

## **RECURSO DE APELACIÓN / APELANTE ÚNICO / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

[C]abe advertir que en el asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte demandada, por lo tanto, se trata de una situación de apelante único en la que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil (CPC), aplicable por disposición expresa del artículo 267 del CCA, en principio, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso y no es posible enmendar o resolver en lo que no fue controvertido. En otros términos, la impugnación solo abarca aquello que afecte al interesado y que haya discutido porque lo considera contrario a sus intereses, por tanto, el superior funcional únicamente puede analizar los aspectos cuestionados sin que pueda agravar, empeorar o desmejorar la situación definida en la primera instancia para el apelante, tal como lo señaló el pleno de la Sección Tercera de esta Corporación cuando unificó su jurisprudencia sobre el particular (...) Así las cosas, la competencia del juez de segunda instancia se limita a los argumentos esbozados en la apelación y por tanto quedan excluidos todos aquellos asuntos no debatidos por el recurrente, en particular, la declaratoria de nulidad de las cláusulas que no fue cuestionada.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 357 /CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -ARTÍCULO 267

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21.060), CP Mauricio Fajardo Gómez.

## **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / DEBIDO PROCESO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / DEBERES DEL JUEZ / INEXISTENCIA DE LA INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

La Sala debe determinar si es posible revocar la declaratoria de responsabilidad porque el incumplimiento solicitado en la demanda no estaba relacionado con la falta de disponibilidad presupuestal (...) La causa petendi, entendida como los hechos relevantes que sustentan y explican las pretensiones, permite delimitar el objeto del proceso y el debate probatorio desplegado por las partes de ahí que no pueda variarse durante el trámite procesal. En efecto, el artículo 305 del CPC prevé que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones y por ello prohíbe que se condene al demandado por objeto distinto del pretendido o por causa diferente a la invocada en la demanda. Por tanto, la congruencia obliga al juez a reconocer en su sentencia únicamente lo pedido, constituye una manifestación del derecho al debido proceso, una expresión del sistema dispositivo donde incumbe a las partes impulsar el proceso y, un reflejo del principio de justicia rogada. Tal como se indicó en los antecedentes de esta sentencia, el demandante pidió el incumplimiento porque el municipio de Aracataca no le reconoció el valor de las labores de gerencia y de interventoría a pesar de que, a su juicio, las ejecutó de conformidad con lo pactado, por tanto, la controversia planteada se sustentó en la falta de pago por unas actividades ejecutadas por el contratista. Así, las pretensiones giran en torno al incumplimiento de la obligación

de pago a cargo de la entidad y para resolverlas el a quo debía verificar el desarrollo del contrato, si las partes atendieron lo pactado y si cumplieron con los requisitos legales que les son exigibles, en consecuencia, la sentencia no es incongruente pues, definió el litigio suscitado entre las partes. El tribunal no varió los hechos relevantes que soportan las pretensiones, las súplicas de la demanda exigen constatar si la entidad pagó y si el contratista cumplió con sus cargas para hacer exigible la contraprestación que reclama (artículo 1609 del Código Civil). En efecto, el a quo encontró, de un lado, que el municipio incumplió el contrato porque no pagó las actividades ejecutadas por el contratista y, de otro, que el contratista también faltó a lo pactado por no entregar las respectivas pólizas que amparan el contrato, por tanto, el tribunal se limitó al estudio de la declaratoria de incumplimiento y de la respectiva condena pedida en la demanda y en ese análisis verificó que las partes desatendieron mutuamente sus obligaciones y por ello solo reconoció la mitad del valor pactado. El juez no debe ser ajeno a los hechos probados en el proceso que impacten las pretensiones y las razones de defensa esbozadas por las partes, es su deber sustentar su decisión en las pruebas y a eso se circunscribió la sentencia apelada sin que pueda reprochársele el estudio de los requisitos de ejecución pues, precisamente, las pretensiones y la causa petendi se relacionaban con ello. Así, el tribunal cimentó su sentencia en las súplicas de la demanda y en los hechos que les sirven de fundamento, en consecuencia, no se advierte la alegada incongruencia.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1606 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 305

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL / PERSONA JURÍDICA SIN ANIMO DE LUCRO / ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO / ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO / CONVENIO DE COOPERACIÓN / CONTRATO DE CONSULTORÍA / IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE CONTRATO ESTATAL / PARTES DEL CONTRATO / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / MUNICIPIO**

La Sala debe determinar si es posible revocar la declaratoria de responsabilidad porque (...) porque el negocio suscrito por las partes estaba sometido al régimen de contratación de que trata el artículo 355 de la Constitución Política. (...) El régimen del contrato Si bien las partes mencionaron el artículo 355 superior en el contrato lo cierto es que el artículo 1618 del Código Civil prevé que debe darse prevalencia a la intención común de las partes, si el contrato corresponde a un acuerdo de voluntades su alcance debe responder a aquello que las partes quisieron pactar más que a la literalidad de las palabras empleadas en el instrumento que recoge el acuerdo. Las disposiciones jurídicas citadas en el texto del contrato no resultan determinantes para esclarecer la tipología contractual de que trate pues, para ello deben verificarse e identificarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en uno distinto. Así, del clausulado contractual se tiene que el particular debía ejecutar labores de gerencia e interventoría, en consecuencia, la relación comercial que perfilaron las partes se enmarcó en un contrato conmutativo de consultoría, expresamente previsto en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (...) se concluye que el convenio de cooperación celebrado por las partes corresponde a un contrato de consultoría cuyo régimen jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993 ya que por regla general la contratación de los municipios se rigen por ese cuerpo normativo, con excepción de aquellos contratos que se prevea otra regulación y este no es el caso por lo que no resultan aplicables las previsiones del artículo 355 superior.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1618 / LEY 80 DE 1993-ARTÍCULO 32 NUMERAL 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 355

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, exp. 14.390, CP Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832, CP Alier Hernández Enríquez

**NOTA DE RELATORÍA:** Esta providencia cuenta con salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ**

Bogotá DC, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00405-01(45348)**

**Actor: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIERÍA SANITARIA Y AMBIENTAL**

**Demandado: MUNICIPIO DE ARACATACA**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

**Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA - CONGRUENCIA DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA Y RÉGIMEN DEL CONTRATO**

*Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un convenio de cooperación para encontrar la solución definitiva a la problemática de abastecimiento de agua potable en el municipio. El ente territorial no entregó todo el dinero al que se comprometió y por ello la asociación reclama el incumplimiento contractual. El Tribunal declaró el incumplimiento de ambas partes porque la entidad no contaba con la respectiva disponibilidad presupuestal y el contratista no otorgó las correspondientes pólizas.*

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de 11 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena (fls. 192 a 210 cdno. ppal.) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

**“PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad absoluta de las expresiones **‘renovable automáticamente’** y **‘en cuyo caso el convenio permanecerá vigente hasta tanto aquellas concluyan’** insertas en el convenio de cooperación interinstitucional suscrito entre el municipio de Aracataca (Magdalena) y la Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental (ACODAL) de conformidad a las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** la responsabilidad patrimonial del municipio de Aracataca (Magd.) por el daño irrogado en virtud del incumplimiento de la previsión inserta en el inciso 2, artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

**TERCERO: DECLÁRASE** demostrado el hecho de la víctima como causa concurrente y eficiente en la producción del daño, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: CONDÉNASE** al municipio de Aracataca (Magd.) al pago de **DOSCIENTOS OCHO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$208.741.392)** por concepto de perjuicios materiales atendiendo el derrotero delineado en este proveído.

**QUINTO: DENEGAR** las súplicas del libelo.

**SEXTO: CÚMPLASE** lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del CCA una vez surtido el grado jurisdiccional de consulta.” (fl. 210 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas, subrayado y negrillas del texto original).

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante escrito radicado el 1º de septiembre de 2010 (fl. 10 cdno. ppal.) en la Secretaría del Tribunal Administrativo del Magdalena la Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental (ACODAL) por intermedio de apoderado judicial presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA) (fls. 1 a 10 cdno. ppal.) con las siguientes súplicas:

“1) Que entre el municipio de Aracataca y ACODAL existe un contrato de consultoría, bajo el cual ACODAL elaboró para el municipio de Aracataca, los diseños de la bocatoma, del desarenador, de la aducción, de la planta de tratamiento de agua potable y del tanque de almacenamiento, para el proyecto del ‘Nuevo Acueducto del municipio de Aracataca’, y realizó la gerencia e interventoría de la construcción de la bocatoma, del desarenador, de la planta de tratamiento de agua potable y del tanque de almacenamiento, incluidos dentro del mismo proyecto.

2) Que el municipio de Aracataca incumplió el contrato.

3) Que declare la terminación y ordene la liquidación del contrato existente entre el municipio de Aracataca y ACODAL.

4) Que ordene al municipio de Aracataca pagar el saldo adeudado a ACODAL, cuya obligación nació en virtud de la consultoría realizada por esta última referente a los diseños de la bocatoma, del desarenador, de la aducción, de la planta de tratamiento de agua potable y del tanque de almacenamiento, para el proyecto 'Nuevo Acueducto del municipio de Aracataca', y de la gerencia e interventoría de la construcción de la bocatoma, del desarenador, de la planta de tratamiento de agua potable y del tanque de almacenamiento, incluidos dentro del mismo proyecto.

5) Condenar al municipio de Aracataca al pago de los intereses de ley a favor de ACODAL.

6) Condenar al municipio de Aracataca a pagar las costas del proceso." (fls. 1 y 2 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del texto original).

## **2. Hechos**

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) El 30 de julio de 2005 las partes suscribieron un convenio de cooperación para encontrar la solución definitiva a la problemática de abastecimiento de agua potable en el municipio y para ello el demandante desarrolló tres actividades: elaboración de diseños, gerencia del proyecto e interventoría provisional.

2) Por la primera, diseñó, elaboró las memorias y dibujó los planos finales de las principales estructuras del sistema municipal de acueducto (estructura de captación y desarenados, planta de tratamiento, tanque de almacenamiento y línea de aducción), y diseñó el sistema de abastecimiento de agua potable para los corregimientos de Buenos Aires y Sampués.

3) Por la segunda, gestionó el proyecto y entregó el informe final de gerencia donde consignó todas las actividades hechas por este concepto, pero el municipio no pagó los \$351.777.758 a que se había comprometido.

4) Por la tercera, ejerció labores de interventoría provisional, mientras se escogía la definitiva, en la construcción de la planta de tratamiento del municipio, aunque nunca le pagaron los \$90.401.700 por esta labor.

## **3. Contestación de la demanda por parte del municipio de Aracataca**

Mediante escrito radicado el 29 de noviembre de 2010 ante la Secretaría del Tribunal Administrativo del Magdalena el municipio contestó la demanda (fls. 140 a 146 cdno. ppal.), actuación en la que aclaró que nunca recibió a satisfacción lo ejecutado por el actor.

#### **4. Alegatos de conclusión**

En auto del 17 de agosto de 2011 (fl. 180 cdno. ppal.) se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión en cumplimiento de lo establecido en el artículo 210 del CCA.

Dentro del término otorgado la parte actora reiteró los argumentos planteados en la demanda (fls. 181 a 185 cdno. ppal.), mientras que la entidad demandada reiteró la posición asumida en su escrito de contestación (fls. 186 a 196 cdno. ppal.).

#### **5. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo del Magdalena en providencia de 11 de abril de 2012 accedió parcialmente a las pretensiones con los siguientes fundamentos:

1) El convenio de cooperación en realidad correspondía a un contrato estatal de consultoría regido por la Ley 80 de 1993 y por tanto no admitía prórrogas automáticas, de ahí que las expresiones “*renovable automáticamente*” y “*en cuyo caso el convenio permanecerá vigente hasta tanto aquellas concluyan*” pactadas en la cláusula del plazo de ejecución son nulas.

2) La entidad no gestionó la correspondiente disponibilidad presupuestal y el contratista tampoco otorgó las garantías, por lo tanto, no se cumplieron los requisitos necesarios para la ejecución del contrato y ello obligaba a estudiar si hubo un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad; sin embargo, el contrato era la causa, el demandante contaba con la acción contractual para reclamar y, las partes desconocieron normas imperativas sobre presupuesto y pólizas, lo que hacía improcedente la *actio im rem verso*.

3) En consecuencia, “*la situación sub examine se enmarca dentro de una eventualidad indemnizatoria de carácter contractual en virtud del tantas veces mencionado incumplimiento mancomunado de la entidad territorial y del contratista*”

*toda vez que se sustrajeron de manera injustificada de la obligación de ejecutar un vínculo contractual sujeto al acatamiento de las exigencias de ley.” (fl. 209 cdno. ppal.).*

4) La condena al pago de perjuicios materiales se disminuyó a la mitad porque ambas partes incumplieron, como el 50% del valor pactado fue \$285.128.994 y la entidad abonó \$92.822.000 la deuda solo era de \$192.306.994 que, indexados, ascendían a \$208.741.392.

## **6. Recurso de apelación**

El 14 de junio de 2012 el demandado presentó recurso de apelación en contra de los ordinales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia (fls. 217 a 219 cdno. ppal.), medio de impugnación que fue concedido por auto de 5 de septiembre de 2012 (fl. 238 cdno. ppal.).

La parte accionada manifestó su inconformidad con los siguientes argumentos: a) el fallo fue incongruente porque en la demanda no se pidió incumplimiento por la falta de disponibilidad presupuestal y, b) el negocio celebrado no tenía carácter oneroso ni conmutativo por cuanto se regía en un todo por el artículo 355 de la Constitución Política.

## **7. Actuación surtida en la segunda instancia**

Por auto de 17 de octubre de 2012 (fl. 242 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 23 de enero de 2013 (fl. 244 cdno. ppal.) se corrió traslado para alegar de conclusión.

En dicho término la parte actora presentó sus alegatos de conclusión (fls. 245 a 252 cdno. ppal.) en los que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada; el demandado guardó silencio.

## **8. Concepto del Ministerio Público**

El agente del Ministerio Público (fls. 255 a 265 cdno. ppal.) pidió que se confirme la sentencia apelada, a su juicio, aunque la falta de disponibilidad no se planteó en la demanda lo cierto es que el demandante acreditó que ejecutó las actividades pactadas en el contrato y el municipio no le pagó.

## II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia, 2) objeto de la apelación y competencia del *ad quem*, 3) caso concreto, 4) actualización de la condena, 5) conclusión y, 6) condena en costas.

### 1. Objeto de la controversia

La Sala debe determinar si es posible revocar la declaratoria de responsabilidad porque el incumplimiento solicitado en la demanda no estaba relacionado con la falta de disponibilidad presupuestal o, bien porque el negocio suscrito por las partes estaba sometido al régimen de contratación de que trata el artículo 355 de la Constitución Política.

La sentencia de primera instancia será confirmada puesto que el tribunal no incurrió en la alegada incongruencia y el contrato de interventoría celebrado por las partes se rige por las normas de la Ley 80 de 1993.

### 2. Objeto de la apelación y competencia del *ad quem*

Sobre el punto cabe advertir que en el asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte demandada, por lo tanto, se trata de una situación de apelante único en la que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil (CPC), aplicable por disposición expresa del artículo 267 del CCA, en principio, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso y no es posible enmendar o resolver en lo que no fue controvertido.

En otros términos, la impugnación solo abarca aquello que afecte al interesado y que haya discutido porque lo considera contrario a sus intereses, por tanto, el superior funcional únicamente puede analizar los aspectos cuestionados sin que pueda agravar, empeorar o desmejorar la situación definida en la primera instancia para el apelante, tal como lo señaló el pleno de la Sección Tercera de esta Corporación cuando unificó su jurisprudencia sobre el particular:

*“Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resulten desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual ‘la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso’, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, **el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno**, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos.”<sup>1</sup> (resalta la Sala).*

Así las cosas, la competencia del juez de segunda instancia se limita a los argumentos esbozados en la apelación y por tanto quedan excluidos todos aquellos asuntos no debatidos por el recurrente, en particular, la declaratoria de nulidad de las cláusulas que no fue cuestionada.

### **3. El caso concreto**

#### **3.1. La congruencia de la sentencia impugnada**

La *causa petendi*, entendida como los hechos relevantes que sustentan y explican las pretensiones, permite delimitar el objeto del proceso y el debate probatorio desplegado por las partes de ahí que no pueda variarse durante el trámite procesal.

En efecto, el artículo 305 del CPC prevé que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones y por ello prohíbe que se condene al demandado por objeto distinto del pretendido o por causa diferente a la invocada en la demanda.

Por tanto, la congruencia obliga al juez a reconocer en su sentencia únicamente lo pedido, constituye una manifestación del derecho al debido proceso, una expresión

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21.060), CP Mauricio Fajardo Gómez.

del sistema dispositivo donde incumbe a las partes impulsar el proceso y, un reflejo del principio de justicia rogada.

Tal como se indicó en los antecedentes de esta sentencia, el demandante pidió el incumplimiento porque el municipio de Aracataca no le reconoció el valor de las labores de gerencia y de interventoría a pesar de que, a su juicio, las ejecutó de conformidad con lo pactado, por tanto, la controversia planteada se sustentó en la falta de pago por unas actividades ejecutadas por el contratista.

Así, las pretensiones giran en torno al incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la entidad y para resolverlas el *a quo* debía verificar el desarrollo del contrato, si las partes atendieron lo pactado y si cumplieron con los requisitos legales que les son exigibles, en consecuencia, la sentencia no es incongruente pues, definió el litigio suscitado entre las partes.

El tribunal no varió los hechos relevantes que soportan las pretensiones, las súplicas de la demanda exigen constatar si la entidad pagó y si el contratista cumplió con sus cargas para hacer exigible la contraprestación que reclama (artículo 1609 del Código Civil).

En efecto, el *a quo* encontró, de un lado, que el municipio incumplió el contrato porque no pagó las actividades ejecutadas por el contratista y, de otro, que el contratista también faltó a lo pactado por no entregar las respectivas pólizas que amparan el contrato, por tanto, el tribunal se limitó al estudio de la declaratoria de incumplimiento y de la respectiva condena pedida en la demanda y en ese análisis verificó que las partes desatendieron mutuamente sus obligaciones y por ello solo reconoció la mitad del valor pactado.

El juez no debe ser ajeno a los hechos probados en el proceso que impacten las pretensiones y las razones de defensa esbozadas por las partes, es su deber sustentar su decisión en las pruebas y a eso se circunscribió la sentencia apelada sin que pueda reprochársele el estudio de los requisitos de ejecución pues, precisamente, las pretensiones y la *causa petendi* se relacionaban con ello.

Así, el tribunal cimentó su sentencia en las súplicas de la demanda y en los hechos que les sirven de fundamento, en consecuencia, no se advierte la alegada incongruencia.

### 3.2. El régimen del contrato

Si bien las partes mencionaron el artículo 355 superior en el contrato<sup>2</sup> lo cierto es que el artículo 1618 del Código Civil prevé que debe darse prevalencia a la intención común de las partes, si el contrato corresponde a un acuerdo de voluntades su alcance debe responder a aquello que las partes quisieron pactar más que a la literalidad de las palabras empleadas en el instrumento que recoge el acuerdo.

Las disposiciones jurídicas citadas en el texto del contrato no resultan determinantes para esclarecer la tipología contractual de que trate pues, para ello deben verificarse e identificarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en uno distinto<sup>3</sup>.

Así, del clausulado contractual se tiene que el particular debía ejecutar labores de gerencia<sup>4</sup> e interventoría<sup>5</sup>, en consecuencia, la relación comercial que perfilaron las partes se enmarcó en un contrato conmutativo de consultoría, expresamente previsto en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que a la letra reza:

*“De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)*

*2. Contrato de Consultoría. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la*

---

<sup>2</sup> En las consideraciones del contratos se consignó que “*el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia faculta la celebración de convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, en concordancia con el Decreto 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, 8) para el logro de los propósitos comunes se requiere aunar esfuerzos y desarrollar mecanismos de cooperación y apoyo económico que aceleren y concreten el objeto del presente convenio.*” (fl. 12 cdno ppal.).

<sup>3</sup> Sobre el particular “*se ha aludido a los elementos esenciales del negocio –esentialia negotii– como a aquellos que ‘constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo’, por manera que si las partes guardan silencio acerca de estos elementos, el negocio por ellas deseado no se hallará en condiciones de producir todos su efectos o devendrá en un vínculo diverso*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, exp. 14.390, CP Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>4</sup> En la cláusula segunda relacionada con el alcance las partes acordaron: “*ACODAL brindará apoyo técnico a EL MUNICIPIO en lo correspondiente al objeto de este convenio mediante la gerencia integral del mismo.*” (fl. 12 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del texto original).

<sup>5</sup> En aclaración de 2 de abril de 2007 las partes agregaron las labores de interventoría: “*ACODAL y EL MUNICIPIO han acordado que ACODAL prestará los servicios de interventoría temporalmente en el contrato de construcción de la planta de tratamiento.*” (fl. 12 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del texto original).

*ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”*

Sobre el contrato de consultoría se ha precisado que este:

**“[C]onsiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos.**

*De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras.”<sup>6</sup>(resalta la Sala).*

En ese orden, se concluye que el convenio de cooperación celebrado por las partes corresponde a un contrato de consultoría cuyo régimen jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993 ya que por regla general la contratación de los municipios se rigen por ese cuerpo normativo, con excepción de aquellos contratos que se prevea otra regulación y este no es el caso por lo que no resultan aplicables las previsiones del artículo 355 superior.

#### **4. Actualización de la condena**

El fallo de primera instancia condenó al pago de doscientos ocho millones setecientos cuarenta y un mil trescientos noventa y dos pesos (\$208.741.392) suma que será actualizada con la siguiente fórmula:

$$vf = vi \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Dónde:

vf: es el valor final o condena actualizada o ajustada.

vi: es el valor inicial.

índice final: el de octubre de 2021 (vigente a la fecha de esta sentencia).

índice inicial: el de abril de 2012 (vigente a la fecha del fallo impugnado).

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 30.832, CP Alíer Hernández Enríquez.

$$vf = \$208.741.392 \times \frac{110,06}{77,42}$$

$$vf = \$296.746.029$$

En ese orden, la condena a cargo del demandado asciende a doscientos noventa y seis millones setecientos cuarenta y seis mil veintinueve pesos (\$296.746.029).

## 5. Conclusión

Se modificará la sentencia impugnada que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda para actualizar el valor de la condena y, en lo demás, se confirmará porque el fallo no adolece de incongruencia y tampoco se puede aplicar el régimen contractual señalado por el apelante.

## 6. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA en el presente asunto no hay lugar a condenar en costas en esta instancia por cuanto la conducta de las partes no evidencia en modo alguno una actuación caprichosa, arbitraria o temeraria.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**1º) Modifícase** el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 11 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el cual queda así:

**CUARTO: CONDÉNASE** al municipio de Aracataca (Magd.) al pago de **DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL VEINTINUEVE PESOS (\$296.746.029)** por concepto de perjuicios materiales atendiendo el derrotero delineado en este proveído.

**2º) Confírmase** en lo demás el fallo apelado.

**3º) Abstiéndose** de condenar en costas.

**4º)** Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Presidente de la Sala  
(Firmado electrónicamente)  
Salvamento de voto

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado  
(Firmado electrónicamente)

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
Magistrado  
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA**

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL / PERSONA JURÍDICA SIN ANIMO DE LUCRO / ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO / ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO / CONVENIO DE COOPERACIÓN / CONTRATO DE CONSULTORÍA / IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE CONTRATO ESTATAL / PARTES DEL CONTRATO / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / MUNICIPIO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / CELEBRACIÓN DE CONTRATO CONTRA EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL /**

La Sala decidió que el negocio jurídico en torno del cual giró la controversia era un contrato de consultoría, a pesar de haber sido celebrado al amparo del artículo 355 de la Constitución y el Decreto 777 de 1992. No obstante, a mi juicio, cuando se advierte que un contrato que debió estar sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública fue celebrado por la vía del régimen excepcional, entonces previsto en el Decreto 777 de 1992, es necesario decretar la nulidad absoluta del contrato por haber sido celebrado contra expresa prohibición

legal y pretermitiendo el procedimiento de selección de contratistas. (...) La Sala reconoció que el contrato celebrado era un “convenio de cooperación” que se regía originariamente por el artículo 355 de la Constitución y el Decreto 777 de 1992. No obstante, en el acápite 3.2 sobre “régimen del contrato” indicó que debía darse prevalencia a la intención común de las partes, y por ello concluyó que “el convenio de cooperación celebrado por las partes corresponde a un contrato de consultoría cuyo régimen jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993 ya que por regla general la contratación de los municipios se rigen por ese cuerpo normativo, con excepción de aquellos contratos que se prevea otra regulación y este no es el caso por lo que no resultan aplicables las previsiones del artículo 355 superior”. Estas particulares “integración” e “interpretación” del contrato permitieron a la Sala convertir un convenio celebrado al amparo del Decreto 777 de 1992, en un contrato estatal regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (...)

Comparto con la Sala que la regla interpretativa prevista en el artículo 1618 del Código Civil es aplicable a los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales. Sin embargo, esta intención de los contratantes no puede resultar contraria a la Ley, ni se puede alterar el régimen jurídico de un contrato o convenio a voluntad del juez, en especial, si, como en el caso, las normas exceptivas fueron usadas para contrariar el ordenamiento jurídico. (...) Cuando concluyó que el negocio jurídico objeto de la controversia se trataba de “un contrato conmutativo de consultoría”, la Sala olvidó, por completo, que el Decreto 777 de 1992, en su artículo 2, señalaba que estaban excluidos de la aplicación de ese Decreto “1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”. (...) Esta exclusión, si se ve desde la teoría de la norma, contenía una prohibición para las entidades estatales: celebrar contratos que implicaran una contraprestación para ellas por la vía del Decreto 777 de 1992. Por lo tanto, el negocio jurídico celebrado al amparo de ese decreto que tenía la naturaleza de contrato de consultoría debió ser declarado nulo por la Sala por haber sido celebrado contra expresa prohibición legal. (...) En adición, para el momento de los hechos también se encontraba vigente el artículo 24, numeral 8, de la Ley 80 de 1993, que explícitamente señala que, en virtud del principio de transparencia, a las autoridades “les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”. Así las cosas, recurrir a normas que, excepcionalmente, permiten celebrar contratos o convenios por fuera del marco normativo del Estatuto General es válido en la medida en que ello se ajuste a las prescripciones de esas reglas excepcionales. Pese a ello, en el momento en que el juez advierte, como lo hizo la Sala, que se ha usado un conjunto de normas exceptivas para “eludir los procedimientos de selección objetiva”, debe declarar la nulidad del contrato como sanción a las partes que contrariaron dicha norma.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1618 / LEY 80 DE 1993-ARTÍCULO 32 NUMERAL 2 / LEY 80 DE 1993- ARTÍCULO 24 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 355 / DECRETO 777 DE 1992 - ARTÍCULO 2

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

Magistrado ponente: Fredy Ibarra Martínez

**Radicación:** 47001-23-31-000-2010-00405-01 (45348)  
**Actor:** Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental  
**Demandado:** Municipio de Aracataca  
**Referencia:** controversias contractuales

Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata

1. Presento las razones por las que me aparto de la Sentencia de 18 de noviembre de 2021, en la cual se modificó la decisión de primera instancia. La Sala decidió que el negocio jurídico en torno del cual giró la controversia era un contrato de consultoría, a pesar de haber sido celebrado al amparo del artículo 355 de la Constitución y el Decreto 777 de 1992. No obstante, a mi juicio, cuando se advierte que un contrato que debió estar sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública fue celebrado por la vía del régimen excepcional, entonces previsto en el Decreto 777 de 1992, es necesario decretar la nulidad absoluta del contrato por haber sido celebrado contra expresa prohibición legal y pretermitiendo el procedimiento de selección de contratistas.
2. La Sala reconoció que el contrato celebrado era un "convenio de cooperación" que se regía originariamente por el artículo 355 de la Constitución y el Decreto 777 de 1992. No obstante, en el acápite 3.2 sobre "régimen del contrato" indicó que debía darse prevalencia a la intención común de las partes, y por ello concluyó que *"el convenio de cooperación celebrado por las partes corresponde a un contrato de consultoría cuyo régimen jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993 ya que por regla general la contratación de los municipios se rigen por ese cuerpo normativo, con excepción de aquellos contratos que se prevea otra regulación y este no es el caso por lo que no resultan aplicables las previsiones del artículo 355 superior"*. Estas particulares "integración" e "interpretación" del contrato permitieron a la Sala convertir un convenio celebrado al amparo del Decreto 777 de 1992, en un contrato estatal regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
3. Comparto con la Sala que la regla interpretativa prevista en el artículo 1618 del Código Civil es aplicable a los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales. Sin embargo, esta intención de los contratantes no puede resultar contraria a la Ley, ni se puede alterar el régimen jurídico de un contrato o convenio a voluntad del juez, en especial, si, como en el caso, las normas exceptivas fueron usadas para contrariar el ordenamiento jurídico.

4. Cuando concluyó que el negocio jurídico objeto de la controversia se trataba de *“un contrato conmutativo de consultoría”*, la Sala olvidó, por completo, que el Decreto 777 de 1992, en su artículo 2, señalaba que estaban excluidos de la aplicación de ese Decreto *“1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”*.
5. Esta exclusión, si se ve desde la teoría de la norma, contenía una prohibición para las entidades estatales: celebrar contratos que implicaran una contraprestación para ellas por la vía del Decreto 777 de 1992. Por lo tanto, el negocio jurídico celebrado al amparo de ese decreto que tenía la naturaleza de contrato de consultoría debió ser declarado nulo por la Sala por haber sido celebrado contra expresa prohibición legal.
6. En adición, para el momento de los hechos también se encontraba vigente el artículo 24, numeral 8, de la Ley 80 de 1993, que explícitamente señala que, en virtud del principio de transparencia, a las autoridades *“les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”*. Así las cosas, recurrir a normas que, excepcionalmente, permiten celebrar contratos o convenios por fuera del marco normativo del Estatuto General es válido en la medida en que ello se ajuste a las prescripciones de esas reglas excepcionales. Pese a ello, en el momento en que el juez advierte, como lo hizo la Sala, que se ha usado un conjunto de normas exceptivas para *“eludir los procedimientos de selección objetiva”*, debe declarar la nulidad del contrato como sanción a las partes que contrariaron dicha norma.

Firmado electrónicamente  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Magistrado