liquidación, de lo cual no puede inferirse que una parte acordó con la otra la imposición de una liquidación.

En efecto, con la **sola mención abstracta a esos cuerpos normativos no puede entenderse que las partes hayan pactado un procedimiento convencional para que una de ellas liquide unilateralmente el acuerdo, en tanto las facultades convencionales de carácter unilateral deben ser pactadas de manera expresa y con claridad**, en el que se evidencie un consentimiento pleno, cuestión que brilla por su ausencia en el clausulado del convenio. (…)

Esta Corporación, en cuanto al ejercicio de las unilateralidades en un contrato que se rige por las reglas derecho privado, ha señalado, por ejemplo, que para la validez de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento se requiere, entre otras cosas, **que aquella sea pactada expresamente** y que lo estipulado no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante⁵⁵. (…)

Con las anteriores precisiones, la Sala recuerda que la liquidación unilateral de los contratos es de carácter subsidiario, pues solamente resulta procedente cuando no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral⁵⁶. Se insiste que en los convenios interadministrativos resulta válido que las partes convengan que, ante la falta de acuerdo para liquidarlo, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, *“siempre y cuando esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones **o acordada en el mismo contrato**”*⁵⁷ (se destaca).

En el párrafo tercero de la cláusula cuarta del convenio en cuestión las entidades públicas acordaron que, en el caso en que el municipio de San Bernardo no se presentara a la liquidación de dicho acuerdo o no aportara los documentos requeridos para ello, *“se acudirá al procedimiento previsto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y Decreto 019 de 2012”*. **Nótese la mención abstracta y genérica que se hace al procedimiento consagrado en esos cuerpos normativos, sin especificar cuál, de manera que no hay lugar a entender que se hubiese autorizado a una de las partes la imposición de una liquidación, tanto así que en ese aparte transcrito ni siquiera se hizo mención a la expresión “liquidación unilateral”**.

En suma, del clausulado del convenio interadministrativo no puede inferirse que una de las entidades públicas **que suscribió dicho acuerdo tenga la facultad de liquidarlo de manera unilateral, pues no se evidencia pacto expreso y claro al respecto**. Esto

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, rad. 65.978. M.P. Martha Nubia Velasquez Rico

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de agosto de 2016, expediente No. 41.783, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (e).

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2017, expediente No. 57.394, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril de 2017, expediente No. 55.836, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

significa que, ante la carencia de expresividad y claridad, no puede extraerse que las partes hayan pactado convencionalmente el ejercicio de esa unilateralidad.

Las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, a las que se hizo mención en el párrafo tercero de la cláusula cuarta del convenio, consagran normas para la liquidación de los negocios jurídicos y su trámite, tanto para la bilateral como para la unilateral. Ahora, sin que de lo pactado se desprenda la facultad para liquidarlo unilateralmente ni el procedimiento convencional para ello, con la alusión a esas normas no puede interpretarse que una parte acordó con la otra la imposición de la liquidación, de acuerdo con el procedimiento previsto en dichas disposiciones para la liquidación unilateral, toda vez que ese trámite supone la expedición de un acto administrativo, cuestión que, como se explicará más adelante, no es posible en estos convenios, en tanto los entes que los suscriben se relacionan en posición de igualdad.

En efecto, de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos y teniendo en cuenta que las partes no expresaron su voluntad de pactar convencionalmente un procedimiento para liquidar unilateralmente el convenio objeto de estudio, el párrafo tercero de la cláusula cuarta *“deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”*, tal como lo dispone en el artículo 1621 del Código Civil. De este modo, no puede entenderse que con dicho párrafo las partes hayan convenido la imposición de la liquidación unilateral a través de acto administrativo, en tanto ello no resulta compatible con la naturaleza del convenio.

Lo que debe entenderse, entonces, es que con la mención a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y al Decreto 019 de 2012 el convenio interadministrativo se debe liquidar conforme con esas normas, pero no de manera unilateral, sino de conformidad con el trámite previsto para la liquidación bilateral.

Por todo lo expuesto, debe advertirse que no es posible tener en cuenta los 2 meses a los que se refiere el artículo 164 precitado *-que debe contarse a partir del vencimiento del plazo convenido para liquidar el contrato bilateralmente-*, porque ese lapso, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁵⁸, tiene relación con la oportunidad con la que cuenta la Administración para liquidar unilateralmente los negocios jurídicos, facultad que no fue pactada convencionalmente para ser ejercida por alguna de las entidades públicas que suscribieron el respectivo convenio interadministrativo, como ya se vio atrás.” (Resaltado de la Sala)

96. Considera la Sala, que si bien existen diferencias entre los convenios interadministrativos y los convenios de asociación, también es igual de cierto que esta Corporación⁵⁹ en múltiples ocasiones, ha referido que en negocios jurídicos que se caractericen por la asociación de esfuerzos, donde se presente un nivel de

⁵⁸ En auto del 2 de marzo de 2017, expediente No. 51.689, proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, se señaló: *“Por otra parte, cuando el contrato requiere liquidación, una vez vencido el plazo de ejecución contractual se debe proceder a liquidarlo en la forma convenida en el contrato y, a falta de estipulación, el señalado por la ley, como lo preceptúa el inciso v) del literal j) del numeral 2º del artículo 164 ídem. Es decir que los contratos que requirieran de liquidación deben ser liquidados bilateralmente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y si ésta no se hace en esa oportunidad, **la entidad estatal debe liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior** y, una vez finalizados estos términos el interesado podrá acudir ante la jurisdicción dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de los seis (6) meses antes referidos”* (se destaca). En este mismo sentido, en auto del 12 de junio de 2017, expediente No. 57.142, proferido por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, con ponencia del entonces magistrado Hernán Andrade Rincón, luego de hacer referencia al artículo 164, numeral 2, literal j), apartado v), del CPACA, se indicó: *“Al revisar el acervo probatorio, encuentra la Sala que las partes establecieron un plazo de 4 meses para realizar la liquidación bilateral, término al cual es preciso añadirle **el plazo legal de 2 meses para realizar la liquidación unilateral**, para un total de 6 meses”*.

⁵⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, en sentencia del 12 de diciembre de 2022, radicación número: 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66.729) y Sentencia del 21 de noviembre de 2022, radicado: 25000-23-36-000-2018-01193-01 [68.616].



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

igualdad entre los sujetos contratantes y que estén exceptuados del EGCAP, las cláusulas que establezcan potestades unilaterales deben presuponer un pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, por lo que emerge de la regla interpretativa, que no basta con remisiones genéricas o abstractas, lo cual sería aplicable al sub examine.

97. En el presente caso, se advierte que en la cláusula vigésima primera se hizo una remisión abstracta y genérica al artículo 11 de la ley 1150 de 2007, sin establecer si era (i) una remisión al trámite procedimental para liquidar el convenio o (ii) a la facultad unilateral de la Administración para liquidarlo.

98. Así las cosas, dado que la regla convencional en cita no especificó con detalle cuál sería la modalidad -bilateral y/o unilateral- en la que se adelantaría la liquidación del Convenio No. 002 de 2011, la Subsección estima que, en la medida en que al acuerdo de voluntades que aquí se analiza se gobernó por las disposiciones y las dinámicas negociales propias del derecho privado, es dable concluir que el ejercicio liquidatorio debía materializarse de mutuo acuerdo.

99. En consecuencia, y atendiendo que las partes del convenio No. 002 de 2011 no pactaron de forma expresa, clara e inequívoca que el Municipio de Maicao podía liquidarlo unilateralmente, en caso de que no se hubiera podido hacer de forma bilateral, la Sala concluye que no resulta procedente contabilizar los dos (02) meses siguientes con los que cuenta la entidad para este tipo de liquidación⁶⁰.

100. En ese orden de ideas, el término de cuatro (04) meses siguientes que tenían las partes para liquidar el convenio por mutuo acuerdo venció el 29 de marzo de 2012⁶¹; y el término de caducidad de dos (2) años para interponer la demanda, operaba el 30 de marzo de 2014, razón por la cual, por haberse presentado la solicitud de conciliación extrajudicial el 20 de mayo de 2014⁶², (expedido la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad el 02 de julio de la misma anualidad); y radicada la demanda el 08 de julio de 2014⁶³, se concluye que operó el fenómeno de la caducidad del medio de control de controversias contractuales en el *sub lite*.

⁶⁰ En un asunto similar, en el que las partes no pactaron la liquidación unilateral del convenio, la Corporación hizo el conteo de la caducidad desde el vencimiento del plazo que tenían los contratantes para liquidarlo de manera bilateral (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 30 de septiembre de 2020, expediente No. 65.358, M.P. Guillermo Sánchez Luque).

⁶¹ La Sala reitera que el convenio de asociación finalizó el 28 de noviembre de 2011.

⁶² Folios 140-141 archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.

⁶³ Folio 168 – Acta Individual de Reparto - archivo denominado ED_00220140012600CU índice 2 SAMAI.



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

101. Con fundamento en lo expuesto, la Sala revocará los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, declarará, de manera oficiosa⁶⁴, la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Costas y agencias en derecho⁶⁵.

102. De conformidad con el artículo 188⁶⁶ del CPACA y con la disposición especial del artículo 365⁶⁷ del CGP, procede la condena en costas a cargo de la parte que resulte vencida en el proceso.

103. El artículo 361 del CGP establece que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

104. El artículo 365 ejusdem, en el numeral 5, dispone que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”.

⁶⁴ La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al unificar su jurisprudencia en relación con el marco de competencia del juez *ad quem* en virtud del recurso de apelación, aceptó y reiteró que dicho juez puede analizar de manera oficiosa la caducidad. Esto dijo “19. *Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente al recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que, si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada*” (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 de abril de 6 de 2018, expediente No. 46.005, M.P. Danilo Rojas Betancourth).

⁶⁵ En asuntos como el presente, el magistrado ponente estima que, para demandar en costas a la demandada (no así a la demandante vencida), debe acudir a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado -con la Ley 2080 de 2021- en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en actuaciones gobernadas con reglas especiales, como los recursos extraordinarios), corresponde comprobarse si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconoce que no es una interpretación pacífica, por lo que -hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla y sin perjuicio de exponer, vía aclaración, el anterior discernimiento- acogerá la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, que se inclina por mantener un criterio objetivo.

⁶⁶ **Artículo 188.** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil (...).*

⁶⁷ **Artículo 365.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (subrayado fuera del texto).*



Radicación: 44001234000020140012601 (70470)
Demandante: Unión Temporal Ayatal II Wayuu
Demandado: Municipio de Maicao
Referencia: Controversias Contractuales (Ley 1437 de 2011)

104. En el caso bajo estudio, si bien es cierto, no prosperan las súplicas de la demanda, no es menos cierto, que con ocasión de la alzada se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia en los ordinales solicitados por el recurrente, por lo tanto, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante.

105. 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,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2022, por el Tribunal Administrativo de La Guajira y, en su lugar, **DECLARAR PROBADA**, de oficio, la excepción de caducidad del medio de control de controversias contractuales, por las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previa la anotación respectiva en el aplicativo SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: esta providencia fue suscrita en 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/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF