

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Naturaleza jurídica – Diferencias con los contratos estatales – Ausencia de conmutatividad y de intercambio de prestaciones y contraprestaciones

[...]“la tipología y [el] alcance de un contrato [o mejor, de un negocio jurídico] se define[n] a partir de su contenido, mas no con fundamento en lo que las partes dicen que es, siendo en consecuencia irrelevante la denominación o ‘nomen iuris’ dado en el documento en el que se instrumentaliza”.

[...] uno de los convenios de asociación que celebran las entidades estatales con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y las funciones que les asigna a aquellas la ley, previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

A diferencia de lo que sucede en los contratos estatales –que son, por regla general, negocios jurídicos bilaterales y onerosos en cuya estructura está presente el sinalagma en virtud del cual se produce un intercambio de un objeto por una contraprestación, estructura negocial que sintetiza la locución latina *do ut des*–, la finalidad de los acuerdos de colaboración como los convenios de asociación consiste en “la ejecución conjunta entre una entidad pública y un particular de un cometido o [una] función asignad[os] por la ley a la primera.” Así, la jurisprudencia ha puntualizado que (se transcribe): “El cumplimiento de dich[o]s funciones y cometidos no participa de la noción de conmutatividad y, por tanto, de la necesidad de establecer el valor objetivo en el mercado por la prestación de un servicio o la obtención de un bien, sino que consiste en la colaboración de un particular que, dadas sus condiciones profesionales y su trayectoria, aportará, bajo la dirección y [el] seguimiento de la entidad pública, a la consecución de tales cometidos y funciones (...)”.

CONTRATOS ENTRE ENTIDADES TERRITORIALES Y EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS -Objeto contractual – Régimen jurídico – Modalidad de selección del prestador

[...]el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 preceptúa que los contratos que celebran los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios “se r[igen] para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, y que, “en todo caso, la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

[...]contratos celebrados entre entidades territoriales y empresas de servicios públicos cuyo objeto corresponde a la prestación, por parte de estas empresas, de servicios públicos domiciliarios. La lectura de estos negocios en el marco constitucional de la liberalización de los servicios públicos que se desprende del artículo 365 superior –en virtud del cual, por regla general, el Estado y los particulares pueden constituir empresas de servicios públicos y prestar este tipo de servicios sin necesidad de celebrar un contrato para obtener una habilitación– pone en evidencia que la esencia de los contratos a los que se refiere el parágrafo en mención guarda relación con la infraestructura de los servicios públicos en caso de que la entidad territorial sea su titular.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Declaración de Oficio de la Nulidad Absoluta del Contrato Estatal - Elusión de los Procedimientos de Selección Objetiva

[...]según las voces del párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, “previa licitación pública”, ello no sucedió, en contra de la expresa prohibición legal de eludir los procedimientos de selección objetiva consagrada en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

[...]en ejercicio de la facultad conferida por el inciso tercero del artículo 141 del CPACA³⁴ y el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la Sala declarará, de oficio, de conformidad con el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta del convenio No. 23 de 2011. Lo anterior, por haberse celebrado contra la expresa prohibición legal de eludir los procedimientos de selección objetiva consagrada en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 24 de agosto de 2026

Radicación: 18001-23-33-000-2016-00204-01 (72.693)
Demandante: Compañía Colombiana de Créditos y Fianzas S.A.S.
– Afiancol S.A.S. (Afiancol)
Demandado: Municipio de San Vicente del Caguán
Referencia: Controversias contractuales

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – calificación del negocio jurídico – convenios de asociación que celebran las entidades estatales con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y las funciones que les asigna a aquellas la ley – contrato de obra pública – contratos que celebran los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios – régimen jurídico de los contratos para la prestación de servicios públicos domiciliarios y modalidad de selección del prestador – nulidad absoluta del contrato estatal – nulidad absoluta por haberse celebrado el contrato estatal contra expresa prohibición constitucional o legal – elusión de los procedimientos de selección objetiva.

Síntesis del caso: la compañía de fianzas demandante solicita, entre otras pretensiones, que se declare la nulidad de varios actos administrativos expedidos por la entidad territorial demandada, mediante los cuales, por una parte, declaró el incumplimiento de un convenio que había celebrado con una empresa de servicios públicos domiciliarios e hizo efectivos la cláusula penal estipulada en el convenio y los "amparos" de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo de la garantía de cumplimiento expedida por la afianzadora, y, por otra parte, liquidó unilateralmente el convenio.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 30 de octubre de 2024 por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caquetá, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.¹

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Trámite relevante en primera instancia – 1.4. Sentencia de primera instancia – 1.5. Recurso de apelación

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 30 de agosto de 2016, la Compañía Colombiana de Créditos y Fianzas S.A.S. – Afiancol S.A.S. (en adelante, "Afiancol") presentó una **demanda**,² en ejercicio del **medio de control de controversias contractuales**, en contra del

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, el "CPACA").

² Páginas 30-85 del archivo PDF "001Contrato Digitalizacion (.pdf)" (índice 82 Samai del Tribunal).

Municipio de San Vicente del Caguán, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

"Primera: Que se declare la nulidad de los actos proferidos con motivo u ocasión de la actividad contractual - Convenio No. 023 de junio de 2011 - Construcción red de gas natural comprimido y conexiones de usuarios de menores ingresos en el Municipio de San Vicente del Caguán - Caquetá'-, por el demandado Municipio San Vicente del Caguán y que se enlistan a continuación:

a) Resolución 459 del 2 de noviembre de 2013 'Por medio de la cual se deciden en audiencia la imposición de multas, sanciones y/o declaratoria de incumplimiento respecto del Convenio No. 023 de junio de 2011 (...)', (...)

b) Resolución 481 del 8 de octubre de 2015 'Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 447 del 14 de septiembre de 2015 (...)' (...)

c) Resolución 447 del 14 de septiembre de 2015 'Por medio de la cual se liquida unilateralmente el convenio de cofinanciación No. 023 de 2011 y otrosí No. 001 y 002 suscrito entre GASDICOM S.A.S E.S.P. y el Municipio de San Vicente del Caguán' (...)

Segundo: Que en consecuencia, se exima a AFIANCOL (...) del pago de las sumas de dinero de que trata el artículo primero de la Resolución 459 del 2 de noviembre de 2013 (...), a saber:

** (...) \$1.779.400.917,60 (...), que corresponden al monto de la cláusula penal que debe pagar AFIANCOL al Municipio de San Vicente del Caguán si se mantienen incólumes los actos acusados. Se trata de un perjuicio no consolidado por cuanto AFIANCOL no ha pagado esas sumas de dinero. Si en el curso del proceso AFIANCOL (...) es conminado al pago, se solicita la devolución de la suma de dinero antes referida por concepto de daño emergente - perjuicio no consolidado a partir de una situación existente -*

** (...) \$1.365.620.009,95 (...), que corresponden al monto del anticipo afianzado y que a juicio del Municipio de San Vicente del Caguán su cooperante (...) no invirtió. Se trata de un perjuicio no consolidado por cuanto AFIANCOL no ha pagado esas sumas de dinero. Si en el curso del proceso AFIANCOL (...) es conminado al pago, se solicita la devolución de la suma de dinero antes referida por concepto de daño emergente - perjuicio no consolidado a partir de una situación existente -*

Tercero: Subsidiariamente, es decir en el evento en que el Municipio de San Vicente del Caguán no asienta en la pretensión anterior, que se permita al Afianzador, allanarse al cumplimiento de las obligaciones del fiado en este caso, es decir, la ejecución de las obras, lo que implica la prestación recíproca del derecho a ejecutar por intermedio de una E.S.P. a la que se le cedan los derechos de explotación.

Cuarto: Que se declare que el Municipio de San Vicente del Caguán es contractualmente responsable por privación del derecho a ejecutar al afianzador el Convenio No. 023 de junio de 2011 (...) y que por ende debe indemnizarlo en cuantía igual o superior a 10.000 SMMMLV, es decir, (...) \$6.443.500.000 (...), por concepto de lucro cesante, que corresponden a la utilidad neta anual proyectada por el tiempo de la concesión, que AFIANCOL como afianzador debió ejecutar tras allanarse al cumplimiento y desplazar al afianzado en obligaciones y derechos.

Quinto: Que las condenas pecuniarias sean actualizadas al momento del pago y que se ordene el pago de intereses de moras desde que cobre ejecutoria la sentencia hasta que se verifique el pago.

Sexto: Que se condene en costas al demandado."

2. En el escrito de **demanda**, la parte demandante narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

3. 1) El 28 de junio de 2011, el Municipio de San Vicente del Caguán y la Distribuidora y Comercializadora de Gas S.A. E.S.P. – Gasdicom S.A. E.S.P. (en adelante, "Gasdicom") celebraron el convenio para la "construcción [de]

red[es] de gas natural comprimido y conexiones de [los] usuarios de menores ingresos en el municipio” No. 23.

4. 2) “Para amparar el cumplimiento [del convenio], [el] buen manejo y [la] correcta inversión del anticipo, [el] pago de salarios, prestaciones [sociales legales] e indemnizaciones laborales, y la estabilidad [y calidad] de las obras, Gasdicom (...) tomó con Afiancol (...) la fianza 3155 del 6 de diciembre de 2011”.

5. 3) Mediante la Resolución No. 459 de 2 de noviembre de 2013 expedida por el Municipio de San Vicente del Caguán, “se declara[ron] el incumplimiento [del convenio No. 23 de 2011 y la ocurrencia de los] ‘siniestro[s]’ [de incumplimiento parcial y no inversión del anticipo de la fianza No. 3155], se h[izo] efectiva la cláusula penal, y se orden[ó] la liquidación del convenio.”

6. 4) Por medio de la Resolución No. 447 de 14 de septiembre de 2015, el Municipio de San Vicente del Caguán liquidó unilateralmente el convenio No. 23 de 2011, decisión frente a la cual Gasdicom y Afiancol interpusieron recurso de reposición, y que fue confirmada mediante la Resolución No. 481 de 8 de octubre de 2015.

7. 5) “Afiancol ofreció en varias oportunidades al Municipio de San Vicente del Caguán allanarse al cumplimiento de las obligaciones del cooperante, con el correlativo derecho a ejecutar; empero, la entidad rehusó esta propuesta, privando a [Afiancol] de sus derechos como afianzador[a].”

8. Afiancol formuló múltiples cargos de nulidad en contra de los actos administrativos demandados; sin embargo, en atención a la decisión que en esta providencia se adoptará, la Sala se abstendrá de relacionar los argumentos expuestos en desarrollo de ellos.

1.2. Posición de la parte demandada

9. El 22 de agosto de 2017, el Municipio de San Vicente del Caguán **contestó la demanda**.³ Propuso distintas excepciones de mérito; sin embargo, la Sala se abstendrá de relacionar los argumentos expuestos en desarrollo de ellas, en la medida en que no resultan relevantes para la decisión que en esta providencia se adoptará.

1.3. Trámite relevante en primera instancia

10. En la sesión de la audiencia inicial celebrada el 18 de abril de 2018,⁴ el despacho sustanciador del Tribunal Administrativo de Caquetá dispuso **integrar el contradictorio** mediante la vinculación de Gasdicom al proceso.

³ Páginas 118-136 del archivo PDF “001Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

⁴ Páginas 101-103 del archivo PDF “002Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

Gasdicom, pese a haber sido notificada,⁵ **no realizó actuaciones en el proceso.**

1.4. Sentencia de primera instancia

11. El 30 de octubre de 2024, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caquetá profirió la **sentencia de primera instancia**,⁶ en la cual negó las pretensiones de la demanda.

12. De manera preliminar, el Tribunal se refirió al régimen jurídico del convenio No. 23 de 2011, aspecto en relación con el cual puntualizó que (se transcribe): “(...) el convenio en cuestión se encuentra sujeto al Régimen de Contratación Estatal para Entidades Públicas. Por tanto, en aspectos como la declaratoria de silencio administrativo, el incumplimiento contractual, la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y la posibilidad de liquidación unilateral, es aplicable lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones. En ese orden, al tratarse de un contrato con un ente territorial y una empresa de servicios públicos, se deben seguir las normas específicas de contratación pública, en especial en lo referente a las garantías y facultades de control y sanción del municipio.”

13. Posteriormente, el Tribunal concluyó que las pretensiones de la demanda debían ser negadas porque no se configura ninguno de los cargos de nulidad planteados en contra de los actos administrativos demandados; sin embargo, en atención a la decisión que en esta providencia se adoptará, la Sala se abstendrá de relacionar los argumentos que condujeron al Tribunal a dicha conclusión.

14. En la parte resolutive de la sentencia de primera instancia se dispuso lo siguiente (se transcribe):

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda (...)

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme la presente decisión, vuelva el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático SAMAI y en la base de datos del despacho 02.”

1.5. Recurso de apelación

15. El 18 de diciembre de 2024,⁷ Afiancol interpuso **recurso de apelación** en contra de la Sentencia de 30 de octubre de 2024. En el escrito de apelación, solicitó revocar la decisión impugnada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con base en varios cargos de apelación. Concretamente, reiteró los argumentos expuestos en la

⁵ Gasdicom fue notificada personalmente el 27 de abril de 2018, mediante mensaje de datos dirigido a su buzón electrónico para notificaciones judiciales, en los términos del artículo 199 del CPACA –con la modificación introducida por el artículo 612 del Código General del Proceso (en adelante, el ‘CGP’)-. Página 105 del archivo PDF “002Contrato Digitalización (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

⁶ Archivo PDF “59SentenciaPrimeraInstancia(.pdf)” (índice 88 Samai del Tribunal).

⁷ Archivo PDF “61_MemorialWeb_Recurso-20241218ApelacionA(.pdf)” (índice 93 Samai del Tribunal).

demanda y en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia⁸ en relación con los cargos de nulidad de los actos administrativos demandados; sin embargo, la Sala se abstendrá de relacionar los argumentos expuestos, en la medida en que no resultan relevantes para la decisión que en esta providencia se adoptará.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Análisis sustantivo⁹

16. La Sala **revocará** la decisión de primera instancia y, en su lugar: 1) **declarará, de oficio**, por haberse celebrado contra la expresa prohibición legal de eludir los procedimientos de selección objetiva consagrada en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la **nulidad absoluta** del convenio No. 23 de 2011; y 2) **declarará** que Afiancol no está obligada a pagar al Municipio de San Vicente del Caguán ninguna de las sumas de dinero que se le ordenó pagar en la Resolución No. 459 de 2013. Esta decisión será adoptada por las razones que pasan a exponerse a continuación:

17. 1) La controversia que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala gira en torno a la validez de unos actos administrativos expedidos por el Municipio de San Vicente del Caguán en el marco de un convenio que la entidad territorial celebró con una empresa de servicios públicos domiciliarios, empresa que garantizó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas del referido negocio jurídico mediante una fianza expedida por la afianzadora demandante en este proceso.

18. Los actos administrativos cuya declaratoria de nulidad Afiancol pretende son, por un lado, la Resolución No. 459 de 2 de noviembre de 2013¹⁰ –“[p]or medio de la cual se decide en audiencia la imposición de multas, sanciones y/o declaratoria de incumplimiento, respecto del convenio N° 023 del 28 de junio de 2011 (...)”–, y, por otro lado, las Resoluciones Nos. 447¹¹ de 14 de septiembre –“[p]or medio de la cual se liquida unilateralmente el convenio de cofinanciación No. 023 de 2011 (...)”– y 481¹² de 8 de octubre –“[p]or la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 447 (...)”– de 2015.

19. 2) El negocio jurídico en el marco del cual el Municipio de San Vicente del Caguán hizo efectiva la fianza No. 3155 de 6 de diciembre de 2011¹³

⁸ Páginas 160-170 del archivo PDF “002Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

⁹ La demanda, presentada el 30 de agosto de 2016, lo fue oportunamente, dentro del término de dos años contado según lo establecido en el cuarto supuesto del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, en la medida en que el convenio No. 23 de 2011 fue liquidado unilateralmente en el año 2015; esto sin tener en cuenta la suspensión del término de caducidad con ocasión del trámite de la conciliación extrajudicial.

¹⁰ Páginas 3-18 del archivo PDF “003Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

¹¹ Páginas 28-37 del archivo PDF “003Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

¹² Páginas 19-26 del archivo PDF “003Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

¹³ Página 88 del archivo PDF “003Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

expedida por Afiancol es el convenio para la “construcción [de] red[es] de gas natural comprimido y conexiones de [los] usuarios de menores ingresos en el municipio” No. 23 de 28 de junio de 2011.¹⁴ Originalmente, el objeto y el alcance de este convenio se establecieron en su cláusula segunda en los siguientes términos (se transcribe):

“CLAUSULA SEGUNDA: Objeto y Alcance

2.1 . Objeto:

Entrega de aportes del Fondo Nacional de Regalías a GASDICOM S.A. E.S.P. para la ejecución del proyecto ‘CONSTRUCCIÓN MASIFICACIÓN DE GAS NATURAL COMPRIMIDO PARA USUARIOS DE MENORES INGRESOS EN LA ZONA URBANA DEL MUNICIPIO SAN VICENTE DEL CAGUAN CAQUETA’. Con los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías, de acuerdo con el proyecto aprobado por el FNR, el cronograma de obras y el flujo de caja anexos al presente convenio (...)

2.2. Alcance:

En desarrollo del objeto GASDICOM S.A. E.S.P deberá realizar las siguientes tareas:

La Construcción de las redes de Distribución de las redes de gas natural domiciliaria en el municipio de San Vicente del Caguán, en las cantidades y diámetros establecidos en el presupuesto de obras del proyecto aprobado por el Fondo Nacional de Regalías según el acuerdo 066 de Diciembre 30 de 2010.

Conectar a la red de suministro de gas natural domiciliario hasta 1981 usuarios del estrato 1 y 2814 usuarios del estrato 2.

La Construcción de las redes internas y puesta en servicio hasta 1981 usuarios del estrato 1 y 2814 usuarios del estrato 2.

La adecuación del lugar y suministro de equipos para la estación descompresora, según quedo establecido presupuesto de obras del proyecto aprobado por el Fondo Nacional de Regalías según el acuerdo 066 de Diciembre 30 de 2010.

GASDICOM S.A. E.S.P., deberá siempre y en todo momento, salvo causas de fuerza mayor, garantizar el suministro de GAS EN FIRME, ante el Ministerio de Minas y Energía y ante el Municipio de San Vicente del Caguán, lo cual deberá acreditar antes del giro de los recursos previstos en las cláusulas tercera, cuarta, quinta y sexta del presente contrato de cofinanciación.”

20. Como se desprende de las consideraciones del convenio No. 23 de 2011, el objeto y el alcance tanto del negocio jurídico como del proyecto ejecutado en virtud de este último comprendían, además de la construcción de infraestructura, la “prestación del servicio público de gas natural domiciliario en el Municipio de San Vicente del Caguán” (se transcribe):

“CONSIDERACIONES (...)

Que cumpliendo los requisitos establecidos en el ARTICULO CUARTO del Acuerdo N° 007 del 14 de Julio de 2006, el municipio de San Vicente del Caguán, departamento del Caquetá, presentó para la evaluación de su viabilidad técnica y económica al Ministerio de Minas y Energía el proyecto ‘CONSTRUCCIÓN MASIFICACIÓN DE GAS NATURAL COMPRIMIDO PARA USUARIOS DE MENORES INGRESOS EN LA ZONA URBANA DEL MUNICIPIO SAN VICENTE DEL CAGUAN CAQUETA’.

Que de la misma forma, cumpliendo con lo exigido en el inciso segundo del numeral 1° del ARTICULO CUARTO del Acuerdo N° 007 del 14 de Julio 2006, el municipio de San Vicente del Caguán, departamento del Caquetá, al presentar el proyecto al Ministerio de Minas y Energía, designó para ejecutar el proyecto a la EMPRESA GASDICOM S.A. E.S.P., empresa legalmente constituida en los términos que lo establece la ley 142 de 1994 (...),

¹⁴ Páginas 53-71 del archivo PDF “003Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

comprometiéndose esta empresa a **la prestación del servicio público de gas natural domiciliario en el municipio de San Vicente del Caguán.**

Que en cumplimiento de lo establecido en los numerales 5° y 6° del ARTICULO CUARTO del Acuerdo N° 007 del 14 de Julio 2006, la EMPRESA GASDICOM S.A. E.S.P., certificó la cofinanciación del proyecto en mención y emitió AVAL TECNICO aportando las cartas de intención de las empresas que efectuarán el suministro y transporte del combustible para **la prestación del servicio** (...) Que (...) el Director de la Unidad de Planeación Minero Energética (...), teniendo en cuenta la información contenida en el proyecto, y los parámetros establecidos en el Acuerdo 007 de Julio 14 de 2006 del Consejo Asesor de Regalías, emitió concepto FAVORABLE al mencionado proyecto para acceder a los recursos del Fondo Nacional de Regalías, concepto en cuya identificación señaló como ejecutor propuesto para el proyecto a la EMPRESA GASDICOM S.A. E.S.P.

Que tal como se señala en el concepto emitido por la UPME, la EMPRESA GASDICOM S.A. E.S.P., además de comprometerse a financiar los costos de conexión de usuarios de menores ingresos, elaboró para el municipio los estudios que demanda el mencionado proyecto y que comprende: Estudio de mercadeo, estudio de demanda, estudio técnico de ingeniería, el esquema de interventoría técnica, los planos de localización geográfica del proyecto y planos de Acceso al proyecto.

Que el Consejo Asesor de Regalías mediante Acuerdo N° 066 del 30 de Diciembre de 2010 aprobó la financiación del proyecto 'CONSTRUCCIÓN MASIFICACIÓN DE GAS NATURAL COMPRIMIDO PARA USUARIOS DE MENORES INGRESOS EN LA ZONA URBANA DEL MUNICIPIO SAN VICENTE DEL CAGUAN CAQUETA' (...)

Que es interés del Municipio de SAN VICENTE DEL CAGUAN masificar el servicio de gas natural domiciliario en la cabecera municipal, llevando el servicio al mayor número de familias, teniendo en cuenta que existe una amplia mayoría que pertenece a los estratos 1 y 2, que pueden además acceder a los beneficios económicos derivados de la aplicabilidad de Costos Hundidos sobre el valor de la tarifa, derivados de los aportes ejecutados por parte del Estado a través de los Fondos de Apoyo Financiero, caso del Fondo Nacional de Regalías y de los aportes otorgados por las Entidades de Territoriales, en este caso EL MUNICIPIO de San Vicente del Caguán (...)" (subrayas y negrillas fuera del texto original)

21. La Sala destaca las siguientes estipulaciones del convenio No. 23 de 2011 (se transcribe):

"CLÁUSULA QUINTA: Valor del Convenio

El valor del presente convenio será la sumatoria de lo efectivamente ejecutado por GASDICOM S.A. E.S.P. y pagado por el Municipio (...)

Los recursos financieros aquí señalados serán invertidos en infraestructura de acuerdo con las actividades enunciadas en la CLAUSULA CUARTA, excepto los recursos para la interventoría administrativa y financiera que serán ejecutadas por el FNR (...)

CLÁUSULA SEXTA: FORMA DE PAGO.¹⁵

Los desembolsos de parte del municipio, se harán de acuerdo con los parámetros establecidos por el Fondo Nacional de Regalías, en atención a la resolución 0038 de 2008, del Departamento Nacional de Planeación, con el objeto que el municipio pueda cumplir con los requisitos exigidos en esta misma para que los recursos le sean trasladados. El valor total de los aportes que el Municipio hará a GASDICOM S.A. E.S.P. será por un valor de (...), y los desembolsos se realizarán siempre teniendo en cuenta los mismos porcentajes desembolsados por el Fondo Nacional de Regalías al Municipio. En todo caso se estima que el primer giro por parte del Municipio a GASDICOM S.A. E.S.P. sea equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del presente convenio es decir la suma de (...), porcentaje que será transferido a GASDICOM S.A.

¹⁵ Esta estipulación se transcribe según la modificación que le fue introducida mediante el otrosí No. 1 del convenio No. 23 de 2011, suscrito el 30 de noviembre de 2011 –páginas 72-74 del archivo PDF "003Contrato Digitalizacion (.pdf)" (índice 82 Samai del Tribunal)–.

E.S.P. a la legalización del presente convenio, previo desembolso del FNR al Municipio.

Una vez GASDICOM S.A. E.S.P., acredite haber ejecutado mínimo el cuarenta por ciento (40%) de obra relacionada a los recursos recibidos, (este porcentaje NO tiene en cuenta ítems no previstos, ni mayores cantidades de obra, a menos que se haya realizado un Ajuste Técnico al proyecto, el cual debe solicitar oportunamente la Entidad Ejecutora y contar con la PREVIA aprobación del a IAF y del Ministerio viabilizador). Es decir que para efectos de cuantificar el avance, solo se tendrán en cuenta las condiciones oficiales del proyecto al momento de la visita de la IAF. Si el proyecto no requiere ajustes de ningún tipo, entonces las condiciones oficiales serán las mismas con las cuales fue viabilizado inicialmente. Se realizarán pagos parciales de ejecución de obra, previamente aprobadas por la interventoría, previa amortización del anticipo, cuyo monto no podrá exceder el noventa por ciento (90%). Un pago final, que asciende al diez por ciento (10%) final se realizará una vez se acredite la terminación y liquidación del contrato.

Los anteriores pagos, están supeditados a los giros que realice el Fondo Nacional de Regalías al Municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá), conforme a lo dispuesto por el Consejo Asesor de Regalías mediante Acuerdo No. 066 del 30 de diciembre de 2010, mediante la cual aprobó la financiación del proyecto (...) En consonancia con lo expresado en la Resolución No. 038 de 2008.

Toda acta por parte de la empresa GASDICOM S.A. E.S.P. debe estar firmada por el representante legal. Y la utilización de los aportes al proyecto realizados por el FNR, para la cofinanciación del proyecto, se realizará a partir de la firma del Acta de inicio de obra. Y toda ejecución de obra, quedará supeditada al nombramiento de la interventoría técnica por parte del Municipio, sin el nombramiento previo de interventoría no habrá inicio de obra (...)

CLAUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE GASDICOM S.A. E.S.P.

GASDICOM S.A. E.S.P., con la firma del presente CONVENIO se compromete a:

a) Ejecutar las obras directamente o a través de terceros, para lo cual gozará de autonomía técnica, administrativa y contractual, dentro del marco legal vigente para su contratación y regulatorio para su construcción.

b) Cumplir con las especificaciones técnicas y de calidad del convenio y con todas las obligaciones contenidas con el proyecto presentado ante la Unidad de Planeación Minero energética-FNR (...)

d) Ejecutar bajo su responsabilidad los aportes de recursos financieros que recibe EL MUNICIPIO, provenientes del FNR y destinados en su totalidad al desarrollo del presente CONVENIO (...)

CLAUSULA DECIMA PRIMERA: Facultades y obligaciones del MUNICIPIO (...)

a) EL MUNICIPIO hará efectiva la garantía de cumplimiento en caso de incumplimiento por parte de GASDICOM S.A. E.S.P. del presente CONVENIO (...)

c) Verificar la construcción y el manejo de los recursos del FNR por parte de GASDICOM S.A. E.S.P. (...)

CLAUSULA DECIMA TERCERA: FUNCIONES DEL INTERVENTOR DEL CONVENIO.

El interventor del CONVENIO como representante del EL MUNICIPIO tiene las siguientes labores, el cual GASDICOM S.A. E.S.P., debe ofrecer toda la disponibilidad e información requerida para cumplir con sus funciones:

a) Realizar las visitas de carácter administrativo, financiero y técnico durante la ejecución de las obras del proyecto.

b) Elaborar un informe ejecutivo de cada visita en el cual se concluya la conveniencia de girar los respectivos desembolsos previa verificación del avance de los trabajos acorde con el cronograma de la obra (...)

d) Controlar el desarrollo del objeto del CONVENIO.

e) Atender tramitar y resolver toda consulta que le haga GASDICOM S.A. E.S.P., sobre posibles omisiones o inconsistencias en desarrollo del proyecto (...)

CLAUSULA DECIMA QUINTA: RECURSOS A TITULO DE APORTE EN EL PROYECTO.

Los recursos que son entregados a título de aporte a GASDICOM S.A. E.S.P. por parte de EL MUNICIPIO para el proyecto (...) no podrán ser cobrados a los usuarios subsidiables en la tarifa de conformidad al artículo 87.9 de la ley 142 de 1994, por lo cual GASDICOM S.A. E.S.P. deberá entregar a EL MUNICIPIO la correspondiente copia de la carta de radicación del estudio tarifario ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas o quién haga sus veces.

PARÁGRAFO UNO: Así mismo, durante la operación del proyecto, EL MUNICIPIO solicitara a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la verificación del cumplimiento del artículo 87.9 de la ley 142 de 1994 (...)

CLAUSULA DECIMA SEPTIMA: CESION Y SUBCONTRATACION. Este CONVENIO se ha celebrado en consideración a la calificación efectuada por la Secretaría de Planeación Municipal, al visto bueno otorgado por el Ministerio de Minas y Energía y la aprobación que hizo el Consejo Asesor de Regalías del Departamento Nacional de Planeación del proyecto (...), el cual toda la información técnico económica fue suministrado por GASDICOM S.A. E.S.P.; la empresa podrá contratar las obras requeridas bajo su entera responsabilidad y operador del negocio de la distribución de gas natural por red en la zona de influencia del proyecto. Pero no podrá ceder parcial o total el presente CONVENIO (...)" (subrayas y negrillas fuera del texto original)

22. El 12 de junio de 2012, el Municipio de San Vicente del Caguán y Gasdicom suscribieron el otrosí No. 2¹⁶ del convenio No. 23 de 2011. Según puede leerse en las consideraciones del mencionado otrosí, su celebración respondió, entre otros, a los siguientes motivos (se transcribe): “Que según Acta de Justificación suscrita el 12 de Junio de 2012, por el Municipio de San Vicente del Caguán y la empresa GASDICOM S.A E.S.P, se [había] estableci[do] la necesidad de ajustar el convenio (...) Que e[ra] necesario aclarar los valores discriminando el alcance de la ejecución del proyecto (...)”. Mediante este negocio jurídico, las partes del convenio lo “modificaron” en el siguiente sentido (se transcribe):

“(...) Con base en las consideraciones anteriormente expuestas las partes proceden a suscribir la presente modificación al Convenio de Cofinanciación N° 023 de 2011, en las siguientes cláusulas: (...)

CLAUSULA SEGUNDA: Objeto y Alcance:

- OBJETO - Ejecución e implementación del Proyecto CONSTRUCCION MASIFICACION DE GAS NATURAL COMPRIMIDO PARA USUARIOS DE MENORES INGRESOS EN LA ZONA URBANA DE SAN VICENTE DEL CAGUÁN. El Proyecto referido fue aprobado por el Fondo Nacional de Regalías, según Resolución 066 del 30 de Diciembre de 2010, estableciéndose el alcance de las Obras a ejecutar, el Presupuesto General del Proyecto, la Cofinanciación total del Proyecto, el Cronograma y Flujo de Caja de la ejecución y la obligación por parte de la Empresa GASDICOM S.A. – E.S.P. de Administrar, Operar y Mantener el Gasoducto Urbano de la Ciudad de San Vicente del Caguán, cumpliendo con la totalidad de las leyes, decretos, resoluciones y demás normas que rigen el sector del Gas Combustible Domiciliario en la República de Colombia.–

ALCANCE - Para la ejecución del Proyecto objeto de este Convenio, GASDICOM S.A. – E.S.P. deberá establecer los siguientes procesos:

A) Realizar la Construcción, Implementación y Puesta en Operación del Presupuesto General del Proyecto, aprobado por el Fondo Nacional de Regalías, según el Acuerdo 066 de Diciembre 30 de 2010 (...)

B) Realizar la Ejecución del Presupuesto de Redes de Gas Natural Domiciliario en la Ciudad de San Vicente del Caguán de acuerdo a lo aprobado por el Fondo Nacional de Regalías, según el Acuerdo 066 de Diciembre 30 de 2010 (...)

C) Realizar la Conexión y la Instalación Interna de Gas Natural Domiciliario para los Usuarios Potenciales establecidos en la Ciudad de San Vicente del Caguán, de acuerdo a lo aprobado por el Fondo Nacional de Regalías, según el Acuerdo 066 de Diciembre 30 de 2010 (...)

CLAUSULA DECIMA CUARTA.- Obligaciones de GASDICOM S.A E.S.P:

A. Es obligación de la Empresa GASDICOM S.A. – E.S.P. aportar el lote donde se construirá la Estación de Descompresión del Gas Natural Comprimido. Igualmente deberá realizar la Construcción de la totalidad de las instalaciones necesarias para la Estación de Descompresión y suministrará e

¹⁶ Páginas 75-87 del archivo PDF “003Contrato Digitalizacion (.pdf)” (índice 82 Samai del Tribunal).

implementará todos los equipos que se requieren para que esta Estación pueda operar en forma eficiente y segura, lo que resolverá con sus propios recursos económicos.

B. Es obligación de la Empresa GASDICOM S.A. – E.S.P. disponer del Gas Natural necesario y suficiente para el suministro de este combustible a la totalidad de los Usuarios Potenciales de la Ciudad de San Vicente del Caguán. GASDICOM S.A. – E.S.P., deberá siempre y en todo momento, salvo causas de fuerza mayor, garantizar el suministro de GAS NATURAL EN FIRME, lo que resolverá con sus propios recursos económicos.

C. Es obligación de la Empresa GASDICOM S.A. – E.S.P., asegurar e implementar el Sistema de Almacenamiento del Gas Natural Comprimido y su Transporte desde la Estación de Compresión del Gas Natural Comprimido hasta la Estación de Descompresión en la Ciudad de San Vicente del Caguán, lo que resolverá con sus propios recursos económicos.

D. Es obligación de la Empresa GASDICOM S.A. – E.S.P., Administrar, Operar y Mantener el Gasoducto Urbano de la Ciudad de San Vicente del Caguán, cumpliendo con la totalidad de las leyes, decretos, resoluciones y demás normas que rigen el sector del Gas Combustible Domiciliario en la República de Colombia, lo que resolverá con sus propios recursos económicos.

E. La empresa GASDICOM S.A – E.S.P deberá construir el 100 % de las redes principales, Conexiones e instalaciones internas, cumpliendo las normas técnicas y legales aplicables en la República de Colombia (...)."

23. 3) Aunque el Municipio de San Vicente del Caguán y Gasdicom denominaron el negocio jurídico que celebraron convenio para la "construcción [de] red[es] de gas natural comprimido y conexiones de [los] usuarios de menores ingresos en el municipio", se trató en realidad de un contrato cuyo objeto consistía en la construcción de infraestructura de distribución para la prestación del servicio público de gas combustible, así como en la prestación del mismo servicio público.

24. En este punto, la Sala recuerda que, como lo ha precisado esta Sección,¹⁷ *"la tipología y [el] alcance de un contrato [o mejor, de un negocio jurídico] se define[n] a partir de su contenido, mas no con fundamento en lo que las partes dicen que es, siendo en consecuencia irrelevante la denominación o 'nomen iuris' dado en el documento en el que se instrumentaliza"*.

25. Para la Sala resulta claro que el convenio No. 23 de 2011 corresponde a un contrato estatal,¹⁸ y no a uno de los convenios de asociación que celebran las entidades estatales con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y las funciones que les asigna a aquellas la ley, previstos en el artículo 96¹⁹ de la Ley 489 de 1998.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 21 de noviembre de 2022, exp. 60.138.

¹⁸ Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (se transcribe): *"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)"*.

¹⁹ Artículo 96 (se transcribe): *"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 aquellas 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 (...)"*.

26. A diferencia de lo que sucede en los contratos estatales –que son, por regla general,²⁰ negocios jurídicos bilaterales²¹ y onerosos²² en cuya estructura está presente el *sinalagma* en virtud del cual se produce un intercambio de un objeto por una contraprestación,²³ estructura negocial que sintetiza la locución latina *do ut des*–,²⁴ la finalidad de los acuerdos de colaboración como los convenios de asociación consiste en “la ejecución conjunta entre una entidad pública y un particular de un cometido o [una] función asignad[os] por la ley a la primera.”²⁵ Así, la jurisprudencia²⁶ ha puntualizado que (se transcribe): “El cumplimiento de dich[o]s funciones y cometidos no participa de la noción de conmutatividad y, por tanto, de la necesidad de establecer el valor objetivo en el mercado por la prestación de un servicio o la obtención de un bien, sino que consiste en la colaboración de un particular que, dadas sus condiciones profesionales y su trayectoria, aportará, bajo la dirección y [el] seguimiento de la entidad pública, a la consecución de tales cometidos y funciones (...).”²⁷

27. El convenio No. 23 de 2011 en torno al cual gira la presente controversia revela la estructura de un contrato bilateral y oneroso pues, en virtud del negocio jurídico, el Municipio de San Vicente del Caguán y Gasdicom se comprometieron a intercambiar un objeto –la construcción de infraestructura de distribución para la prestación del servicio público de gas combustible y la prestación del mismo servicio público a cargo de la empresa– por una contraprestación o, más específicamente, un precio –los “aportes” a cargo de la entidad territorial y las correspondientes tarifas por la prestación del servicio–.

28. 4) Como ya se ha indicado, de las estipulaciones transcritas se advierte que el objeto y el alcance del convenio No. 23 de 2011 comprendían la “prestación del servicio público de gas natural domiciliario en el Municipio de San Vicente del Caguán”; o mejor, en los términos del otrosí No. 2 de

²⁰ Nada obsta para que puedan celebrarse contratos estatales unilaterales, gratuitos e, inclusive, aleatorios, en los términos de los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil.

²¹ Artículo 1496 del Código Civil (se transcribe): “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”

²² Artículo 1497 del Código Civil (se transcribe): “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.”

²³ En ese sentido, el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que “[l]os contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito.”

²⁴ Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, *do ut des* es una expresión que significa literalmente “doy para que des”. Disponible en: <https://dle.rae.es/do%20ut%20des>.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 30 de julio de 2021, exp. 48.947.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Vid.*, en ese mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de abril de 2020, exp. 46.963 (se transcribe): “[...] el convenio solo puede comprender las actividades relacionadas con el fin o la función y ello excluye la posibilidad de que exista un intercambio de bienes y servicios entre las partes asociadas. En efecto, el convenio de asociación se celebra para obtener la realización de fines comunes y por ello cada participante asume una parte de lo necesario para alcanzar el propósito colectivo planteado. En consecuencia, estos convenios no suponen una relación conmutativa, ya que la entrega del aporte o el cumplimiento de alguna obligación no podría considerarse equivalente a lo hecho por la otra parte, pues todo se hace en virtud de una finalidad común y ello impide que se configure esa correspondencia (...).”; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 13 de marzo de 2024, exp. 55.596 (se transcribe): “De acuerdo con la jurisprudencia, estos convenios se caracterizan porque ambas partes cooperan mutuamente en el cumplimiento del objeto pactado. No existe, en consecuencia, un intercambio ni una relación conmutativa en la que las partes asuman obligaciones equivalentes (v.gr. la realización de un servicio a cambio de una suma de dinero) (...).”

2012, actividades asociadas con la “implementación y [la] puesta en operación” y la “administra[ción], [la] opera[ción] y [el] manten[imiento] [d]el gasoducto urbano de la ciudad de San Vicente del Caguán”; esto es, actividades relacionadas con la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible. En relación con este punto, la Sala considera que, con ocasión de la celebración del referido otrosí, las partes del convenio no variaron el alcance y el objeto del negocio jurídico –en el sentido de ampliarlo o restringirlo–, sino que sencillamente modificaron la redacción de la estipulación que los describía –en el sentido de precisarla–.

29. Al respecto, la Sala pone de presente que el parágrafo del artículo 31²⁸ de la Ley 142 de 1994 preceptúa que los contratos que celebran los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios “se r[igen] para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, y que, “en todo caso, la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

30. Si bien la disposición recién citada es bastante escueta, resulta evidente que se refiere a contratos celebrados entre entidades territoriales y empresas de servicios públicos cuyo objeto corresponde a la prestación, por parte de estas empresas, de servicios públicos domiciliarios. La lectura de estos negocios en el marco constitucional de la liberalización de los servicios públicos que se desprende del artículo 365²⁹ superior –en virtud del cual, por regla general, el Estado y los particulares pueden constituir empresas de servicios públicos y prestar este tipo de servicios sin necesidad de celebrar un contrato para obtener una habilitación– pone en evidencia que la esencia de los contratos a los que se refiere el parágrafo en mención guarda relación con la infraestructura de los servicios públicos en caso de que la entidad territorial sea su titular.

31. En el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, se evidencia la existencia de un negocio jurídico celebrado entre una entidad territorial y una empresa de servicios públicos, y que el objeto de este negocio jurídico se encuentra íntimamente relacionado con la infraestructura del servicio público de gas domiciliario, justamente para efectos de la prestación de este servicio.

²⁸ Artículo 31 (se transcribe): “(...) Parágrafo: Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

²⁹ Artículo 365 (se transcribe): “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

32. 5) Aunque la escogencia de un prestador del servicio público domiciliario de gas combustible por parte del Municipio de San Vicente del Caguán debía efectuarse, según las voces del parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, “previa licitación pública”, ello no sucedió, en contra de la expresa prohibición legal de eludir los procedimientos de selección objetiva consagrada en el numeral 8 del artículo 24³⁰ de la Ley 80 de 1993. Así se lee en las consideraciones del convenio No. 23 de 2011, en donde se refiere la elección de la modalidad de selección de contratación directa (se transcribe):

“CONSIDERACIONES (...)

Que según conceptos 28624 del Junio 23 de 2009 y 30935 de Julio 6 de 2009 emitidos por el Ministerio de Minas y Energía, se precisa reiteradamente que ‘los proyectos son viabilizados y aprobados con unas determinadas características técnicas, financieras y económicas, que lo particularizan de acuerdo con los análisis, realizados para cada caso individual por la Empresa de Servicios Públicos correspondiente, por lo que una modificación en la asignación de la E.S.P., además de producir la alteración en el prestador, también y de forma colateral puede modificar sustancialmente el proyecto en su conjunto,...’, de donde se deduce que después de aprobado el proyecto y asignado los recursos, no se puede cambiar la empresa que ejecuta el proyecto, lo que implica incuestionablemente que en este caso procede la contratación directa, en los términos que lo establece el Estatuto de la Contratación Pública (...).”.

33. Por consiguiente, al aparecer “de manifiesto en el acto o contrato”³¹ y estar “plenamente demostrada”,³² y como en el proceso intervinieron “las partes contratantes”,³³ en ejercicio de la facultad conferida por el inciso tercero del artículo 141 del CPACA³⁴ y el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993,³⁵ la Sala **declarará, de oficio**, de conformidad con el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993,³⁶ la **nulidad absoluta** del convenio No. 23 de 2011. Lo anterior, por haberse celebrado contra la expresa prohibición legal de eludir los procedimientos de selección objetiva consagrada en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

34. 6) No se dispondrá nada sobre **restituciones mutuas**, ya que no está acreditado en el proceso que, “hasta el momento de la declaratoria”, existan “prestaciones ejecutadas” pendientes de pago.³⁷

³⁰ Artículo 24 (se transcribe): “(...) 8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto (...)”.

³¹ La primera parte del artículo 1742 del Código Civil establece que (se transcribe): “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (...)”.

³² Inciso tercero del artículo 141 del CPACA.

³³ *Ibid.*

³⁴ Artículo 141 (se transcribe): “(...) El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes (...)”.

³⁵ Artículo 45 (se transcribe): “La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación (...)”.

³⁶ Artículo 44 (se transcribe): “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (...)”.

³⁷ Artículo 48 de la Ley 80 de 1993 (se transcribe): “La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria (...)”.

35. 7) Finalmente, comoquiera que la declaratoria de nulidad del convenio No. 23 de 2011 abarca también los actos administrativos expedidos con ocasión del negocio jurídico, la Sala accederá al restablecimiento del derecho solicitado en la pretensión segunda de la demanda, por lo que **declarará** que Afiancol no está obligada a pagar al Municipio de San Vicente del Caguán ninguna de las sumas de dinero que se le ordenó pagar en la Resolución No. 459 de 2013.³⁸

2.2. Sobre la condena en costas

36. En la medida en que las decisiones en esta providencia adoptadas implican que el Municipio de San Vicente del Caguán es la parte vencida en el proceso, de conformidad con el inciso primero del artículo 188 del CPACA³⁹ y el numeral 4 del artículo 365⁴⁰ del CGP, se condenará en costas de ambas instancias a la entidad territorial. Estas deberán ser tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de 30 de octubre de 2024, proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caquetá y, en su lugar,

SEGUNDO: DECLARAR, de oficio, la nulidad absoluta del convenio No. 23 de 28 de junio de 2011.

TERCERO: DECLARAR que la Compañía Colombiana de Créditos y Fianzas S.A.S. – Afiancol S.A.S. no está obligada a pagar al Municipio de San Vicente

³⁸ En el artículo segundo de la Resolución No. 459 de 2013 se dispuso (se transcribe): “ARTICULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia de los siniestros que fueron pactados dentro del Convenio N° 023 del 28 de junio de 2011, que se exponen a continuación y que están amparados por la Compañía Colombiana de Créditos y Fianzas S.A. – AFIANCOL S.A. (...), mediante fianza No. 3155 de la cual es Acreedora el Municipio de San Vicente del Caguán de fecha de expedición 25 de Junio de 2012 como anexo 1 así: De acuerdo a la Cláusula Décima del convenio primigenio y a la Cláusula Sexta del OTRO SI No. 002, garantía del Cumplimiento del Contrato en cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del convenio y garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo en cuantía del 100% del valor total del anticipo.”

³⁹ Artículo 188 (se transcribe): “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 [entiéndase hoy, el CGP] (...)”.

⁴⁰ Artículo 365 (se transcribe): “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (...)”.

<i>Radicación:</i>	18001-23-33-000-2016-00204-01 (72.693)
<i>Demandante:</i>	Afiancol
<i>Demandado:</i>	Municipio de San Vicente del Caguán
<i>Referencia:</i>	Controversias contractuales
<i>Decisión:</i>	Revocar la sentencia de primera instancia

del Caguán ninguna de las sumas de dinero que se le ordenó pagar en la Resolución No. 459 de 2 de noviembre de 2013.

CUARTO: CONDENAR en costas de ambas instancias al Municipio de San Vicente del Caguán, las cuales se fijarán y liquidarán por el tribunal de primera instancia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente de la Subsección

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Firmado electrónicamente
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado