



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
TUNJA**

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2017-00121-00
DEMANDANTE: ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LA INSTITUCIÓN TÉCNICA EDUCATIVA MARCO AURELIO BERNAL DE GARAGOA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE GARAGOA
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

En virtud del informe secretarial que antecede, y en presencia de los presupuestos procesales y en ausencia de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, procede el Despacho a dictar sentencia de fondo dentro del proceso de la referencia.

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

La Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal a través de apoderada judicial, acude ante esta jurisdicción a fin de instaurar demanda en ejercicio del Medio de Control de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. contra el MUNICIPIO DE GARAGOA, para que previos los trámites legales, en sentencia, se pronuncie en forma favorable sobre las siguientes:

1. Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No.517 de 23 de septiembre de 2016, por medio de la cual el Municipio de Garagoa declaró el incumplimiento del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA-034-2015, impuso una sanción a título de cláusula penal del 20% y una multa del 5% del valor del convenio.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare que la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal no incumplió el Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA-034-2015 y por ende no está obligada a cancelar suma alguna por concepto de cláusula penal y multa. Asimismo, se ordene pagar a favor de la asociación demandante el valor de los perjuicios de orden material -daño emergente y lucro cesante- que fueron ocasionados y/o restablecimiento del equilibrio económico, derivado del pago que debió asumir la parte demandante.

2. Fundamento fáctico.

Se indica en el escrito de demanda que en desarrollo de su objeto social, la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Técnico Industrial

Marco Aurelio Bernal suscribió el Convenio de Asociación y Apoyo No.AMG.CA.034-2015, cuyo objeto es "AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR SUMINISTROS PARA DOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TALLER DE MECÁNICA INDUSTRIAL DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA BOYACÁ". Que dicho convenio se inició el 30 de noviembre de 2015, y para poder ejecutarlo se requería necesariamente ingresar al taller de mecánica industrial de la mencionada institución educativa.

Señaló que a efectos de ejecutar el convenio, el representante legal de la asociación de padres acordó con el señor Rafael Eduardo Martínez el mantenimiento mecánico, eléctrico, correctivo y preventivo de 4 tornos, 2 limadoras y los arreglos locativos del taller, por la suma de \$28.300.000; trabajos de los cuales alcanzó a realizar el mantenimiento preventivo y eléctrico de algunas máquinas antes que se suspendiera el convenio; sin embargo, como no pudo volver a ingresar al taller, su labor quedó suspendida. Que por la labor realizada recibió la suma de \$14.150.000, suma correspondiente al 50% del valor inicial pactado.

Precisó que el objeto contractual no pudo ser culminado por cuanto no fue posible ingresar al taller, toda vez que las llaves del mismo estaban a cargo y en poder del docente Edgar Smith Maldonado Amezcuita, quien desde el 05 de diciembre de 2015, salió a vacaciones y no las dejó ni facilitó el ingreso para realizar la ejecución del convenio en las fechas programadas, circunstancia que informada por Asopadres. Que la anterior circunstancia originó la suspensión del convenio tal y como consta en el Acta No.1 del 21 de diciembre de 2015, donde se señala además que no se pueden desarrollar actividades en obra, hasta no tener un acceso total al salón donde se encuentran las máquinas objeto del convenio.

Manifestó que durante el año 2016, cuando se reiniciaron las labores académicas, también se presentaron inconvenientes para ingresar al taller de mecánica industrial, toda vez que el docente Edgar Smith Maldonado Amezcuita, a pesar de las autorizaciones del Rector de la institución educativa, nunca permitió el ingreso al taller, manifestando ser el responsable del taller y que no permitiría el ingreso al mismo.

Resaltó que paradójicamente el profesor Edgar Smith Maldonado Amezcuita mediante peticiones de fechas 7 y 8 de abril de 2016, solicitó información de los avances del proceso de contratación para el mantenimiento y arreglo de las máquinas del taller de aprendizaje mecánica industrial, aduciendo que los dineros habían sido girados desde hacía 4 meses, obviando que él mismo fue quien no permitió el ingreso al taller para realizar el diagnóstico a las máquinas que allí se encontraban.

Que las anteriores dificultades fueron puestas en conocimiento del Alcalde Municipal de Garagoa y del respectivo supervisor, a fin de buscar una solución que permitiera reiniciar y culminar el convenio de asociación, sin obtener resultado alguno. Que ante la imposibilidad de hablar con el Alcalde y con el Supervisor, el día 25 de abril de 2016, la demandante radicó en la Alcaldía de Garagoa, memorial cuyo asunto fue: "Novedades en la Ejecución del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA-034-2015 en el taller de mecánica Industrial" señalando las dificultades para dar cumplimiento al convenio, por la imposibilidad para ingresar al taller de mecánica industrial para realizar el diagnóstico en las máquinas.

De igual forma, el 26 de abril de 2016, la parte demandante radicó memorial solicitando se reiniciara la ejecución de actividades del Convenio de Asociación y apoyo No. AMG-CA-034-2015, por cuanto se encontraba suspendido desde el 21

de diciembre de 2015, sin embargo, el Municipio de Garagoa, no dio respuesta alguna, ni tampoco dio reinicio al Convenio.

Ante dichos inconvenientes, aunado a la actitud desafiante del profesor Edgar Smith Maldonado y al silencio de la Alcaldía de Garagoa, la demandante se vio en la obligación de acudir a la Secretaría de Educación poniendo en conocimiento todas las inconsistencias y dificultades acaecidas para poder ejecutar el convenio de asociación, sin apoyo ni manifestación alguna por parte de la entidad contratante. Que en virtud de lo anterior, delegados de la Secretaría de Educación enviaron una comisión que verificó la situación acaecida y compelieron al Profesor Edgar Smith Maldonado a permitir el ingreso al taller para que se pudiera ejecutar el convenio, so pena de iniciarle una investigación disciplinaria. Sin embargo, para cuando el docente citado permitió el ingreso al taller, el Municipio de Garagoa citó a la ASOPADRES a audiencia para el 16 de agosto de 2016, con el fin de determinar el incumplimiento del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA-034-2015; audiencia en la cual no se tuvieron en cuenta las apreciaciones y pruebas allegadas por la parte demandante, evidenciándose una vulneración al derecho al debido proceso.

Indicó que el Municipio de Garagoa finalmente profirió la Resolución No. 517 del 23 de septiembre de 2016 *"por la cual declara el incumplimiento del convenio de asociación y apoyo AMG-CA-034 - 2015, cuyo objeto es: aunar esfuerzos y realizar suministro para dotación y mantenimiento del taller de mecánica industrial de la Institución Educativa del Municipio de Garagoa de Boyacá y se adoptan otras decisiones"*; acto administrativo en el cual se señaló equivocadamente que no se encuentra justificado el incumplimiento del contrato y el nivel de atraso del mismo, olvidando que el Municipio de Garagoa no ordenó el reinicio del convenio, habida cuenta que éste se encontraba suspendido; tampoco hizo requerimiento alguno, ni dio respuesta a las distintas solicitudes presentadas por la parte actora.

Dijo que contra la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de reposición señalando que no contó con el apoyo del Municipio de Garagoa, sino hasta el mes de agosto de 2016, a pesar de haber solicitado por escrito realizar el respectivo acompañamiento, aunado a las dificultades presentadas con el docente, circunstancia por la que no fue posible el cumplimiento del convenio atribuible a causas externas y ajenas a la Asociación de Padres de familia de la IETI Marco Aurelio Bernal. Que el Municipio de Garagoa confirmó su decisión señalando que las pruebas, en especial, la visita del 30 de agosto de 2016, se encontró un incumplimiento del convenio.

Resaltó que en el presente caso, no se da el incumplimiento por parte de la asociación demandante en la ejecución del convenio, sino por circunstancias externas ajenas a la misma, las cuales fueron puestas en conocimiento del contratante desde antes de declararse la suspensión del convenio, circunstancias que no fueron atendidas por el Municipio de Garagoa. Por consiguiente, el rompimiento unilateral del vínculo contractual por la administración no estuvo precedido de un balance real y objetivo ni en un prudente juicio, acorde con la causal cualificada, incurriendo en su declaratoria en irrefutables ligerezas y acomodadas interpretaciones, para evadir las propias responsabilidades contractuales que le caben.

3. Fundamentos de derecho.

Señala como normas violadas los artículos 2, 6, 25, 29, 83, 90 y 124 de la Constitución Nacional, y los Artículos 9, numeral 9; 18, 23, 26 numerales 1, 2 y 4; 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993; artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil.

Aduce que la entidad demandada, al declarar la caducidad del convenio, señalando el incumplimiento del mismo por causas atribuibles a mi representada, sin analizar ni tener en cuenta los verdaderos motivos que impidieron la ejecución del convenio, violentó los postulados de imparcialidad y buena fe; como también desconoció los fines esenciales del Estado, el derecho al debido proceso, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, ante la existencia o nacimiento del vínculo contractual, y en tal condición le correspondía la especial protección del Estado.

Que revisadas las actuaciones realizadas en desarrollo del Convenio de Asociación se encuentra que desde el 21 de diciembre de 2015, se impidió el acceso al taller de mecánica Industrial –donde se debía ejecutar el convenio- por parte de un docente de la Institución Educativa Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal, causa no atribuible a la demandante, puesta en conocimiento de forma oportuna a la Alcaldía de Garagoa, sin que esta hiciera trámite alguno en la institución educativa o realizara requerimiento alguno a la asociación accionante, omisión con la cual se advierte responsabilidad contractual a cargo del Municipio de Garagoa.

Reitera que la asociación demandante hizo todo lo que estuvo a su alcance para poder dar cumplimiento al convenio, sin tener respaldo alguno del Municipio de Garagoa, ni de otros entes estatales, cuando éstas eran las primeras llamadas a intervenir ante el impedimento de acceso al taller de mecánica Industrial puesto en conocimiento por Asopadres. En ese sentido, la demandante no incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ni en mora grave o atraso severo en la ejecución del convenio que pudiera evidenciar su necesaria paralización, y mucho menos que hubiesen antecedentes de haber sido sancionado con anterioridad mediante la imposición de multas por incumplimiento del objeto contractual. Por consiguiente, el rompimiento unilateral del vínculo contractual por la administración no estuvo precedido de un balance real y objetivo ni de un prudente juicio, acorde con las causales calificadas.

Considera que las causas generadoras de no haberse llevado oportunamente la ejecución del objeto contractual, son las siguientes:

a) Para la fecha en que inició el Convenio, no fue posible el ingreso al taller de mecánica Industrial de la IETI Marco Aurelio Bernal; porque no se encontraba la persona que tenía las llaves; porque posteriormente el docente que tenía las llaves impidió el ingreso al taller; porque el docente Maldonado desatendió las órdenes de su superior y, porque hubo un silencio total del Municipio de Garagoa en la irregularidad advertida por Asopadres.

b) Se suspendió el Convenio de Asociación suscrito entre ASOPADRES y el Municipio de Garagoa y a pesar de la solicitud de la demandante, el mismo no se reinició.

Así las cosas, el impedimento de ingreso al taller, obviamente imposibilitó la ejecución de los trabajos; y, por ello, la administración no podía aducir en su resolución de caducidad que “cumplió con el objeto contractual”. Su deber era, en consecuencia, haber tomado las medidas de control que garantizarán la ejecución del contrato, el ingreso al taller, porque estaba demostrada la existencia de fuerza mayor o motivos ajenos a la voluntad de la demandante en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. En definitiva, las deficiencias no eran imputables al contratista.

Que según lo dispuesto por los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 83 de la Constitución Nacional, en las actuaciones

relacionadas con la contratación estatal deben aplicarse las reglas de interpretación establecidas y cumplirse los postulados de buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos antes y durante la ejecución del contrato -principios que tienen proyecciones procesales-, lo que no tuvo en cuenta la administración al declarar la caducidad del contrato, porque por ninguna parte se observa el sentido de seguridad, imparcialidad, responsabilidad, honorabilidad ni voluntad de reconocer los derechos vulnerados en las decisiones acusadas.

Manifiesta que la presunción de legalidad de la Resolución No.517 de 23 de septiembre de 2016, se desvirtúa teniendo en cuenta que se generaron incumplimientos al convenio de asociación y apoyo por parte del Municipio de Garagoa, en especial a las cláusulas séptima, numeral 4, en razón a que no se ejerció la supervisión del convenio de forma adecuada; y décima, denominada, obligaciones conjuntas, numeral 1, ya que no se hizo un seguimiento de las actividades que se debían ejecutar y la administración municipal, a través de su delegado, no brindó la colaboración necesaria para llevar a cabo la ejecución del convenio.

De igual manera, señala que la administración municipal no debió imponer la caducidad del convenio en contra de la Asociación ya que no se presentaron ni se cumplieron los requisitos necesarios para declarar la caducidad, los cuales son: a) Que exista un incumplimiento de las obligaciones del contratista; b) que ese incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, y, c) que el incumplimiento evidencie que puede conducir a la paralización del contrato. Lo anterior, en razón a que para el momento en que se dio inicio al proceso administrativo sancionatorio, el convenio estaba suspendido y por ende no se podía establecer si existía un incumplimiento grave que afectara la ejecución del contrato.

Indica que la administración incumplió su deber de suscribir acta de reinicio ya que superadas las condiciones que originaron la suspensión, estaban en la obligación de reiniciar el convenio ya que esta suspensión no puede ser indefinida. La finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Enrique Gil Botero. 28 de abril de 2010. Rad. 16431. Actor: Jorge Enrique Romero. Ddo: Municipio de Arauca.)

Expresa que la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. Que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha resaltado la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-. Sin embargo, su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso y el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción.

Que una evidencia de las irregularidades presentadas, es que para verificar el cumplimiento del Convenio de Asociación, se decretó en el desarrollo de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, una inspección ocular consistente en ingresar al taller para evidenciar si se ejecutó el objeto del convenio, cuando desde el principio el representante Legal de la Asociación de Padres de Familia, informó que no le fue permitido el ingreso al taller; además se designó como perito al docente Edgar Smith Maldonado, persona que precisamente fue la que no permitió el ingreso al taller de mecánica industrial. Que todas las pruebas evidenciaron que en efecto, no fue posible ingresar al taller, para verificar el estado de las máquinas, para constatar las referencias de los repuestos y proceder a su mantenimiento.

Precisa que a pesar que todas las pruebas señalaban que la Asociación de Padres de Familia puso en conocimiento del Municipio de Garagoa, que solicitó apoyo a personería municipal y que se vio obligado incluso a acudir a la Secretaría de Educación para encontrar una solución a la actuación irregular de un docente que ni siquiera obedeció las órdenes del rector, la asociación demandante fue sancionada con la cláusula penal por incumplimiento total y, adicional a ello, se le impuso una multa del 5% por incumplimiento, sin que se hubiesen cuantificado los perjuicios que soportaran la sanción impuesta.

Así las cosas, considera que se desconoció el procedimiento establecido en el artículo 86, imponiéndose la máxima sanción a la parte demandante, cuando esta estuvo de manos atadas para ejecutar el convenio, y ante la ausencia del Municipio de Garagoa que no reinició el convenio, además de no contar con un verdadero supervisor para constatar las fallas presentadas ajenas a ASOPADRES. Dice que además se vulneró el derecho de defensa de esta última, pues no fue escuchada y las pruebas fueron valoradas de manera arbitraria, por cuanto las mismas no señalan ni evidencian lo concluido en la resolución objeto de la presente demanda.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 31 de julio de 2017 (fl.31), siendo asignada a este Despacho mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl.169); posteriormente, a través de auto calendado del 06 de octubre de 2017 (fls.171-173), se inadmitió la demanda. Luego mediante auto de 01 de diciembre de 2017 (fls.177-178), se dispuso su admisión ordenando las notificaciones y el traslado respectivo, término dentro del cual la entidad accionada contestó la demanda. Posteriormente, mediante auto de 08 de junio de 2018 (fl.210), el Despacho convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial, la cual tuvo lugar el 26 de junio de 2018 (fls.213-219), en donde se decretaron las pruebas del proceso. Finalmente, en audiencia llevada a efecto el 17 de octubre de 2018, previo el recaudo probatorio, se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito (fls.323-326).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Municipio de Garagoa (fls.186-199)**, a través de apoderado judicial, presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer éstas de fundamentos fácticos y jurídicos, solicitando en su lugar, se declare la nulidad absoluta del contrato al ser indiferentes a usar el procedimiento establecido legalmente de selección del contratista. Por otra parte, manifestó que el accionante insta que se decrete la nulidad del acto administrativo que decretó el incumplimiento del contrato, pues a su parecer dicho incumplimiento fue por causas atribuidas a un tercero, aunque no existe comprobación alguna de su dicho pues por el contrario aparece acreditado que el contratista inobservó el contrato y el incumplimiento está

fundamentado en otros hechos y omisiones que no fueron contraprobados por la parte demandante, motivo por el cual no puede justificar su incumplimiento haciéndolo derivar de la existencia de las mismas.

Precisó que el día 30 de noviembre de 2015, se dio inicio al Convenio de Asociación, sin embargo, para ejecutar el mismo no se requería necesariamente ingresar al taller de mecánica industrial de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal, pues en ningún aparte del convenio quedó estipulado ello, ni existe acta que aluda a tal requisito.

Señaló que no es excusa de la parte demandante aludir que no fue posible el ingreso al taller y que el precio del dólar había subido, cuando del acervo probatorio recolectado para declarar el incumplimiento lo que se probó fue que dentro del término de ejecución del convenio, esto es, del 30 de noviembre al 21 de diciembre de 2015, se limitó a seleccionar el personal con que realizaría el mantenimiento, y sólo a finales de febrero e inicios de marzo de 2016, se presentaron a realizar el trabajo. Que la inspección ocular y el informe presentado por el supervisor, demostraron el nivel de atraso de la ejecución y que los recursos recibidos por la Asociación nunca fueron invertidos en el desarrollo del objeto del convenio.

Aclaró que el convenio nunca sufrió ninguna suspensión, pues el acta que se alude en el escrito de demanda que data de 21 de diciembre de 2015, fue suscrita por el Representante Legal de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal y el Contratista, siendo incompetentes para ello si se tiene en cuenta que dicha facultad sólo reside en el Alcalde Municipal en su calidad de ordenador del gasto, conforme a la Ley 80 de 1993.

Dijo que para que la administración pueda asumir la dirección y control de la ejecución del contrato y ejercer la potestad sancionatoria, se establece un programa o cronograma de trabajo que contiene una serie de plazas parciales, dentro de los cuales el contratista debe ejecutar el contrato de tracto sucesivo. De manera que el vencimiento del plazo estipulado en el contrato sin que el contratista haya satisfecho sus prestaciones o las haya atendido tardía o defectuosamente, configura de pleno derecho el fenómeno del incumplimiento contractual. Casos en los cuales opera automáticamente la mora sin necesidad de reconvención o intimación para que el contratista cumpla la prestación.

Propuso las excepciones de **i)** Legalidad de los motivos aducidos por la administración para declarar el incumplimiento; **ii)** No desviación de poder – proporcionalidad y legalidad en la imposición de multas y sanciones – existencia de desequilibrio económico con el cumplimiento del contratista; **iii)** Falta de Competencia del representante legal de la Asociación de Padres de Familia y Supervisor para suspender el convenio unilateralmente y, **iv)** Causales de nulidad del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA-034-2015 (fls.191-197).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. PARTE DEMANDANTE (fls.330-331).

En esta oportunidad, la apoderada de la parte actora reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en el escrito de demanda.

Refirió que el artículo 335 de la Constitución Nacional establece que el Gobierno Nacional podrá celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. Que la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Técnico Industria Marco

Aurelio Bernal es de reconocida idoneidad por cuanto: **i)** ha realizado laborales en pro de la dicha institución educativa, **ii)** ha buscado impulsar programas o actividades de interés público, fortalecer la educación de los estudiantes con el buen funcionamiento de las máquinas que se encuentran dispuestas para tal fin y, **iii)** estos programas o actividades se encuentran acordes con el plan de desarrollo, precisamente el mejoramiento a la educación, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, al realizarse proyectos para satisfacer las necesidades de la comunidad educativa.

Señaló que la entidad demandada indica que el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta, por cuanto el representante legal no contaba con la autorización de la Asamblea General para suscribir el convenio. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el documento que obra folio 288 del expediente, suscrito por el actual Presidente de la Asociación de Padres de Familia en el que se indica que en el Acta No. 43 del libro de actas, se encuentra se encuentra la autorización interna.

2. PARTE DEMANDADA (fls.332-335)

El apoderado del Municipio de Garagoa manifestó que el acto de declaratoria de caducidad y la imposición de la multa no está en curso de nulidad por cuanto está probado que el convenio no fue ejecutado en los términos pactados. Que según la declaración del señor Rafael Eduardo Martínez Mora, los ítems ejecutados no corresponden a más de un 5% de los señalados en la cláusula segunda del Convenio AMG-CA-034-2015. Que en el informe dado por el Supervisor del Convenio, Ing. Miguel Ángel Solano Peralta, el 14 de abril de 2016, se describe que *"en el cumplimiento de la verificación se encontró que a la fecha no se han realizado ningún tipo de actividades ni se ha realizado la presentación de pruebas que indiquen la entrega de suministros."* De igual manera, el 11 de julio de 2016, los diferentes padres de familia de la institución educativa informan que *"algunas máquinas están desarmadas y no terminadas sus mantenimientos. Los estudiantes de la especialidad no pueden terminar sus prácticas y tampoco pueden terminar sus proyectos de grado por falta de maquinaria en el taller"*. (fl.332)

Reiteró que de las pruebas aportadas es claro que en el presente caso no se estaba ante un programa de interés público, no se contaba con proyecto de inversión y tampoco estaba consagrada como una meta el plan de desarrollo de la época, es decir que no se reunían los presupuestos consagrados en el Decreto 777 de 1992, para que la administración de la época hubiere seleccionad al contratista en forma directa sin haber adelantado proceso de selección como lo establece el Estatuto de Contratación Pública, frente a lo cual se estaría ante la nulidad absoluta del convenio.

Que de conformidad con lo indicado en el Certificado de existencia y Representación Legal de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal, cualquier actuación que fuere a realizar el presidente tenía que tener una aprobación dependiendo la suma a contratar; en el presente caso debía contar con la autorización de la Asamblea General situación que no ocurrió, pues está acreditado a folios 288 a 322 que la misma asociación informó que la única autorización que existió para suscribir el convenio fue de la Junta Directiva, razón por la cual, el representante legal de la asociación no tenía capacidad para suscribir el Convenio AMG-CA-034-2015.

Finalmente, expresó que no puede aludirse que el Municipio de Garagoa violentó los postulados de imparcialidad, buena fe, los fines esenciales del Estado y debido proceso, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones al declarar el incumplimiento del convenio, pues el mismo fue producto de un trámite administrativo en donde se citó a audiencia al representante legal de la asociación

demandante y se escucharon sus descargos, garantizándole así el derecho de defensa.

3. MINISTERIO PÚBLICO.

La delegada del Ministerio Público no emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

De acuerdo con lo expuesto por las partes, corresponde al Despacho estudiar en primer lugar, si es procedente declarar de oficio la nulidad absoluta del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 con fundamento en las causales alegadas por el apoderado del Municipio de Garagoa. Luego, en caso de determinarse la improcedencia de la declaratoria de nulidad, corresponderá al Despacho examinar la legalidad de la Resolución No. 517-2016 de 23 de septiembre de 2016, por medio de la cual el Alcalde Municipal de Garagoa declaró el incumplimiento y la caducidad del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 celebrado con la Asociación de Padres de Familia de la Institución Técnica Industrial Marco Aurelio Bernal, en orden a establecer si como se aduce en la demanda, resulta procedente su declaratoria de nulidad por los cargos invocados; o si por el contrario, como lo indica la defensa debe preservarse incólume su presunción de legalidad por haberse cumplidos los requisitos formales y sustanciales exigidos para su expedición.

2. Marco jurídico aplicable.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, se abordará el análisis de los siguientes puntos: **i)** De los fundamentos de la contratación estatal; **ii)** De los principios que rigen la contratación estatal; **iii)** Del principio de transparencia; **iv)** Del principio de selección objetiva; **v)** De los convenios de asociación; **vi)** el caso concreto y lo probado y, **vii)** la solución del caso concreto.

2.1. De los fundamentos de la contratación pública.

En materia de contratación estatal la selección de los contratistas está sujeta al cumplimiento de los preceptos y principios establecidos en el preámbulo y en los artículos 1º y 2º de la Constitución Nacional, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

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

Por su parte, el artículo 365 Superior, señala que "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado," que es deber de éste "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional," que "podrán ser prestados por el Estado,

directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” y que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”

Las anteriores disposiciones Constitucionales encuentran pleno desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [además de la obtención de utilidades cuya obtención garantiza el Estado] colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*¹

Por otra parte, existe una cláusula de competencia especial para la Administración derivada de las funciones asignadas por el artículo 209 de la Constitución Nacional², relacionadas con: **i)** Estar al servicio de los intereses generales; **ii)** Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, **iii)** Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas.

Así las cosas, es evidente que en el ordenamiento jurídico colombiano existe una especificidad Constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º y 2º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción³.

Por lo anterior, la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta el Estado para el cumplimiento de los fines constitucionales, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos, la precontractual propiamente dicha y, a lo largo de la existencia del contrato estatal, se impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios Constitucionales y con miras a satisfacer el interés general.

2.2. De los principios que rigen la contratación estatal.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, prevé que las actuaciones de quienes intervengan en la actividad contractual debe regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por lo anterior, se establece que la actividad contractual del Estado persigue la prestación de servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general; razón por la cual ésta debe regirse por los principios de la función administrativa de transparencia y economía, los cuales se tornan eficaces en la

¹ Entre corchetes derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

² Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

³ Consejo de Estado, sentencia de 27 de enero de 2016, Exp. No. 760012331000200502371 00 (49.847), Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

medida que en la actividad se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también asegura la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.⁴

2.3. Del principio de transparencia.

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general⁵, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el proceso contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la administración, etc.

La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes, pues de lo contrario también se vulneraría el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un grupo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁶, para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación o concurso, regulaba los casos en que se podía contratar directamente.

2.4. Del principio de selección objetiva.

La selección objetiva prevista en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007⁷, alude a aquel principio conforme al cual la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable a la entidad y las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros y reglas previamente establecidas tanto en la ley, cómo en el pliego de condiciones.

La normativa a la que se alude también dispone que el "**ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido**" y que "el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello."

⁴ Consejo de Estado, sentencia de 13 de febrero de 2015, Exp. No. 29.473

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.

⁶ Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁷ Modificado parcialmente por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

De ésta forma, se entiende que la favorabilidad en la propuesta no sólo hace referencia a que la administración adopte su decisión de adjudicación desprovista de todo tipo de afecto, interés o motivación subjetiva, sino también a que esa propuesta sea la más favorable a sus intereses, teniendo en cuenta tanto los factores de escogencia que ella misma ha establecido previamente en los respectivos pliegos de condiciones, como las reglas de procedimiento consagrado en la ley para la tipología del contrato que se pretende celebrar⁸.

Así las cosas, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración de tipo subjetivo.

Por otro tanto, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras cosas, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista seguirá el procedimiento o modalidad de selección previsto en la ley para la tipología del contrato que pretende celebrar, que actuará de forma imparcial y objetiva, sujetándose a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en la norma y en los pliegos de condiciones y no procederá de forma oculta, arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones subjetivas⁹.

En consecuencia, si no se sigue el procedimiento previsto en la ley para la tipología de contrato que se pretende celebrar se vulnera el principio de selección objetiva, pues se estaría dejando a la voluntad de la administración tanto el procedimiento a seguir para cada contrato que pretenda celebrar, como la selección del contratista. Aún más cuando no se adelanta el procedimiento de selección previsto en la Ley para cada tipología de contrato, no solamente se vulnera el principio de selección objetiva, sino también la prohibición expresa contenida en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹⁰.

2.5. De los Convenios de Asociación.

Frente al marco normativo de los convenios de asociación, se tiene que el **artículo 355 de la Constitución Política de Colombia** establece que:

"Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y **municipal podrá**, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.** El Gobierno Nacional reglamentará la materia" (Negrillas del Despacho)*

A partir del anterior precepto, se concluye que la Constitución Nacional prohíbe a "todas las ramas u órganos del poder público" decretar "auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado". Sin embargo, también autoriza a los gobiernos nacional y territorial, para que "con recursos de los respectivos

⁸ Consejo de Estado, sentencia de 15 de diciembre de 2017, Exp. No. 76001-23-33-000-2013-00169-01(50045), Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹ Consejo de Estado, sentencia de 4 de junio de 2008, Exp. No. 17.783.

¹⁰ Consejo de Estado, sentencia de 15 de diciembre de 2017, Exp. No. 76001-23-33-000-2013-00169-01(50045), Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

presupuestos" celebren "contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo"; facultando al gobierno nacional para reglamentar esta contratación.

Los antecedentes y alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 355 de Constitución Nacional fue objeto de estudio por parte del Consejo de Estado¹¹, quien concluyó que la autorización al Congreso de la República dada en la reforma Constitucional de 1968 para "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo", devino en distintas formas de desviación de los recursos públicos. Tema que fue objeto de debates en la Asamblea Nacional Constituyente en donde se determinó la adopción del artículo 355 para prohibir la transferencia a los particulares, a título gratuito, de recursos públicos, permitiendo "que se continuara con las labores de fomento y apoyo sólo mediante contrato y con unos estrictos requisitos"; contratos que "se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de **alianza de fuerzas públicas y privadas para lograr un mismo propósito**... Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes y servicios, sino un **convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar**".¹² (Negrillas del Despacho)

Así pues, los estrictos requisitos establecidos por la norma superior hacen referencia a que el particular con el que se contrate sea una entidad, esto es, una **persona jurídica sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad; y a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, corresponda a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo**.¹³

En virtud de lo dispuesto por el propio artículo 355 Constitucional, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 777 de 16 de mayo de 1992**¹⁴, "Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política", modificado por el **Decreto 1403 de 26 de agosto de 1992**. En consecuencia, además de los requisitos Constitucionales descritos anteriormente, deben tenerse en cuenta los reglamentarios contenidos en los decretos en mención.

El artículo primero del Decreto 777 de 1992, dispuso lo siguiente:

"Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos

¹¹ Ver entre otros pronunciamientos, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de febrero de 2005, Exp. No. 1626, Consejera. Ponente Dra. Gloria Duque Hernández; Concepto del 31 de agosto de 2005, Exp. No. 1666, Consejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Concepto del 23 de febrero de 2006, Exp. No. 11001-03-06-000-2005-01710-00, Consejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Concepto del 25 de septiembre de 2008, Exp. No. 11001-03-06-000-2008-00040-00 (1911), Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de septiembre de 2008, Exp. No. 11001-03-06-000-2008-00040-00 (1911).

¹³ Consejo de Estado, sentencia de 03 de septiembre de 2009, Exp. No. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957), Consejero Ponente Dr. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

¹⁴ Derogado por el Decreto 092 de 23 de enero de 2017.

diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.

Se entiende por **reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado**" (Negruillas del Despacho).

De acuerdo con la normatividad trascrita, el Honorable Consejo de Estado¹⁵ estableció las siguientes condiciones y requisitos que deben cumplir los contratos de apoyo, así:

- i)** Celebrarse con personas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para realizar el objeto del contrato, lo cual deberá evaluarse previamente por la entidad en escrito motivado, respetando el régimen de inhabilidades propio que se establece para este tipo de entidades privadas.
- ii)** Que lo contratado corresponda al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro.
- iii)** Elevarse a escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, sin perjuicio de que puedan incluirse cláusulas exorbitantes.
- iv)** Ser congruente su objeto con los programas y actividades de interés público incluidos en los planes de desarrollo nacional o seccionales, según el caso.
- v)** Que la actividad no pertenezca a las excepciones contempladas en el artículo 2º del decreto 777 de 1992.
- vi)** El gasto debe estar presupuestado (principio de la legalidad del gasto).
- vii)** No incluir una contraprestación directa en favor de la entidad pública, pues, de lo contrario, debe celebrarse un contrato con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes; o involucrar transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para desarrollar funciones públicas o suministrar servicios; o apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas; o transferencias que efectúe el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio; o encargar a otras personas jurídicas que desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con instrucciones de esta última.
- viii)** Establecer una interventoría, que podrá ser ejercida por un funcionario de la entidad contratante o puede contratarse con persona de reconocida idoneidad.

¹⁵ Ver Sentencias de 25 de septiembre de 2008, Exp. No. 11001-03-06-000-2008-00049-00(1911), Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO, y Sentencia de 09 de mayo de 2014, Exp. 20001-23-31-000-1999-00667-01(28052), Consejero ponente: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO

ix) Prever la constitución de garantías adecuadas de manejo y cumplimiento, con la posibilidad de aceptar garantías reales o personales cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales.

x) Ser publicados en el Diario Oficial, cuando la cuantía sea igual o superior al equivalente de cien salarios mínimos mensuales (100 SMMLV), o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial.

De igual manera, en reciente pronunciamiento la Alta Corporación¹⁶ determinó los requisitos esenciales de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, así:

- La naturaleza jurídica de las partes se constituye en sujetos calificados, toda vez que en la celebración de este tipo de contratos deben participar una o varias entidades públicas de las autorizadas en el Decreto 777 de 1992 (Nación, Departamentos, Distritos o Municipios, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas) y uno o varias "entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad".
- La finalidad o propósito del contrato, consiste en impulsar programas y actividades de interés público acordes con la ley del Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo.
- La asignación de recursos de los respectivos presupuestos públicos para la ejecución de los mencionados planes de desarrollo¹⁷.

En ese sentido, es posible concluir que cuando la actividad que el Estado quiera fomentar pueda realizarse con el cumplimiento de los requisitos expuestos anteriormente, se estará bajo la hipótesis contemplada en el artículo 355 de la Constitución Política. En caso contrario, la administración deberá estarse a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Cabe resaltar que, además de los anteriores requisitos, en los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la Constitución Política y regulados por el Decreto 777 de 1992, y sus decretos modificatorios, las prestaciones acordadas deben ser concurrentes hacia un fin común, esto es, en favor de la comunidad y para el propósito del interés público. Por ello, estos tipos de contratos se entienden como de tipo colaborativo entre las entidades públicas y las entidades sin ánimo de lucro, estas últimas de carácter benéfico y apartadas del régimen de reparto de utilidades¹⁸.

Frente a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conceptuó lo siguiente:

*"Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes y servicios, sino un convenio para colaborarse en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al **coincidir el objeto social del privado que***

¹⁶ Sentencia de 02 de agosto de 2018, Exp. No. 25000-23-26-000-2012-00490-01(57122), Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, radicación número: 760012331000200404640 02 (55.147), actor: Ruiz Arévalo Constructora S.A., demandado: INVYUMBO.

¹⁸ Sentencia de 02 de agosto de 2018, Exp. No. 25000-23-26-000-2012-00490-01(57122), Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar¹⁹.
(Negrillas del Despacho)

Ahora, como se ha venido analizando, los convenios de asociación tienen un régimen legal mixto, pues a partir del contenido del artículo 355 de la Constitución Nacional y del Decreto 777 de 1992, se concluye que *"es de su esencia la participación de entidades públicas y la ejecución de los planes y programas de desarrollo con los recursos de presupuestos estatales, en forma tal que resulta innegable que a este tipo de convenios se le aplican los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política*²⁰ *y las reglas fiscales de ejecución de los presupuestos públicos, las cuales aparecen expresamente invocadas en el referido decreto*²¹/²².

De igual manera, el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, establece que dichos contratos *"deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983."*

Así pues, la aplicación del derecho común se refiere a *"los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares"*, razón por la cual, **los contratos con entidades sin ánimo de lucro pueden celebrarse bajo la modalidad de selección y negociación directa, siempre y cuando éstas reúnan las condiciones o requisitos previstos en dicho decreto**.²³ En otras palabras, los contratos pueden celebrarse mediante un sistema de selección regido únicamente por los condicionamientos del referido decreto y mediante el libre consenso de las partes, sin perjuicio de que conste por escrito y que para su ejecución, por parte de las entidades públicas, se requiera de la disponibilidad presupuestal correspondiente, en los términos de las disposiciones especiales del Decreto 777 de 1992.

Por otra parte, teniendo en cuenta la invocación del derecho entre particulares y la naturaleza del Decreto 777 de 1992, como decreto autónomo²⁴ - en virtud de lo cual su regulación no requiere de ley que lo desarrolle, dada su naturaleza Constitucional- se concluye la regla general de no aplicación de la Ley 80 de 1993, a este tipo de contratos, sin perjuicio de las prerrogativas derivadas de las cláusulas exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, cuando ellas se hubieran pactado dentro del respectivo convenio.

Finalmente, el Decreto 777 de 1992, consagró las facultades de terminación unilateral en el evento de incumplimiento de las obligaciones contractuales, así:

"Artículo 15.- La entidad contratante podrá dar por terminados unilateralmente los contratos con las entidades a que se refiere el presente Decreto y exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar, cuando éstas incurran en incumplimiento de sus obligaciones contractuales". (Negrillas del Despacho)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de septiembre de 2009, Interno 1957, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

²⁰ "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

"Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

²¹ En el mismo decreto se estableció: "Artículo 14º.- Los contratos a que se refiere el presente Decreto estarán sujetos al respectivo registro presupuestal y al control fiscal posterior por parte de las respectivas Contralorías en los términos establecidos en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política".

²² Sentencia de 02 de agosto de 2018, Exp. No. 25000-23-26-000-2012-00490-01(57122), Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

²³ *Ibidem*.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C 324 de 2009.

En ese sentido, dado el carácter especial de la referida norma, dicha disposición es aplicable a los contratos regulados por el citado decreto, sin necesidad de acudir a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública previsto en la Ley 80 de 1993.

3. Del caso concreto y lo probado.

Como se refirió en el problema jurídico planteado, el Despacho se pronunciará en primer lugar, frente a las causales de nulidad absoluta del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 alegadas por el apoderado del Municipio de Garagoa.

En ese sentido, se observa que, en los escritos de contestación a la demanda y de alegatos de conclusión, el apoderado judicial de la entidad demandada manifiesta que el Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 se encuentra incurso de nulidad absoluta por las siguientes razones:

- a) De conformidad con el Certificado de Existencia y Representación de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal, dentro del objeto misional para el cual fue creada no se estipula dentro del giro normal de sus actividades, el mantenimiento y dotación de máquinas industriales, razón por la cual, el objeto misional de la asociación no le permitía por sí sólo la suscripción y ejecución del convenio (fl.196).
- b) La asociación no tenía idoneidad y experiencia directamente relacionada con el objeto contratado.
- c) No se reunían los presupuestos del Decreto 777 de 1992, para que la administración municipal de la época hubiere seleccionado al contratista de manera directa sin haber adelantado proceso de selección como lo establece el Estatuto de Contratación Pública.
- d) El Presidente de la Asociación de Padres no tenía capacidad jurídica para suscribir el convenio por cuanto no contaba con la autorización expresa de la Asamblea General de la Asociación, de conformidad con lo estipulado en el Certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio.
- e) El objeto del convenio no desarrolla programas de interés público a los que alude el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 777 de 1992.
- f) Violación del artículo 5º del Decreto 777 de 1992, al no haberse constituido las respectivas garantías.

Descendiendo al caso bajo estudio, respecto de los tres primeros literales encuentra el Despacho que en el Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 suscrito el 27 de noviembre de 2015, suscrito entre el Alcalde Municipal de Garagoa y el Representante Legal de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Técnica Industrial Marco Aurelio Bernal, se pactaron las siguientes cláusulas (fls.36-40 Cdo. Ppal y 69-73 Cdo. Anexo 1):

"...10). Teniendo en cuenta que la Administración Municipal vela por los intereses de la comunidad estudiantil, en este caso de los estudiantes, y viendo el estado actual de la maquinaria utilizada en el taller de mecánica industrial la cual presenta defectos por el tiempo de uso, se ve la necesidad de realizar el suministro para la dotación y reparación de los tornos utilizados para la educación y el aprendizaje de los estudiantes del I.E.T.I., evitando que los elementos de aprendizaje sigan

RADICACIÓN No.15001-33-33-007-2017-00121-00
DEMANDANTE: ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA I.E.T.I. MARCO AURELIO BERNAL
DEMANDADO: MUNICIPIO DE GARAGOA
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

deteriorando, y por el contrario se les pueda dar más vida de uso. (...) **CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONVENIO: AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR SUMINISTROS PARA DOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TALLER DE MECÁNICA INDUSTRIAL DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA – BOYACÁ. CLÁUSULA SEGUNDA. ESPECIFICACIONES TECNICAS DEL OBJETO: LA ASOCIACION ejecutará el objeto del presente convenio teniendo en cuenta los siguientes ITEMS, descripciones, unidades, cantidades y valores:**

ITEM	DESCRIPCION	UN	CANT.
1	SUMINISTRO E INSTALACION DE MATERIAL PARA MAQUINARIAS		
1.1	CORREA TRAPEZOIDAL	UN	12
1.2	RODILLO DE 3" 1/2" D=2" 3/4"	UN	8
1.3	RODILLO DE 5" 1/2" D=4" 7/8"	UN	8
1.4	PALANCA MANGO HERGONOMICO	UN	6
1.5	ACEITE PARA MAQUINA CAÑECA X 5 GALON	UN	4
1.6	TUERCA BRONCE 2.5" X 3" X 1.5" R CUADRADA 9/16"	UN	4
1.7	TORNILLO CABEZA CILINDRICA 7/8" X 2" INCLUYE ESPARRAGO R CUADRADA 9/16" X 12" AJUSTE AAAA	UN	4
1.8	TORNILLO CABEZA CILINDRICA 5/8" X 2" INCLUYE ESPARRAGO 9/16" X 12" AJUSTE AAAA	UN	4
1.9	TUERCA BRONCE 2.5" X 3" X 1.5" R CUADRADA 9/16"	UN	4
1.10	PIÑON BRONCE DE 62 mm M: 1.75 EJE: 15mm CUNERO 3/16"	UN	4
1.11	PINON DE 92mm M: 2.75 EJE: 45mm CUNERO 3/16"	UN	4
1.12	PIÑON DE 192mm M: 2.75 EJE: 45mm CUNERO 3/16"	UN	4
1.13	FRENO COPA	UN	4
1.14	LEVAS FRENO DE COPA	UN	4
1.15	CUNAS VOLANTE EJE PRINCIPAL	UN	4
1.16	TUERCA SEGURIDAD 14mm P	UN	20
1.17	TORNILLO FRENO CONTRAPUNTO 1" X 1" R.F. CABEZA REDONDA TALADRO 5/16" R.O.	UN	1
1.18	PALANCA CONICA ROCA 5/16" X 1/2" MANGO 4"	UN	1
1.19	TORNILLO BRISTOL 5/16" X 1/2"	UN	4
1.20	TERMICOS 12 A 18 AMP	UN	12
1.21	FRENO CONTRAPUNTO VER MUESTRA HIERRO FUNDIDO	UN	8
1.22	MORDAZA FRENO MOTOR	UN	4
1.23	ZAPATA FRENO MOTOR D: 11" ANCHO: 1,5"	UN	4
1.24	RETENEDORES	UN	8
1.25	TORNILLOS TORRETA 1/2" X 2" R.O. CABEZA CUADRADA 1/2"	UN	48
1.26	TOPES PALANCA CAMBIOS	UN	20
1.27	TUERCAS 7/8"	UN	4
1.28	TORNILLOS 7/8" X 5" GRADO 5	UN	4
1.29	LLAVE COPA CUADRANTE EXTERNO 1/2" BRAZO ECUALIZABLE PARA COPA TORNO	UN	4
1.30	LLAVE COPA CUADRANTE INTERNO 1/2" BRAZO ECUALIZABLE PARA COPA TORNO	UN	4
1.31	SILICONA GRIS	UN	5
2	MATERIALES PARA INFERAESTRUCTURA		
2.1	PINTURA TRAFICO AMARILLA CAÑECA X 5 GALONES	UN	6.5
2.2	PINTURA TRAFICO BLANCA	GALON	1
2.3	PINTURA ACETE	GALON	2
2.4	THINNER	GALON	16
2.5	RODILLOS FELPA	UN	5
2.6	BROCIAS	UN	4
2.7	CINTA ENMASCARAR	UN	5
2.8	CEMENTO GRIS	BULTO	1
3	MANO DE OBRA		
3.1	MANTENIMIENTO ELECTRICO	UN	4
3.2	MANTENIMIENTO MECANICO	UN	4
3.3	MANTENIMIENTO LOCALIVO	UN	1

(Subrayado del Despacho)

Por su parte, en el Certificado de Inscripción al Registro de Entidades Sin Ánimo de Lucro de la Asociación de Padres de Familia Instituto Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal, expedido por la Cámara de Comercio de Tunja, se registra la siguiente información:

"CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL DE LA **ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO: ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA INSTITUTO TECNICO INDUSTRIAL MARCO AURELIO BERNAL**. NUMERO: S0501008 N.I.T: 820004975-9 (...)

CERTIFICA:

EL OBJETO SOCIAL: A) IMPULSAR LA EDUCACIÓN FAMILIAR Y ESCOLAR Y PARTICIPAR EN LA INTEGRACIÓN DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA, COMPUESTA POR EDUCANDOS, EDUCADORES Y PADRES DE FAMILIA. B) A PARTIR DE LA CORRECTA EDUCACIÓN FAMILIAR, CONTRIBUIR PARA LOGRAR EL BUEN RENDIMIENTO ACADÉMICO Y DISCIPLINARIO DE SUS HIJOS ESTABLECIENDO VERDADEROS LAZOS DE COMPRESIÓN CON LOS EDUCADORES. C) DESARROLLAR ACTIVIDADES CULTURALES Y DE PROMOCIÓN SOCIAL QUE PERMITAN ELEVAR EL NIVEL CULTURAL DE LOS PADRES DE FAMILIA Y CONTRIBUYAN A CREAR EN LOS MISMOS UNA FIRME ACTITUD DE CAMBIO Y PARTICIPACIÓN EN EL DESTINO DE LA SOCIEDAD MEDIANTE CONFERENCIAS PERIÓDICAS Y DEMÁS ACCIONES QUE REDUNDEN EN EL MAYOR CONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA Y DE LA SOCIEDAD EN GENERAL. D) SERVIR COMO PERSONERA DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA

EN EL MANTENIMIENTO LOCATIVO DEL PLANTEL, EN LA CONSERVACION DE ELEMENTOS, EQUIPOS DE ENSEÑANZA Y DE UN ALTO NIVEL ACADÉMICO, EN LA BÚSQUEDA DE RECURSOS DE OTRAS INSTITUCIONES AFINES, Y, EN LOS DEMÁS QUE DEMANDA LA COMUNIDAD. E) EJERCER VIGILANCIA PERMANENTE SOBRE FACTORES QUE ATENTEN CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA. F) PROCURAR UNA COORDINACIÓN ENTRE PADRES Y EDUCADORES A FIN DE DESCUBRIR Y CONOCER LAS INCLINACIONES VOCACIONALES Y CAPACIDADES DEL EDUCANDO Y ORIENTARLO HACIA SU MISMO DESARROLLO. H) RECIBIR INFORMES PERSONALES Y DIRECTOS SOBRE ASISTENCIA, CONDUCTA Y APROVECHAMIENTO DE SUS HIJOS, ASÍ COMO TAMBIÉN SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO. (...) (Subrayado del Despacho) (...)” (fls.32-33 y 290-291 Cdo. Ppal, y 56-58 Cdo. Anexo 1).

De igual manera, en el documento contentivo de los **estudios previos** elaborados en el mes de **noviembre de 2015** por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación e Infraestructura del Municipio de Garagoa, cuyo objeto es “**CONVENIO DE ASOCIACIÓN Y APOYO CON ENTIDAS PARA AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR SUMINISTROS PARA DOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TALLER DE MECANICA INDUSTRIAL DE LA INSTITUCION EDUCATIVA TECNICO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA BOYACA**”, se consignó lo siguiente:

“...Que el artículo 355 de la Constitución Política, sobre “El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar Convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público** acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo...”

Que la seguridad, el bienestar y el desarrollo de los estudiantes se constituye en una finalidad tanto para las instituciones como para los padres de familia y es en ese sentido que **la Alcaldía Municipal une esfuerzos con la junta de padres de familia para realizar el suministro de dotación y mantenimiento del taller de Mecánica Industrial** de la Institución Educativa Técnico Industrial Del Municipio de Garagoa Boyacá.

Teniendo en cuenta que la Administración Municipal vela por los intereses de la comunidad estudiantil, en este caso de los estudiantes, y viendo el estado actual de la maquinaria utilizada en el taller de mecánica industrial la cual presenta defectos por el tiempo de uso, se ve la necesidad de realizar el **suministro para la dotación y reparación de los tornos utilizados para la educación y el aprendizaje de los estudiantes del I.E.T.I.**, evitando que los elementos de aprendizaje sigan deteriorando, y por lo contrario se les pueda dar más vida de uso.

La **Administración Municipal en su Plan de Desarrollo**, contempla en el Artículo ARTÍCULO 12 EJE SOCIAL, lo siguiente:

SECTOR EDUCATIVO	
PROGRAMAS ESTRATEGICO: 1	EDUCACIÓN DE CALIDAD EN CONDICIONES FAVORABLES
SUBPROGRAMA	DOTACIÓN DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS
INDICADOR	NUMERO DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS DOTADAS

(...) DESCRIPCIÓN DEL OBJETO A CONTRATAR

La Administración Municipal con el fin de cumplir con las competencias asignadas y desarrollar la acción administrativa, debe realizar “**CONVENIO DE ASOCIACIÓN Y APOYO CON ENTIDAS SIN ANIMO DE LUCRO PARA AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR SUMINISTROS PARA DOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TALLER DE MECANICA**”

INDUSTRIAL DE LA INSTITUCION EDUCATIVA TECNICO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA BOYACA”.

2.2. ESPECIFICACIONES TECNICAS (...)

3.1 MODALIDAD DE SELECCIÓN

Por tratarse de un **convenio de asociación y apoyo con entidad sin ánimo de lucro, la modalidad de selección que corresponde es la de CONTRATACIÓN DIRECTA**, determinada claramente, según lo establecido en las leyes 80 de 1993, 1150 del 2007 en su artículo 2 y su Decreto reglamentario 1082 de 2015, SUBSECCIÓN 4, en su artículo 2.2.1.2.4.3.

3.2. IDENTIFICACION DEL CONTRATO A CELEBRAR

En el caso que nos ocupa se suscribirá un **CONVENIO DE ASOCIACION Y APOYO CON ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO**, según el **Artículo 355 inciso segundo de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el Decreto 777 de 1992** y 1403 del mismo año, Artículo 96 de la ley 489 de 1998 y ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Artículo 2 numeral 4, literal c y el Decreto 1082 de 2015. (...)

4.1 VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

Para calcular el valor estimado del contrato, para el presente estudio de mercado se tomó como referencia el valor de tres cotizaciones de diferentes empresas, cuyo valor fue promediado. Cotizaciones que fueron allegadas a la administración y son anexadas al presente estudio como soporte y estos fueron los resultados: (...)

Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente convenio es la suma de TREINTA MILLONES SETECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (\$30,703,625.88), los cuales serán aportados de la siguiente manera: EL MUNICIPIO aporta la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000) y la ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA DE LA INSTITUCION EDUCATIVA TÉCNICA INDUSTRIAL aportará la suma de SETECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$703,625.88), en bienes a adquirir en función del anterior cuadro de especificaciones. (...)

8. ANALISIS QUE SUSTENTA LA EXIGENCIA DE GARANTIAS

En atención a lo consagrado en el Decreto 1082 de 2012, Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. **En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria.** (...)” (Negrillas del Despacho) (fls.23-35 Cdo Anexo 1).

Finalmente, en el documento denominado “ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA” el Alcalde Municipal de Garagoa expuso lo siguiente:

“(...) **3).** Que la ley general de educación establece que corresponde al Estado, la familia y la sociedad velar por la calidad de la educación y promover el acceso a ella, Es por eso que la participación de los padres como actores destacados en la estructura de las instituciones educativas es fundamental. En el municipio de Garagoa esta participación se hace posible a través de la asociación de padres, cuya labor principal es establecer relaciones de cooperación entre las entidades y los padres de familia como gestores, participantes y reguladores del proceso educativo.

4). Que la participación de los padres está normada en el Decreto 1286 del 2005, el cual establece las normas sobre la participación de los padres de familia en el mejoramiento de los procesos educativos.

5). *Que este decreto se establece los derechos y deberes de los padres de familia en relación con la educación impartida en los establecimientos educativos. También se establecen mecanismos de participación para el mejoramiento de la calidad, entre ellos el consejo de padres, con representantes de cada grado del colegio y de afiliación gratuita y la asociación de padres, que debe constituirse en cámara de comercio, y puede cobrar cuota a sus afiliados, de acuerdo con sus estatutos.*

6). *Que para todos los efectos legales, la asociación de padres de familia es una entidad jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, que se constituye por la decisión libre y voluntaria de los padres de familia de los(as) alumnos(as) matriculados en la Institución Educativa Técnico Industrial de Garagoa Boyacá.*

7). *Que se establecen como finalidades de la Asociación de Padres de Familia:*
a). Apoyar la ejecución del proyecto educativo institucional y el plan de mejoramiento del establecimiento educativo. b). Promover la construcción de un clima de confianza, tolerancia y respeto entre todos los miembros de la comunidad educativa. c). Promover los procesos de formación y actualización de los padres de familia. d) Apoyar a las familias y a los estudiantes en el desarrollo de las acciones necesarias para mejorar sus resultados de aprendizaje. e.) Promover entre los padres de familia una cultura de convivencia, solución pacífica de los conflictos y compromiso con la legalidad. f). Facilitar la solución de los problemas individuales y colectivos de los menores y propiciar acciones tendientes al mejoramiento de su formación integral de conformidad con lo establecido en el artículo 315 del Decreto 2737 de 1989.

8). *Que el artículo 355 de la Constitución Política, sobre "El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar Convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo..."*

9). *Que la seguridad, el bienestar y el desarrollo de los estudiantes se constituye en una finalidad tanto para las instituciones como para los padres de familia y es en este sentido que la Alcaldía Municipal une esfuerzos con la junta de padres de familia para realizar el suministro de dotación y mantenimiento del taller de Mecánica Industrial de la Institución Educativa Técnico Industrial Del Municipio de Garagoa Boyacá.*

10). *Teniendo en cuenta que la Administración Municipal vela por los intereses de la comunidad estudiantil, en este caso de los estudiantes, y viendo el estado actual de la maquinaria utilizada en el taller de mecánica industrial la cual presenta defectos por el tiempo de uso, se ve la necesidad de realizar el suministro para la dotación y reparación de los tornos utilizados para la educación y el aprendizaje de los estudiantes del I.E.T.I evitando que los elementos de aprendizaje sigan deteriorando, y por lo contrario se les pueda dar más vida de uso.*

11). *Que por lo anterior es necesario celebrar el presente convenio interadministrativo atendiendo los fines perseguidos por el ente gubernamental de nivel municipal, al pretender brindar apoyo a la economía local, a través de del fomento e impulso a las manifestaciones culturales, artísticas y de actividades culturales, ferias ganadera. Agrícola, pecuaria, fortalecimiento del turismo y apoyo a la microempresa campesina del municipio, con lo que se espera un significativo impacto, no solo en este aspecto sino también en el mercado local.*

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Celebrar mediante la modalidad de contratación directa un convenio de Asociación con la ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA DE LA INSTITUCION EDUCATIVA TECNICA INDUSTRIAL, Representado legalmente por el

señor **ADOLFO JIMENEZ FERNANDEZ**, mayor de edad, vecino de Garagoa, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.163.975 de Tenz,, Representante Legal, cuyo objeto será el "AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR SUMINISTROS PARA DOTACION Y MANTENIMIENTO DEL TALLER DE MECANICA INSDUSTRIAL DE LA INSTITUCION EDUCATIVA TECNICO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA BOYOCA"., por valor de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000,00).

ARTICULO SEGUNDO: *El presupuesto oficial para la presente contratación es de TREINTA MILLONES SETECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (\$30.703.625,88); Aportados de la siguiente manera EL MUNICIPIO aporta la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000,00), por otra parte la ASOCIACION, aportara SETECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (\$703.625,88), en bienes a adquirir en funciones del anterior cuadro de especificaciones; amparados con el certificado de disponibilidad presupuestal No. 2015000771 de fecha 27 de noviembre de 2015, del presupuesto de rentas y gastos de la presente vigencia fiscal del Municipio de Garagoa. (...)" (Subrayado del Despacho) (fls.66-67 Cdo. Anexo 1)*

Bajo el anterior panorama, lo primero que advierte el Despacho es que atendiendo a que el Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 fue **i)** suscrito por el Municipio de Garagoa el 27 de noviembre de 2015, **ii)** con una entidad sin ánimo de lucro, a saber, la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal de Garagoa, según el Certificado de Inscripción al Registro de Entidades Sin Ánimo de Lucro expedido por la Cámara de Comercio de Tunja, y **iii)** con el fin de aunar esfuerzos y realizar suministros para dotación y mantenimiento del taller de mecánica industrial de la referida institución educativa, es decir, con una finalidad de interés público, se establece que su régimen jurídico corresponde al establecido en el artículo 355 de la Constitución Nacional y en el Decreto 777 de 1992, y demás normas que lo modifican, quedando sometido este a las normas entre particulares y a lo allí expresamente dispuesto, tal como se estudió párrafos atrás.

En segundo lugar, a partir del contenido de las pruebas relacionadas anteriormente, considera el Despacho que le asiste razón al apoderado de la parte demandada en el sentido que el objeto contratado no corresponde al objeto social de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal, pues es evidente que el objeto social de la misma hace referencia básicamente a impulsar la educación familiar y escolar, así como contribuir para lograr el buen rendimiento académico y disciplinario de la comunidad educativa, lo cual, en criterio de este estrado judicial, en nada tiene que ver con el suministro e instalación de materiales para maquinaria, ni mucho menos con el mantenimiento eléctrico y mecánico de los tornos existentes en el taller de mecánica industrial de la institución educativa, tarea para la cual es evidente que se exigen conocimientos especializados en la materia.

No desconoce el Despacho que uno de los aspectos integrantes del objeto social de la asociación de padres hace referencia a "*SERVIR COMO PERSONERA DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA EN EL MANTENIMIENTO LOCATIVO DEL PLANTEL, EN LA CONSERVACION DE ELEMENTOS, EQUIPOS DE ENSEÑANZA Y DE UN ALTO NIVEL ACADÉMICO, EN LA BÚSQUEDA DE RECURSOS DE OTRAS INSTITUCIONES AFINES, Y, EN LOS DEMÁS QUE DEMANDA LA COMUNIDAD...*". Sin embargo, considera que dicho objeto hace referencia a actuar o servir como representante de los intereses de la comunidad estudiantil en procura de lograr u obtener el mantenimiento locativo del plantel educativo y la consecución de elementos o equipos de enseñanza, más no la dotación o mantenimiento propiamente dicho del taller de mecánica industrial, ni la reparación de la maquinaria -tornos- que lo integra. En otras palabras, el objeto social de la asociación demandante no se extiende hasta la dotación y mantenimiento del taller de mecánica industrial de la institución

educativa de Garagoa, más aún en tratándose del suministro de materiales para el mantenimiento eléctrico y mecánico de los tornos existentes en de dicha institución.

Ahora, en el hipotético y eventual caso de encontrarse probado que el objeto contratado corresponde al objeto social de la asociación demandante, considera el Despacho que tampoco se cumple con el requisito relacionado con la idoneidad y experiencia que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Lo anterior si se tiene en cuenta que dentro del plenario no obra prueba alguna que demuestre la experiencia de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal en el suministro e instalación de material para maquinaria, ni en el mantenimiento eléctrico y mecánico de tornos, al punto que, en los documentos expedidos por el Municipio de Garagoa con ocasión del proceso contractual, no se hace referencia alguna a este requisito.

Recuérdese que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992, "*Se entiende por **reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado***".

La anterior norma, vigente para la época de celebración del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015²⁵, es clara en establecer, por una parte, que una de las condiciones para contratar es que la persona jurídica sin ánimo de lucro tenga reconocida idoneidad y experiencia con resultados satisfactorios que acrediten su capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto contractual; y por otra, que tal evaluación debe ser motivada y constar por escrito. Sin embargo, de las pruebas aportadas al proceso no se satisfacen las aludidas exigencias, pues frente a la experiencia e idoneidad de la Contratista Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal nada se acreditó en relación con la ejecución de contratos que previamente le hubieran sido adjudicados y que tuvieran relación con el suministro e instalación de material para maquinaria y con el mantenimiento eléctrico y mecánico de tornos, o con actividades de similar naturaleza.

De igual manera, no obra en el expediente el escrito debidamente motivado donde la Administración Municipal de Garagoa sustentara la evaluación que hiciera frente a la idoneidad y experiencia de la referida Asociación de Padres como criterios o requisitos habilitantes para la celebración del Convenio de Asociación y Apoyo que ahora ocupa la atención del Despacho.

En ese sentido, a partir de la documentación aportada al proceso, no se acredita la idoneidad y experiencia de la asociación contratista, pues no existen elementos que demuestren la capacidad técnica, operativa y administrativa para ejecutar el objeto contractual. En el presente caso, no se encuentra demostrada la experiencia y la idoneidad de la persona jurídica sin ánimo de lucro seleccionada como contratista; elementos esenciales que de haberse acreditado debidamente, habilitaban al Municipio de Garagoa para celebrar el Convenio de Asociación y Apoyo con la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal bajo la modalidad de selección y negociación directa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 Constitucional y en el Decreto 777 de 1992, y sus decretos modificatorios. Sin embargo, como la asociación seleccionada no reunía las condiciones y requisitos exigidos, el Municipio de Garagoa, para contratar la dotación y mantenimiento del taller de mecánica

²⁵ 27 de noviembre de 2015.

industrial de la Institución Educativa Técnico Industrial de dicho municipio, debía adelantar el procedimiento de licitación pública y no el de contratación directa como equivocadamente lo hizo.

La anterior conclusión se corrobora con el hecho que el Representante Legal de Asociación de Padres de la Familia de la I.E.T.I. Marco Aurelio Bernal tuvo que subcontratar con el señor Rafael Eduardo Martínez Mora para la ejecución de las obras objeto del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015, tal como se desprende de la Orden de Trabajo No. OT-APITIN-002-2015 de fecha 03 de diciembre de 2015, cuyo objeto fue el *"MANTENIMIENTO MECÁNICO Y ELÉCTRICO CORRECTIVO Y PREVENTIVO DE 4 TORNOS; 2 LIMADORA Y ARREGLOS LOCATIVOS DEL TALLER DE MECÁNICA INDUSTRIAL DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA BOYACÁ"* (fls.52-54 Cdo. Ppal y 208-210 Cdo. Anexo 1).

En efecto, las pruebas allegadas al plenario dan cuenta que para celebrar el convenio de asociación y apoyo, la entidad demandada no realizó en debida forma la evaluación frente al objeto social, la idoneidad y experiencia de la entidad sin ánimo de lucro Asociación de Padres de familia de la I.E.T.I. Marco Aurelio Bernal, esto como criterios o requisitos habilitantes para la celebración del contrato conforme lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 777 de 1992.

Por el contrario, lo que evidencia el Despacho es que se violó el deber de selección objetiva en dicha contratación, debido a que el Municipio de Garagoa procedió a seleccionar y suscribir de forma directa con la asociación demandante, el Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015, sin verificar si la entidad seleccionada reunía los requisitos exigidos por el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 777 de 1992, para la celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro. En consecuencia, el proceder de la entidad territorial demandada favoreció únicamente los intereses de la entidad sin ánimo de lucro que suscribió este contrato, violando flagrantemente los preceptos Constitucionales y legales sobre esta materia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la contratación celebrada por el Alcalde Municipal de Garagoa y el Representante Legal de la Asociación de Padres de la Familia de la I.E.T.I. Marco Aurelio Bernal se efectuó con desatención de las exigencias normativas aplicables a los contratos especiales de interés público (Art. 355 CP y art. 1º del Decreto 777 de 1992), la misma se torna contraria a la Constitución y a la ley, pues si bien estas normas otorgan la facultad para celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro, ello no implica que mediante esta modalidad se pueda celebrar todo tipo de contrato.

Concluido lo anterior, procede el Despacho a establecer si la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para la celebración del contrato estatal, constituye nulidad absoluta del mismo y si esta puede ser declarada de oficio por parte de este estrado judicial.

3.1. De la nulidad absoluta del contrato derivada de la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para su celebración.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado²⁶ ha señalado que de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, **el contrato estatal es absolutamente nulo** por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial, cuando se celebre contra **expresa prohibición legal o Constitucional** (numeral

²⁶ Sentencias de 8 de mayo de 2013, Exp. No. 24510, y de 15 de diciembre de 2017, Exp. No.50045 B.

2º), o con **abuso o desviación de poder** (numeral 3º). Así mismo, ha señalado que para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º, es necesario que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal, aunque habrá de configurarse otra.

En ese orden de ideas, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la omisión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato. Por lo tanto, si no se observa el **principio de transparencia**, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito toda vez que de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; por su parte, si se incumple el deber de **selección objetiva**, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder²⁷.

Ahora, específicamente en los eventos en que la administración pretermite el procedimiento de selección previsto en la ley, según el tipo de contrato, el Consejo de Estado de tiempo atrás ha precisado que para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o Constitucional, es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una norma imperativa conduce a estructurar esta precisa causal, aunque, por supuesto, habrá de configurar otra, por la elemental razón de que las normas imperativas no son solamente las que expresamente prohíben, sino también las que mandan²⁸.

En consecuencia, teniendo en cuenta que **el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos de selección objetiva previstos en la ley**, es evidente que, por regla general, la omisión o cambio de tales procedimientos debe ser subsanado con la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la referida Ley 80, más no la prevista en el numeral tercero, puesto que tal comportamiento es sencillamente la celebración del contrato contra expresa prohibición legal.

De igual manera, no se puede perder de vista que el deber de selección objetiva se infringe, no solamente cuando se eluden los procedimientos que la ley establece para la escogencia del contratista, sino también cuando, por ejemplo, en su selección se involucran intereses personales del funcionario, o hay extralimitación u omisión de su parte en el proceso selectivo.

En conclusión, en cada caso concreto habrá de determinarse si el comportamiento de la administración, por conducto del respectivo funcionario, implicó la violación de una norma imperativa que expresamente prohibía o de una que mandaba sin prohibir de manera expresa, para de allí deducir si el contrato se celebró contra expresa prohibición legal o Constitucional, en el primer caso, o con abuso o desviación de poder, en el segundo. Además, teniendo en cuenta que es factible que la omisión de los procedimientos selectivos sea el resultado de la intención del respectivo funcionario, lo cual debe estar plenamente probado, la causal de nulidad es la tercera del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual debe ser el juez quien determine esa intencionalidad que contamina de nulidad absoluta del contrato, ya que como el dolo no se presume, mal podría dejarse en manos de la

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Sentencias de 28 de marzo de 2012, Exp. No. 22471, y de 8 de mayo de 2013, Expediente: 24510.*

administración dicha valoración y es por esto que en tal caso la administración no puede dar por terminado unilateralmente el contrato²⁹.

En otras palabras, la causal segunda se configura cuando se omiten los procedimientos que la ley establece para la selección del contratista y además no aparece indicio de la intencionalidad del funcionario dirigida a pretermitirlos.

3.2. De la posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del convenio de asociación y apoyo suscrito.

Sobre la facultad oficiosa de declarar la nulidad del contrato, el Consejo de Estado ha señalado que el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley, se haya invocado como fuente de derechos u obligaciones de las partes e intervengan en él las partes o sus causahabientes³⁰.

Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad³¹.

Así, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, consagra lo siguiente:

"De la nulidad absoluta. 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. (...)"

En ese sentido, se establece que la nulidad absoluta del contrato estatal puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca **plenamente demostrada y no puede sanearse por ratificación de las partes.**

De igual manera, la posibilidad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato se encuentra consagrada en la Ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual en el artículo 141 prevé lo siguiente:

"Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare 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, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

(...) 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."
(Subrayado del Despacho)

²⁹ Consejo de Estado, sentencia de 15 de diciembre de 2017, Exp. No.50045 B.

³⁰ Sentencia de 3 de agosto de 2006, Exp. No. 31354.

³¹ BRUGI Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 122 y s.s. Texto al que hace referencia el Consejo de Estado en Sentencia de 03 de octubre de 2012, Exp. No.26140, Consejero Ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Por su parte, el artículo 1742 del Código Civil³² contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos cuando éstas **aparezcan de manifiesto** en el mismo, con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas; además de expresar que la nulidad absoluta se sana "en todo caso" por **prescripción extraordinaria**.

En conclusión, a efectos de poder declarar la nulidad absoluta del contrato de manera oficiosa, se deben observar los siguientes presupuestos:

- i) Que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y,
- ii) que el vicio surja de manera ostensible o palmaria.
- iii) Que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del Código Civil, pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios.

Frente a este último presupuesto, cabe resaltar que de conformidad con el artículo 2532 del Código Civil, el término de prescripción extraordinaria era de 20 años, sin embargo, éste término se redujo a 10 años en virtud de lo dispuesto en la Ley 791 de 2002, la cual entró a regir el día 27 de diciembre de 2002.

3.3. De las restituciones mutuas.

La declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico y de extinguir todas las obligaciones derivadas de él, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del respectivo contrato y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Sin embargo, no siempre la declaratoria de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de la restitución mutua de lo recibido por aquéllas, toda vez que existen situaciones por las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir, como cuando se convierte en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio.

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo, en el siguiente sentido:

***"De los efectos de la nulidad.** 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.*

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público." (Subrayado del Despacho)

Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas

³² Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º. Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitas, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

de un contrato nulo por objeto o causa ilícito es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado. Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago.

Ahora bien, dentro del régimen de derecho común, como regla general, el artículo 1746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada *"da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita"*.

Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas³³; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas³⁴.

Nótese que la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

En ese sentido, se reitera que, en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita **es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público**, pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, de conformidad con el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en su inciso final.

3.4. De la solución del caso concreto.

Como se analizó párrafos atrás, en el presente asunto se encuentra demostrado que entre el Alcalde Municipal de Garagoa y el Representante Legal de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Técnica Industrial Marco Aurelio Bernal –entidad sin ánimo de lucro- el día 27 de noviembre de 2015, se celebró el Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 con el objeto de *"AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR SUMINISTROS PARA DOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TALLER DE MECÁNICA INDUSTRIAL DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICO INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA – BOYACÁ"*, más exactamente para el suministro e instalación de materiales para la reparación y mantenimiento eléctrico y mecánico de los tornos existentes en el taller de mecánica industrial de dicha institución educativa.

³³ Consejo de Estado, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566: *"Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada ("repetirse"), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio. (...) de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido."*

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo in pari causa turpitudinem cessat repetitio" y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido."

³⁴ Sentencias de 24 de abril de 2013, Exp. No.27315 y de 15 de diciembre de 2017, Exp. No.50045 B.

Así mismo, de las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra demostrado que el objeto contratado no corresponde al objeto social de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa Marco Aurelio Bernal, así como tampoco se acreditó la idoneidad y experiencia de la misma para ejecutar el objeto contractual; elementos esenciales que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Nacional y en el Decreto 777 de 1992, y sus decretos modificatorios, permitían la contratación bajo la modalidad de selección y negociación directa. Sin embargo, como la asociación seleccionada no reunía las condiciones y requisitos exigidos, el Municipio de Garagoa debió adelantar el procedimiento de licitación pública y no el de contratación directa como equivocadamente lo hizo.

Como se dijo, los principios de selección objetiva y de transparencia comprenden la publicidad de todo el iter contractual, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado y la imposibilidad para la Administración de adelantar un procedimiento de selección diferente al previsto en la ley para la celebración de los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Y es que de no ser así se estaría desconociendo la norma general que establece que la selección del contratista debe realizarse mediante el procedimiento de licitación pública, salvo, entre otros, en los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política celebren los municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, de conformidad con la referida norma superior y con el Decreto 777 de 1992, y sus decretos modificatorios, en los que se permite la selección del contratista a través del procedimiento de contratación directa.

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el presente caso la asociación seleccionada como contratista no reunía los requisitos previstos en el artículo 355 de la Constitución Política y en el Decreto 777 de 1992, y sus decretos modificatorios, no podía la Administración Municipal de Garagoa adelantar un procedimiento diferente al previsto en la Ley 80 de 1993, transgrediendo con ello los principios de selección objetiva y de transparencia, y generando la nulidad absoluta del Convenio de Asociación y Apoyo AMG-CA 034-2015 celebrado el 27 de noviembre de 2015, por ser celebrado contra expresa prohibición legal de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 24 y en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, nulidad esta que en virtud de lo previsto en el artículo 45 de la misma normatividad, no puede ser saneada por ratificación de las partes.

Ahora, como se estudió anteriormente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

En ese sentido, atendiendo la época para la cual se celebró el Convenio de Asociación y Apoyo entre el Municipio de Garagoa y el Representante Legal de la I.E.T.I. Marco Aurelio Bernal -27 de noviembre de 2015-, el término de prescripción extraordinaria es de 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002, y por lo mismo, la nulidad absoluta que afecta el referido contrato estatal, a la fecha de presente providencia, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, el Despacho considera que es procedente declarar oficiosamente la nulidad absoluta del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015, toda vez que **i)** se encuentran vinculadas las partes intervinientes en el contrato, esto es, el Municipio de Garagoa y la Asociación de Padres de Familia de la I.E.T.I. marco Aurelio Bernal; **ii)** el vicio o causal de nulidad surge de manera ostensible o palmaria –contrato celebrado con expresa prohibición legal de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 24 y en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993-; **iii)** la nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes conforme al artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y, **iv)** tampoco ha sido saneada por prescripción extraordinaria.

Ahora bien, la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, retrotrae la situación al estado en que se encontrarían las partes como si el contrato no hubiera existido, lo que en principio daría lugar a las restituciones mutuas.

Al respecto, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido. Sin embargo, para que haya lugar al reconocimiento y pago de prestaciones es **indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público.**

Frente a este punto de la discusión, observa el Despacho que en la cláusula tercera del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015, se pactó lo siguiente:

*"(...) **CLÁUSULA TERCERA. VALOR Y FORMA DE PAGO.** Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente Convenio es la suma de TREINTA MILLONES SETECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (\$30.703.625,88), distribuidos de la siguiente manera: EL MUNICIPIO aportara TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000), por otra parte la ASOCIACIÓN, aportara SETECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (\$703.625,88) en bienes a adquirir en funciones del anterior cuadro de especificaciones. **PARAGRAFO.- EJECUTOR.-** El ejecutor será LA ASOCIACION. Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente convenio es la suma **TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000).** (...)"*
(Subrayado del Despacho) (fls.36-40 Cdo. Ppal y 69-73 Cdo. Anexo 1).

De igual manera, en el expediente obra copia del **Comprobante de Egresos de fecha 22 de diciembre de 2015**, suscrita por el Alcalde y el Secretario de Hacienda del Municipio de Garagoa, y el Representante Legal de la Asociación demandante, **por valor de \$27.603.720** a favor de la Asociación de Padres de Familia del Instituto Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal, por concepto de "CONVENIO DE ASOCIO Y APOYO CON ENTIDADES PARA AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR SUMINISTROS PARA DOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TALLER DE MECANICA INDUSTRIAL DE LA INSTITUCION EDUCATIVA TECNICA INDUSTRIAL DEL MUNICIPIO DE GARAGOA BOYACA" (fls.41 Cdo Ppal y 78 Cdo Anexo 1).

Así mismo, conforme lo indica la asociación demandante (fl.6), el día 04 de octubre de 2016, ésta reintegró a la administración municipal la suma de \$13.801.660, por concepto de "PAGO DEVOLUCIÓN CONVENIO No.034-2015 CONVENIO DE ASOCIO Y APOYO CON ENTIDADES PARA AUNAR ESFUERZOS Y REALIZAR EL SUMINISTRO PARA DOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL TALLER" según formato de transacción del Banco Agrario de Colombia visible a folio 166 del expediente.

En ese medida, teniendo en cuenta que la Administración Municipal de Garagoa en virtud de lo pactado en el Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015, le giró a la Asociación de Padres de Familia del Instituto Técnico Industrial Marco

Aurelio Bernal la suma de \$27.603.720, y que ésta a su vez le reintegró la suma de \$13.801.660, se ordenará a la parte demandante restituir debidamente actualizada, la suma de trece millones ochocientos dos mil sesenta pesos (\$13.802.060) teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad absoluta del contrato y que la entidad territorial no se ha beneficiado de las obras contratadas, es decir, el interés público no se ha satisfecho en la medida que el objeto contractual no fue ejecutado en debida forma y por lo mismo los tornos del taller de mecánica industrial de la referida institución educativa no fueron debidamente intervenidos en cuanto a su mantenimiento y reparación, así como tampoco existe prueba relacionada con la ejecución del mantenimiento locativo del taller.

De las anteriores circunstancias da cuenta el "INFORME DE SUPERVISIÓN CONVENIO DE ASOCIACIÓN Y APOYO No.AMG-CA-034-2015" suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación del Municipio de Garagoa, el cual se realizó con fundamento en la visita ocular realizada el 29 de agosto de 2016, por parte del Secretario Administrativo del Municipio de Garagoa, el Supervisor del Convenio, el señor Rafael Eduardo Martínez Mora, el Rector de la Institución Educativa, el Docente Edgar Smith Maldonado Amezcua, el señor Carlos Jaime Alfonso Alfonso, el Representante Legal y el representante electo de la Asociación de Padres de la institución educativa, en donde frente al suministro e instalación de los materiales para las máquinas se observó que en su mayoría, los mismos no fueron suministrados. Por lo anterior, en relación con el porcentaje de avance de la ejecución del contrato, en el referido informe se concluyó lo siguiente:

*"De acuerdo a las verificaciones realizadas en el taller de mecánica industrial de la institución educativa técnica industrial **el porcentaje de avance de la ejecución de las especificaciones técnicas del CONVENIO DE ASOCIACIÓN Y APOYO No.AMG-CA-034-2015 ES DEL 1%** evidenciando de la misma manera que para su correcta y total ejecución se requeriría un tiempo adicional de UN (1) MES. Lo que significa que el tiempo restante de ejecución del convenio **no garantiza la ejecución de los ítems contratados en los términos necesarios para el correcto y seguro funcionamiento de las máquinas.**" (fls.131-137 Cdo. Ppal y 289-296 Cdo. Anexo 1).*

Así las cosas, en el presente caso se establece que en términos del inciso final del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, las prestaciones cumplidas no han servido para que la entidad territorial demandada se vea beneficiada con las obras y por lo mismo, el interés público no se encuentra satisfecho. Por el contrario, de no ordenarse la restitución de la diferencia entre lo girado por el Municipio de Garagoa y lo reintegrado por la asociación demandante, se estaría en detrimento del patrimonio público.

En consecuencia, el Despacho ordenará a la Asociación de Padres de Familia del Instituto Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal restituir al Municipio de Garagoa la suma de TRECE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL SESENTA PESOS (\$13.802.060), la cual deberá reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor que debe ser reintegrado por la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha de celebración

del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015, esto es, el vigente para el 27 de noviembre de 2015.

Finalmente se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que en el marco de sus competencias, investiguen las conductas de quienes celebraron el Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015 con violación al deber de selección objetiva.

4. Costas.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. dispone que:

"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".

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, y sólo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho. En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P. y lo dispuesto en el **Acuerdo No. PSAA16-10554 de 05 de agosto de 2016**, se condena a la parte demandada Asociación de Padres de Familia del Instituto Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal al pago de costas y se señala como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones de la demanda, las cuales deberán liquidarse por Secretaría.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción denominada "CAUSALES DE NULIDAD DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN Y APOYO AMG-CA-034-2015", propuesta por el apoderado judicial del Municipio de Garagoa.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015 suscrito el 27 de noviembre de 2015, entre el MUNICIPIO DE GARAGOA y la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DEL INSTITUTO TÉCNICO INDUSTRIAL MARCO AURELIO BERNAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración, **ORDENAR** a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DEL INSTITUTO TÉCNICO INDUSTRIAL MARCO AURELIO BERNAL **RESTITUIR** al MUNICIPIO DE GARAGOA la suma de **TRECE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL SESENTA PESOS (\$13.802.060)**, correspondiente a la diferencia resultante entre el valor girado por el Municipio de Garagoa y valor reintegrado por la asociación demandante con ocasión del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015 de fecha 27 de noviembre de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- La anterior suma deberá reajustarse en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor que debe ser reintegrado por la Asociación de Padres de Familia del Instituto Técnico Industrial Marco Aurelio Bernal, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha de celebración del Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015, esto es, el vigente para el 27 de noviembre de 2015.

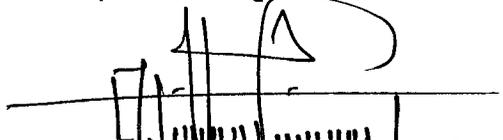
QUINTO.- CONDENAR en costas a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DEL INSTITUTO TÉCNICO INDUSTRIAL MARCO AURELIO BERNAL, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 361 y 362 del C.G.P. En cuanto a las agencias en derecho, se establecen en la suma correspondiente al cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **Por Secretaría liquídense.**

SEXTO.- La ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DEL INSTITUTO TÉCNICO INDUSTRIAL MARCO AURELIO BERNAL, dará cumplimiento y reconocerá intereses a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- ORDENAR compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que en el marco de sus competencias, investiguen las conductas de quienes celebraron el Convenio de Asociación y Apoyo No. AMG-CA 034-2015 con violación al deber de selección objetiva.

OCTAVO.- En firme esta providencia, por Secretaría adelantense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autorizan las copias que soliciten las partes, para lo cual el interesado deberá proceder al pago de las expensas correspondientes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
JUEZ

WSR/ARLS