

Bogotá, D.C., 18 de marzo de 2022

Doctor

**FRANCISCO JOSÉ SCHWITZER SABOGAL**

Representante Legal ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

Representante legal del CONSORCIO FFIE ALIANZA- BBVA

Vocero PATRIMONIO AUTÓNOMO

FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE

---

REF: Recurso de reconsideración en contra de la Decisión del Comité Fiduciario Nro. 498 del 28 y 29 de diciembre de 2021 - Definición del procedimiento (PIC) para la aplicación de la cláusula penal iniciado al contrato de obra 1380- 1061-2019 I.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ, ubicada en el distrito especial de Cali, departamento del Valle del Cauca.

**GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE**, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 19.321.988 de Bogotá, en su calidad de integrante de la **UNIÓN TEMPORAL GMP**, me permito presentar **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** en contra de la Decisión del Comité Fiduciario No. Nro. 498 del 28 y 29 de diciembre de 2021 - Definición del procedimiento (PIC) para la aplicación de la cláusula penal iniciado al contrato de obra 1380- 1061-2019 I.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ, ubicada en el distrito especial de Cali, departamento del Valle del Cauca, lo que hago en los siguientes términos:

El Comité fiduciario 498 del 28 y 29 de diciembre de 2021 realiza un análisis a los descargos presentados por la U.T. GMP y presenta sus consideraciones basado en información errónea y mal intencionada presentada por la Interventoría del proyecto y, por lo tanto, incurre en error grave al tomar las conclusiones, las cuales son plasmadas en la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario 498.

Analicemos porqué la afirmación que la Interventoría presenta información errónea y mal intencionada:

## **I. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DEL CASO EFECTUADO POR LA UG FFIE**

### **2. Respecto de lo anterior, la Interventoría indicó en su informe que:**

*“(...) si bien, durante el inicio del contrato se presentaron ciertos contratiempos por la falta claridad del alcance del objeto contractual, estos fueron superados a partir del 9 de diciembre de 2020, fecha en la que se da reinicio a la ejecución del contrato, pese a que esta interventoría, realizó los requerimientos pertinentes[4] (...) y poniendo de presente al contratista, las consecuencia generadas por la renuencia en el avance de sus actividades, este hizo caso omiso, con ausentismo en el proyecto sin personal en obra e incumpliendo los compromisos pactados en los comités de seguimiento como se relaciona en el acápite siguiente, si bien se realizaron algunas actividades y obras correspondientes al cronograma contractual, estas nunca se iniciaron de forma continua, generando esto un retraso significativo, teniendo un avance casi nulo en obra (...)”*

- La primera y gran imprecisión de lo expresado en el informe de Interventoría es cuando afirma **“(...) si bien, durante el inicio del contrato se presentaron ciertos contratiempos por la falta (sic) claridad del alcance del objeto contractual, estos fueron superados a partir del 9 de diciembre 2020”**. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Asegura la Interventoría “**ciertos contratiempos**”, desconociendo que el Acta de Inicio se firmó el 30 de junio de 2020 y que el contrato contemplaba un tiempo de ejecución de UN (1) MES. Durante el tiempo de inicio hasta la fecha de la primera suspensión (27 de julio de 2020) no se pudo realizar actividad alguna por falta de **claridad en el alcance contractual**, como bien lo afirma la Interventoría.

Esta situación no se puede minimizar, señalando que “se presentaron ciertos contratiempos”, máxime cuando la suspensión No. 1 se debió prorrogar en tres (3) oportunidades.

En resumen, la suspensión No. 1 se inició el 27 de julio de 2020 y se extendió hasta el 26 de noviembre de 2020.

¿Para la Interventoría haber iniciado un contrato el 30 de junio y solo reanudarlo hasta el 26 de noviembre, es decir CINCO (5) meses después por NO TENER CLARIDAD DEL ALCANCE CONTRACTUAL es algo menor, un simple “contratiempo”?

Adicionalmente, el contrato se reinició el 26 de noviembre de 2020 pero, alternamente, el mismo 26 de noviembre 2020 se firmó el otro sí modificatorio No. 1, el cual contempló una adición de \$606.495.447, equivalente al **514,30%** del valor contractual (\$117.942.348) y se amplió el plazo de ejecución en DOS (2) meses es decir el 200% del plazo inicialmente pactado. Veamos:

3. Que en dicho contrato las partes pactaron un plazo de ejecución de UN (1) mes y un valor total de CIENTO DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE. (\$ 117.942.348).

**PRIMERA.** Las Partes acuerdan modificar la CLÁUSULA SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO, en el sentido de adicionar la suma de SEISCIENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$ 606.495.447) la cual quedará así:

- Adicionalmente, como si lo anterior fuera poco, el contrato se **reinició el 26 de noviembre**. Se firmó el **Otrosí modificador No. 1**, en el cual se adicionaron recursos por el 514,30% y se prorrogó el tiempo del contrato en DOS (2) meses, pero, inmediatamente, el mismo **26 de noviembre** se suspendió (suspensión No. 2) el contrato nuevamente, **porque el contratista anterior (Mota Ergil) realizaba actividades de posventas**. Esta situación tampoco es un hecho menor, o como es llamado por la interventoría “cierto contratiempo”. Es más bien, otra clara muestra de la falta de planeación por parte del FFIE y denota la incongruencia y falta a la verdad por parte de la Interventoría.



FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA  
CONTRATO DE DBRA 1061 DE 2020  
FORMATO FE-1-036  
SUSPENSIÓN No. 2 FASE 2

*2. Que el 26 de noviembre de 2020 se realiza recorrido de obra en compañía del Contratista de Obra, Interventoría y el FFIE, donde se observa la ejecución de actividades de posventas por parte del contratista anterior (Mota Ergil), en los espacios donde se requiere iniciar actividades, por lo cual, Contratista de Obra manifiesta solicitar la suspensión No.2 de fase 2 del contrato de Obra.*

- El contrato se reinició el 09 de diciembre de 2020 y se suspendió, nuevamente, el 4 de febrero 2021 por TREINTA (30) días. Repitamos entonces lo afirmado por la Interventoría: *“(...) si bien, durante el inicio del contrato se presentaron ciertos contratiempos por la falta (sic) claridad del alcance del objeto contractual, estos fueron superados a partir del 9 de diciembre 2020”*. Esta es otra falacia por parte de la Interventoría. No solo al inicio del contrato se presentaron “ciertos contratiempos”, estos acaecieron a lo largo del contrato que impidieron el normal avance de las obras.
- Lo único cierto y demostrable es que se presentó la necesidad de suspender el contrato POR TERCERA vez y esta sufrió una prórroga por CINCUENTA Y OCHO (58) días. En total la suspensión No. 3 duró

OCHENTA Y OCHO (88) días calendario, por causas no imputables al contratista, pero para la Interventoría es un “simple contratiempo”.



FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA  
CONTRATO DE OBRA 1380-1061 DE 2019  
FORMATO FE-1-015  
ACTA DE SUSPENSIÓN No. 03 DEL CONTRATO DE OBRA FASE 2

De acuerdo con los hallazgos encontrados en la Institución Educativa de la referencia y, además, teniendo en cuenta las solicitudes realizadas por parte de la Entidad, el Contratista solicitó la suspensión No. 3 a la Fase 2 por el término de 30 días calendario, la cual fue avalada por la Interventoría mediante la comunicación No. 2020-COP-1061-042. Lo anterior, teniendo en cuenta las siguientes justificaciones:

1. Que mediante el oficio 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO776, se hizo entrega al presupuesto solicitado.
2. Que en el mismo, teniendo en cuenta los hallazgos encontrados en el proyecto, se justificó la necesidad de realizar obras adicionales.
3. Que dentro de las obras adicionales, además del apantallamiento requerido, se recomendó realizar ajustes a las puertas metálicas instaladas en los accesos a los salones, siendo estos necesarios para dar cumplimiento a la normatividad colombiana conforme lo establecido en la NTC – 4595, donde se manifiesta que: “La medida mínima útil para accesos es de 0.80 m”, no obstante, se puede evidenciar que el acceso a las aulas existente tiene una medida de ingreso a cada salón entre 0.70 m y 0.76 m.”
4. Que teniendo en cuenta lo anterior, los hallazgos y recomendaciones socializadas con la Entidad, afectan y restringen la ejecución del alcance contractual del presente contratista, en el sentido la implementación de apantallamiento limita las actividades eléctricas y RETIE; así mismo, las adecuaciones necesarias para espacios, vanos, suministro e instalación de puertas nuevas, afectan y restringen la terminación de acabado en pisos, pintura y resanes en el muro de acceso a las aulas, toda vez que se requiere el desmonte, suministro e instalación de nuevas puertas, actividades que se encuentran establecidas dentro del alcance del contratista de obra.

Así como no se explica la interventoría la falta de planeación por parte del FFIE en adelantar un proceso de contratación sin contar con los debidos estudios previos, también incurre en una falacia cuando señala que se presentaron “ciertos contratiempos por la falta de claridad del alcance contractual”. De esta forma queda probada la primera gran inconsistencia de la Interventoría que, a su vez, induce en error al Comité fiduciario 498 del 28 y 29 de diciembre 2021.

- La segunda gran imprecisión de las partes tiene que ver con la respuesta a los descargos del contratista, cuando el Comité Fiduciario expresa:

## Respuesta a los descargos:

a) Lo faltante por ejecutar corresponde a actividades que eran imposibles técnicamente, y nadie está obligado a lo imposible:

Frente a esa afirmación, la Interventoría conceptuó que muchas de las actividades que el contratista manifestó que tenía restricción de ejecución no la tenían. Añadió que el atraso se debía a la falta de personal requerido en obra, equipos y material, tal como se evidencia en los múltiples llamados de atención realizados por esa interventoría.

Desconoce la interventoría que, si bien es cierto que el contrato se reinició el 09 de diciembre, este debió ser suspendido, nuevamente, por lo anotado en el punto 2 del Acta de Suspensión No. 3 que a la letra dice: **“2. Que, en el mismo, teniendo en cuenta los hallazgos encontrados en el proyecto, se justificó la necesidad de realizar obras adicionales”** (Subrayado y negrilla fuera de texto). Llama la atención que, por un lado, manifiesta que no había restricción de actividades, pero en las diferentes Actas de Suspensión afirma lo contrario, pues avala los argumentos del contratista para suspender el contrato en reiteradas ocasiones, sustentado en la necesidad de realizar obras adicionales.

2. Que en el mismo, teniendo en cuenta los hallazgos encontrados en el proyecto, se justificó la necesidad de realizar obras adicionales.

- Pero mas grave aún es que la Interventoría exprese que “....*muchas de las actividades que el contratista manifestó que tenía restricción de ejecución no las tenía*”. Pero en el punto No. 4 del Acta de Suspensión No. 3 a la letra dice:

4. Que teniendo en cuenta lo anterior, los hallazgos y recomendaciones socializadas con la Entidad, afectan y restringen la ejecución del alcance contractual del presente contratista, en el sentido la implementación de apantallamiento limita las actividades eléctricas y RETIE; así mismo, las adecuaciones necesarias para espacios, vanos, suministro e instalación de puertas nuevas, afectan y restringen la terminación de acabado en pisos, pintura y resanes en el muro de acceso a las aulas, toda vez que se requiere el desmonte, suministro e instalación de nuevas puertas, actividades que se encuentran establecidas dentro del alcance del contratista de obra.

(...) “Que teniendo en cuenta lo anterior, los hallazgos y recomendaciones socializadas con la Entidad, afectan y restringen la ejecución del alcance contractual del presente contratista...”

Muy diciente lo anotado en el Acta de Suspensión No. 3 que a propósito recuerdo que duró OCHENTA Y OCHO (88) días suspendido pues el argumento fue que **LOS HALLAZGOS Y RECOMENDACIONES SOCIALIDAS CON LA ENTIDAD**, AFECTAN Y RESTRINGEN LA EJECUCIÓN DEL ALCANCE CONTRACTUAL. Fuera de que afectan y restringen la ejecución del alcance contractual fue socializadas con la Entidad. **¿Prevarica la Interventoría? ¿Prevarica el FFIE? ¿Prevarican ambos?** El Comité Fiduciario tiene la obligación de contestar estos graves señalamientos. ¿A quien se le ocurre que un contratista puede disponer de TODOS los medios (personal, materiales, equipos, etc.) con desconocimiento total del alcance contractual? La respuesta es: Solo al FFIE y a la Interventoría. Se hace necesario recordar una vez más que la suspensión No. 3 se inició el 04 de febrero 2021 y duró 88 días. Sin embargo, la Interventoría el 3 de febrero 2021 estaba requiriendo al contratista como lo veremos más adelante.

- Manifiesta la Interventoría en desconocimiento de sus funciones lo siguiente:

Así mismo, expuso que respecto a las actividades que presentaron restricción, el contratista omitió la entrega de paquete de APU's y cotizaciones pertinentes para realizar valoración y aprobación de la modificación técnica a la que hubiera lugar.

Los Términos de Condiciones Contractuales – Invitación Abierta No. 008 FFIE julio de 2019 que dieron origen al contrato en cuestión a la letra dice:

En el caso en el que dentro de los **diez (10) días calendario** siguientes a la comunicación en la que la interventoría informe al CONTRATISTA sobre la necesidad de ejecutar el ítem, actividad no prevista y el evento, en que no se presenten los APU's debidamente soportados, en un tiempo

estimado de diez (10) días calendario máximo, una vez cumplido el plazo, el interventor procederá a presentar a la UG-FFIE el APU correspondiente con precios del mercado el cual se entenderá aceptado por el Constructor al no haberlo presentarlo en oportunidad.

Está claramente establecido que la interventoría, pasados 10 días calendarios siguientes a la comunicación en la que debía informar al CONTRATISTA sobre la necesidad de ejecutar el ítem, actividad no prevista, y en el evento en que no se presentaran los APU, debidamente soportados, debía **presentarlos a la UG-FFIE el APU correspondiente con precios de mercado**. Solicito al Comité Fiduciario **que antes de contestar el recurso de reconsideración, entregue a este servidor la comunicación de la Interventoría sobre la necesidad de ejecutar las actividades no previstas y la comunicación por la cual la Interventoría presentó ante el FFIE el listado de actividades no previstas y los precios de mercado de cada una de estas actividades.** Estos dos (2) documentos no se encontraron en el expediente que nos ataño.

- El Comité Fiduciario en su comunicación de decisión, presenta una serie de comunicaciones elaboradas por la Interventoría del proyecto para justificar que el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales. Estas son:

Oficio No. 2020-COP-1061-020 del 17 de diciembre 2020

Oficio No. 2020-COP-1061-023 del 13 de enero 2021

Oficio No. 2020-COP-1061-029

Oficio No. 2020-COP-1061-034 del 27 de enero 2021

Oficio No. 2020-COP-1061-038 de fecha 3 de febrero 2021

Y el Comité Fiduciario concluye: *“En consecuencia, la afirmación realizada por el contratista dista de la realidad contractual”*



No se entiende como mediante Oficio No. 2020-COP-1061-038 de **fecha 3 de febrero 2021** requiere al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y al día siguiente **4 de febrero 2021** suscribe el Acta de suspensión No. 3, la cual se prorroga por OCHENTA Y OCHO (88) días hasta el 3 de mayo de 2021, sustentado *“en los hallazgos encontrados en el proyecto y se justificó la necesidad de realizar obras adicionales”*. Adicionalmente señala en dicha Acta de Suspensión: *“..... afectan y restringen la ejecución del alcance contractual del presente contratista”*

Cualquiera que sea el contratista, no se le puede obligar a ejecutar un proyecto sin conocer a cabalidad el **ALCANCE CONTRACTUAL**. Recordemos que desde el inicio del contrato (30 de junio de 2020) se encontraron contratiempos **POR LA FALTA DE CLARIDAD DEL ALCANCE CONTRACTUAL**, y pasado 8 meses aún persistía la falta de claridad del alcance contractual. No es comprensible que la Interventoría insista en afirmar que el contratista incumplió sus obligaciones contractuales cuando los documentos suscritos a lo largo del contrato demuestran y prueban lo contrario.

La realidad es una sola: el contrato no contó con un estudio previo acorde a lo que se pretendía contratar. Pasó de un valor de \$117.942.348 a valer \$724.437.795,94. El contrato se debió suspender en TRES (3) oportunidades con sus correspondientes prórrogas.

Adicionalmente, la Interventoría dentro de sus obligaciones contractuales debió presentar ante el FFIE las actividades no contractuales y los precios de mercado de cada una de ellas en vista que supuestamente el contratista incumplió (según la Interventoría)

con esta obligación, pero que en realidad fue incumplida por la interventoría con la participación del FFIE, quien, en uso de sus obligaciones contractuales, tampoco requirió al Interventor por su incumplimiento.

El contratista sufrió un preocupante desequilibrio económico dada la falta de claridad en el alcance contractual, situación que no se puede catalogar como un contratiempo. Tan cierto es que en el Acta de Liquidación se están reconociendo valores por vigilancia, mayor permanencia, protocolos de bioseguridad y otras afectaciones que serán dirimidas en los estrados judiciales. Pero el hecho cierto es que el contrato se desarrolló en un ambiente de permanente **desconocimiento del alcance contractual**, tal como lo aseguró la interventoría del contrato y debió ser suspendido DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO (258) días por causas NO IMPUTABLES al contratista y las cuales la interventoría avaló y sustentó ante el FFIE.

Aunado a la falta de estudios previos por parte del FFIE, que ocasionaron las suspensiones del contrato anotadas, y a los incumplimientos contractuales por parte de la Interventoría, nadie puede desconocer las consecuencias que trajo para la humanidad la pandemia del COVID 19 y las consecuencias sufridas a nivel del país por el PARO NACIONAL. Estas han sido de toda índole. A la fecha aún se mantienen algunas, como la falta de contenedores a nivel mundial que ha ocasionado los incrementos en los fletes, lo que ha repercutido en los precios del acero y la totalidad de las materias primas.

## **CONCLUSIONES**

Por todo lo anterior, se puede concluir que el contratista cumplió con sus obligaciones contractuales en la medida de sus posibilidades y

que si no se pudo ejecutar el 100% del contrato obedeció a factores ajenos al contratista tales como:

1. Falta de estudios previos que permitieran tener certeza del alcance contractual lo cual se sustenta en las múltiples suspensiones del contrato y de pasar de un valor contractual de \$117.942.348 a un valor de \$724.437.795,94
2. La falta de pericia de la Interventoría o falta de conocimiento de los TCC o falta del cumplimiento de sus obligaciones contractuales o todas juntas, que le indicaban la forma de actuar en caso de presentarse actividades no contractuales y la falta por parte del Supervisor del FFIE en haber exigido a la Interventoría el cumplimiento de sus obligaciones contractuales tal como lo exige los TCC del proceso.
3. La pandemia mundial a causa del COVID 19 que desde el pasado mes de marzo de 2020 a la fecha ha ocasionado la muerte de miles de vidas humanas, en incapacidades de personal, en protocolos de bioseguridad, en aumento exponencial de materias primas necesarias para la construcción, etc.

Si bien este contrato se rige por el derecho privado se trata de un contrato estatal que debe cumplir con los principios de la contratación pública, la función pública y el control fiscal. Uno de esos principios medulares es el de la planeación, el cual fue claramente incumplido por la entidad estatal.

El artículo 1609 del Código Civil dice lo siguiente:

**ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>.** *En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*

Así las cosas, para que se pueda demandar el incumplimiento del contratista, el FFIE debe demostrar que cumplió con sus obligaciones, lo que, claramente, no ocurrió en el presente caso.

Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones, mientras su cocontratante no ejecute las propias.

Ese incumplimiento de la Administración fue *grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada los aspectos que se deben determinar o tener en cuenta a la hora de elaborar los estudios previos. Ese aspecto se trata en la sentencia del CONSEJO DE ESTADO. CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, de fecha 31 de agosto de 2006, expediente Nro. 14287, en donde se dijo:

**“(...) La falta de planeación tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución,** *momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realización. [...]*” (Resaltado nuestro).

En otra sentencia del CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B., C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, de fecha 31 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080) se señaló:

*Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.*

Por su parte, ESCOBAR GIL, Rodrigo, en la obra Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis. Segunda Reimpresión, 2000. p. 71, dijo:

*Ahora bien, **la falta o falla de planeación, traducida en la elaboración incompleta o inadecuada de estudios previos, de manera particular, conlleva una mayor trascendencia en contratos como los de obra pública, pues como se ha reiterado, su ausencia genera como consecuencia paralización de obras, mayores cantidades, cambios de ítems, modificaciones técnicas y económicas, entre otros aspectos que terminan afectando no sólo a la administración, sino también al contratista,** y como lo señalaba el doctor Santofimio, al erario público, es decir, al interés general: “La falta de los estudios previos se traduce en un mayor valor del contrato, que necesariamente se imputara al tesoro público, por las mayores erogaciones y gastos que deberá asumir el contratista, derivados de una mayor permanencia en el lugar de los trabajos, con los sobre costos que esta situación genera en gastos de administración, mano de obra, maquinaria y equipo, incremento de los costos de los factores determinantes del precio, etc. Además, los cambios y modificaciones de los diseños y especificaciones técnicas se reflejan en la necesidad de realizar*

*obras adicionales que encarecerán la ejecución del proyecto. Estos problemas colocan a la administración y a su colaborador privado ante una razonable imposibilidad de ejecutar el contrato, cuando no se frustra la realización del proyecto por dificultades técnicas que pudieron conocerse anticipadamente.*

Todo eso que el interventor denomina “ciertos contratiempos” fueron aspectos medulares para la correcta ejecución del contrato que llevaron a suspensiones, sobrecostos no reconocidos a fecha y afectaciones en la ejecución de las obras. El FFIE no cumplió el contrato, y ese incumplimiento llevó al contratista a la imposibilidad de poder terminar las obras.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS ADICIONALES**

#### **A) LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES NO APLICA PARA LOS CONTRATOS DEL FFIE**

El Consejo de Estado ha dicho que, en las leyes civiles, comerciales y financieras, que son las que integran el régimen jurídico de los patrimonios autónomos públicos, no hay una regulación especial sobre consorcios y uniones temporales. *Estas uniones se consideran una modalidad atípica de los denominados contratos de colaboración, en virtud de los cuales dos o más personas convienen aunar esfuerzos con un determinado objetivo consistente, por lo general, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que establezca una sociedad entre ella. **La conformación de uniones temporales tiene su fundamento en el derecho de asociación, libertad de empresa y, por supuesto, en el principio de la autonomía de la voluntad privada, pero no en una norma expresa que la autorice con***

***alcance similar al fijado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.***

*Estos esquemas de colaboración carecen de capacidad de goce y, por ello, tampoco tienen capacidad para aducir la titularidad del derecho de acción inmerso en las pretensiones de una demanda.*

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A, consejero ponente: JOSÉ  
ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre  
de dos mil veinte (2020) Expediente: 47001233100020070041501  
(41.277)**

*(...) las normas relativas a la capacidad jurídica de los consorcios y de las uniones temporales constituyen una de las materias particularmente reguladas en la Ley 80 de 1993 y, por tanto, son aplicables a los contratos que se rigen por esa normativa, al paso que frente a los contratos que están exceptuados de ella, salvo que la propia ley disponga otra cosa, los artículos 6 y 7 no son aplicables y, por lo mismo, a fuerza de conclusión, tampoco el criterio adoptado en la sentencia de unificación<sup>32</sup>.*

*Adviértase, además, que la conclusión expresada en el párrafo anterior no contradice la sentencia de unificación. Por el contrario, en ella se destacó que “allí radica la importante diferencia que se registra entre la inexistencia de regulación sobre la materia en los Códigos Civil y de Comercio, en contraste con la norma especial, de Derecho Público, que de manera expresa dota a los consorcios y a las uniones temporales de capacidad, suficiente y plena, para celebrar contratos con las entidades estatales, por manera que su significado va más allá de la simple previsión, en tal caso inane e innecesaria, de limitarse a contemplar la posibilidad de que en los contratos estatales la parte privada pueda estar integrada por más de una persona, natural o jurídica (negritas fuera de texto).*

*(...)*

Aclarado este punto, la Sala procede a determinar si la Unión Temporal demandante tenía capacidad para ser parte en el proceso, teniendo en cuenta que los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 no integraron el régimen jurídico del contrato. Este análisis supone revisar las reglas que, en el ámbito del derecho privado, presiden la formación de los consorcios y de las uniones temporales.

**En las leyes civiles, comerciales y financieras, que son las que integran el régimen jurídico al que quedó sometido el contrato entre FONADE y los integrantes de la Unión Temporal, no hay una regulación especial de las uniones temporales. Estas uniones se consideran una modalidad atípica de los denominados contratos de colaboración, en virtud de los cuales dos o más personas convienen aunar esfuerzos con un determinado objetivo consistente, por lo general, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que establezca una sociedad entre ellas 38. La conformación de uniones temporales tiene su fundamento en el derecho de asociación, libertad de empresa y, por supuesto, en el principio de la autonomía de la voluntad privada, pero no en una norma expresa que la autorice con alcance similar al fijado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.**

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia, el consorcio –y lo mismo vale para la unión temporal– es el resultado de la conjunción de esfuerzos de naturaleza técnica, económica y tecnológica que diferentes personas, naturales o jurídicas, ponen al servicio de una causa común. **La unión temporal no constituye una persona jurídica, sino que los sujetos que la conforman conservan, de manera independiente y autónoma, su organización, por lo que no hay confusión patrimonial**<sup>39</sup>. Los titulares de los derechos, obligaciones e intereses que tienen su fuente en el contrato –las partes del negocio– son los integrantes de la unión temporal, y no ésta, pues no es un centro de imputación jurídica<sup>40</sup>, más allá de las reglas atinentes a la forma, modo y tiempo en el cumplimiento de las obligaciones



que por virtud del convenio de colaboración se imponen de cara al contrato que suscriben.

La capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales ha sido analizada desde la perspectiva de las relaciones jurídicas sometidas a las leyes civiles y comerciales. La Corte Suprema de Justicia ha concluido que, bajo el derecho privado, las uniones temporales no tienen capacidad de goce y, por lo mismo, tampoco tienen capacidad para ser parte en procesos judiciales.

(...)

***En síntesis, en los negocios jurídicos sometidos a las leyes civiles, comerciales y financieras, como es el caso del contrato celebrado entre FONADE y los integrantes de la Unión Temporal, estos esquemas de colaboración carecen de capacidad de goce y, por ello, tampoco tienen capacidad para aducir la titularidad del derecho de acción inmerso en las pretensiones de una demanda, esto es, para promover y ser parte en los procesos judiciales en los que discutan los derechos que tienen su fuente en el contrato, pues, a diferencia de lo que ocurre en los contratos regidos por el derecho público<sup>44</sup>, ninguna ley civil o comercial les ha reconocido facultad para derivar de ahí, respecto de aquéllas, el derecho de postulación propio del proceso judicial.***

**B) EN LOS PROCESOS SANCIONATORIOS CONTRACTUALES DEL  
FFIE NO SE PUEDE VINCULAR AL CONSORCIO O UNIÓN  
TEMPORAL, SINO A SUS INTEGRANTES**

La capacidad de goce es la aptitud que posé una persona física para **ser titular de derechos y obligaciones.**

Así las cosas, en los procesos sancionatorios contractuales el FFIE, al igual de lo que ocurre con los procesos judiciales, no puede vincular a la unión temporal, porque esta carece de capacidad de goce y de capacidad procesal. El hecho de no haber vinculado a GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE a esos procedimientos impide que las decisiones adoptadas puedan afectarlo jurídicamente. Además, esas decisiones se adoptaron en contra de la UNIÓN TEMPORAL GMP que, repetimos, NO TIENE CAPACIDAD DE GOCE, es decir, de adquirir derechos y contraer obligaciones, y NO TIENE CAPACIDAD PROCESAL, es decir, para comparecer al procedimiento administrativo como unión temporal a través de su representante. Lo procedente era vincular a la sociedad GMP S.A.S y a GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE, quienes suscribieron el acuerdo de colaboración. Es importante señalar que aún en el régimen de Ley 80 los integrantes deben ser convocados a los procesos sancionatorios porque en esa figura hay distribución de actividades y la responsabilidad se concreta a su participación en la ejecución del contrato, por lo que cada uno está en el derecho de ejercer su defensa, lo que no ocurre en los consorcios.

### **C) VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

Sobre la base jurisprudencial de que en los contratos suscritos por entidades con régimen privado de contratación no aplica la sentencia de unificación sobre la capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales a través de su representante, es dable concluir que lo procedente es vincular a los procesos sancionatorios a todos sus integrantes.

En el presente caso, las sanciones impuestas fueron objeto de una actuación administrativa que no me fue notificada, ni se me dio oportunidad de ejercer la defensa, ni de solicitar pruebas, ni de objetar las pruebas aportadas por el FFIE.

La notificación de la decisión final no basta para cumplir con el mandato constitucional de garantizar el debido proceso.

La entidad contratante, de conformidad con las estipulaciones de derecho privado que rigen los contratos de obra objeto del debate, no se encontraba facultada para exigir el cumplimiento de la cláusula penal por el presunto incumplimiento del Consorcio, más cuando era necesario que acudiera a la autoridad judicial para que se declarará dicho incumplimiento, conllevando a que se no encontrará facultada para expedir los actos demandados.

A su vez, vulneró el debido proceso por la no notificación al suscrito de las comunicaciones que trataban del inicio de los procesos administrativos sancionatorios, máxime cuando el mismo clausulado contractual en cada uno de los negocio estipulada lo pertinente, siendo necesario que la comunicación fuera dirigida al domicilio del contratista haciendo mención expresa de los hechos que soportaban el trámite por presunto incumplimiento, adjuntando igualmente el informe de interventoría y la totalidad de las pruebas que fundamentaran la decisión, permitiendo con ellos que el contratista ejerciera el derecho de defensa y contradicción. Incumpliendo sus obligaciones al remitir correo electrónico del suscrito y no solo al representante legal del Consorcio

Así las cosas, esta actuación frente al suscrito está viciada de nulidad absoluta.

**D) POR TRATARSE DE UN CONTRATO QUE NO SE RIGE POR EL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ES CONTRARIO A LA LEY IMPONER SANCIONES DE MANERA UNILATERAL SIN AUTORIZACIÓN LEGAL, COMO OCURRE EN ESTE CASO.**

Este tema fue abordado en la obra de mi abogado, el doctor Álvaro Mejía Mejía, REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN EL SECTOR

PÚBLICO, Edición 2020, Universidad Santiago de Cali y Editorial DIKE, páginas 636 a 660, en donde se dijo:

**3.29. ¿Las entidades estatales con regímenes especiales de contratación pueden pactar e imponer, de manera unilateral, multas y cláusulas penales en su contratación? Así mismo, ¿tales entidades pueden declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato?**

**3.29.1. Respuesta al interrogante**

*Las entidades estatales con regímenes especiales de contratación SÍ pueden pactar multas y cláusulas penales en su contratación. Las entidades estatales con regímenes especiales NO pueden imponer, de manera unilateral multas y cláusulas penales en su contratación.*

*(...)*

*Las entidades estatales no sometidas al Estatuto de Contratación pública NO pueden declarar el incumplimiento del contrato de manera unilateral.*

**3.29.2. Normas**

*El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dice: “Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...)” (Lo subrayado es nuestro)*

*Dicha norma fue modificada por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en donde se dice:*

*Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios de este, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...)” (El subrayado es nuestro).*

*El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 señala lo siguiente:*

*Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

*La norma señala que la facultad para hacer efectivas unilateralmente las multas y cláusulas penales, la tienen las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, lo que excluye a las entidades con regímenes especiales de contratación.*

*La multa tiene como finalidad conminar al contratista para que cumpla. No es una cláusula exorbitante, sino una convencional.*

*Ahora, lo mismo se predica de la cláusula penal, que no es una cláusula exorbitante de conformidad con la Ley 80 de 1993. El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dice: Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento,*

*cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...) Cuando se dice podrán, de conformidad con la redacción del texto, se refiere a las entidades sometidas al Estatuto de Contratación Pública.*

*Es importante señalar que esta posición también era la que se aplicaba en vigencia del Decreto 222 de 1983.*

*Pasamos a exponer el criterio expresado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación No. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342), en donde se dijo*

*(...) las empresas industriales y comerciales del Estado, cuyo régimen de contratación es el del derecho común contenido en los Códigos Civil y de Comercio, los cuales si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada.*

*(...)*

*Resulta claro entonces, que en el régimen de derecho privado primero deberá el juez establecer la responsabilidad del contratista incumplido, para luego deducir a su cargo la obligación de pagar el monto estipulado por las partes a título de indemnización de perjuicios en la cláusula penal pecuniaria del contrato.*

*(...)*

*Se trata pues de sanciones que no son ajenas al régimen de los contratos del derecho privado, pues en ellos las partes pueden legalmente pactarlas; pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo, la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento.*

*Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se presentaron cambios en las potestades excepcionales, presentándose diversas interpretaciones, pero el Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente Nro. 14579, mediante sentencia de fecha 20 de octubre de 2005, dejó claro que para que las entidades estatales pudieran imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria debían acudir al juez del Contrato, veamos la línea jurisprudencial:*

*No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 (9) y del 20 de junio de 2002(10), pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas*

*excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.*

*Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 (con la modificación de la Ley 1474 de 2011) queda claro que las multas y la cláusula penal solo podrán ser impuestas de manera unilateral por las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Pública. Las entidades con régimen especial de contratación carecen de competencia para hacerlo.*

*(...)*

#### **3.29.4. Posición jurisprudencial**

*La Jurisprudencia del Consejo de Estado es clara y ha trazado una línea, que no puede dar lugar a equívocos, veamos: Consejo de Estado, Sección Tercera, consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar, 23 de septiembre de 2009, radicación 24639. Actor: Banco GRANAHORRAR. Demandado: Instituto de los Seguros Sociales- ISS-. Referencia: Contractual - apelación sentencia entidad estatal.*

*- Facultad para imponer multas / MULTA - No procede en contratos interadministrativos / MULTA - No procede en contratos de derecho privado / CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS - No procede multa / COMPETENCIA - Principio de legalidad / COMPETENCIA - Presupuesto de validez de la actuación administrativa.*

*(...) en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, **en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá***



**ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual.**

(...)

Significa que cuando el ISS decidió imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, mediante la expedición de la Resolución 0400 de 15 de febrero de 2000, debía encontrarse autorizada por la ley, pero como las normas del derecho privado no consagran competencia alguna a las entidades del Estado para imponer multas mediante acto administrativo unilateral y la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas, resulta claro que actuó sin competencia funcional y, por lo tanto, el acto administrativo que impuso la sanción y aquel que confirmó la decisión, se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia, la cual será declarada. (El resaltado es nuestro).

**Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 28 de septiembre de 2011, radicación número: 15476, actor: Sociedad Aseguradora de Fianzas S.A.-CONFIANZA, demandado: TELECAFE LTDA.**

Dicho de otro modo, si bien es cierto que **en los contratos celebrados por la Administración regidos solo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal** (14), dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, **no lo es menos que la Administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato,**

*pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 14 de 1991.*

*Sobre el particular, conviene traer a colación el criterio expuesto por la Sección en el sentido de que **resulta nula por objeto ilícito la cláusula que se incluye en un contrato sometido al derecho privado cuando comporta un poder exorbitante no autorizado, dada la violación de las normas imperativas y de orden público que establecen las competencias de la Administración.***

*“Específicamente en materia de contratación estatal, campo de actuación de la Administración en el que las competencias también deben estar específicamente determinadas, ha sido una constante la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ámbito de las prerrogativas del Poder Público, a tal punto, que resulta inconcebible el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley; se trata pues, de facultades regladas que la Administración debe ejercer de conformidad con los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico y respetando los límites impuestos por el mismo.*

*(...)*

*Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6, 121 y 122 superiores, preceptos de orden público e imperativos y en tal virtud, de obligatorio cumplimiento.*

**En otras palabras, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales solo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito** (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito.

**Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas décima segunda - multas-, décima tercera -penal pecuniaria- y décima cuarta - caducidad administrativa- del contrato, en tanto facultan a la administración contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo,** y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas, en tratándose de las multas y la cláusula penal pecuniaria, en el aparte relacionado con la facultad de imposición unilateral por la administración y en cuanto a la facultad de declaratoria de caducidad, se declarará totalmente nula. (Resaltado nuestro).

**Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth, 12 de octubre de 2011, expediente 2007.**

Por otra parte, para la época de celebración del contrato objeto de la presente Litis, ni siquiera las entidades sujetas a las normas de la Ley 80 de 1993, tenían competencia para imposición de multas a sus contratistas (18) y por lo

tanto, mucho menos la tenía- ni la tienen- en aquellos contratos regidos por las normas del derecho privado, todo lo cual pone en evidencia la ilegalidad de las cláusulas contractuales contenidas en el negocio jurídico celebrado entre la Caja Agraria y Helitaxi Ltda., por medio de los cuales se autorizó a la primera para imponer multas, terminar un unilateralmente el contrato y declarar la caducidad.

43. Teniendo en cuenta el régimen jurídico al que se hallaba sujeto el contrato celebrado por las partes según se dejó expuesto y la facultad oficiosa del juez administrativo para declarar la nulidad absoluta total o parcial que advierte en los contratos sometidos a su conocimiento (artículos 87, del Código Contencioso Administrativo y 1742 del Código Civil), se advierte que en el **caso sub-lite resulta procedente tal declaratoria respecto de las cláusulas de multas (octava), terminación unilateral del contrato (décima primera) y de caducidad (vigésima tercera) introducidas en el contrato celebrado por las partes, por tratarse precisamente de unas facultades excepcionales respecto de las cuales carecía de competencia la entidad demandada y por lo tanto no han debido ser introducidas en el contrato.**

En consecuencia, al estar reunidos los requisitos legales para su declaratoria oficiosa en la medida en que está plenamente demostrada en el proceso y en el mismo intervienen las partes contratantes (...)

46. **No obstante, también es claro que para poder ejercer esta facultad de proferir actos administrativos, las autoridades estatales deben contar con la facultad expresa de hacerlo, es decir, con la competencia constitucional o legalmente atribuida para actuar.**

**En relación con la competencia es importante precisar que la Administración Pública, amparada en el privilegio de lo previo, no puede deducir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque**

**desbordaría el principio que, de modo negativo, está consagrado en el artículo 84 del C.C.A., el cual dispone que los actos administrativos serán nulos “cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes”.**

*En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios –al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares-, es de carácter excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como lo preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, de cuyo alcance se desprende que no existe competencia sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.*

*Es al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos que opera el principio del privilegio previo; es trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no del principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley.*

**Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón, 12 de noviembre de 2014, radicado 29165. Competencia para la imposición de multas tratándose de entidades estatales con régimen privado o régimen especial.**

*“(...) en aquellos contratos gobernados por el derecho privado (...) las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no solo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.*

*Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual, al no estar expresamente dicha facultad asignada por la*

*ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista”.  
(Resaltado nuestro).*

**Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, consejera ponente,  
Olga Mélida Valle De La Hoz, 3 de diciembre de 2015, radicado 36807**

*Se declaró la nulidad de los actos demandados, en atención a que la entidad pública no tenía competencia para expedir dichos actos, no solo porque a la fecha de la expedición de los actos la Ley 80 de 1993 no le daba dicha facultad a la Administración, sino porque la ETB tenía un régimen privado para su contratación y la jurisprudencia de la Sección Tercera ha dicho:*

*“... los contratos celebrados por los particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como los son las empresas de servicios públicos, se encuentran sujetos al derecho privado por disposición especial, y en consecuencia no es posible pactar en tales contratos cláusulas exorbitantes, ya que su misma naturaleza y finalidad así lo determina. Por lo que resulta improcedente que en los contratos celebrados entre particulares y también en aquellos que siendo celebrados por una entidad estatal como lo son las Empresas de Servicios públicos – que se rigen por normas de derecho privado – se pacten las citadas cláusulas”.*

*Para ilustrar las jurisprudencias más relevantes sobre el tema de multas en la contratación de entidades con regímenes especiales, transcribimos el siguiente cuadro, que se extrae de la página de contratación en línea:*

**Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de  
Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial.  
Jurisprudencia del Consejo de Estado**

Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 1994. Rad. 7879. MP: Carlos Betancourt Jaramillo

“Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de las facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, **por tanto, aunque en virtud del principio de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual**”.

<b>Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial. Jurisprudencia del Consejo de Estado</b>	
<p>Sentencia Consejo de Estado. Sección. III. 23/04/2009. Rad. 16372. MP: Mauricio Fajardo Gómez.</p>	<p>“En principio se puede afirmar que uno de los privilegios con los cuales cuenta la Administración Pública en los contratos que celebra es el de la decisión unilateral y ejecutoria, el cual le permite ejercer directamente potestades y derechos otorgados por la ley, de manera expresa, sin tener que acudir ante la Justicia Contencioso Administrativa. Se trata de un poder que es ajeno a las facultades de los articulares, salvo expresa autorización legal”.</p> <p>“(…) En este sentido cabe precisar que uno de esos actos administrativos para los cuales la Administración Pública requiere competencia para su adopción, lo que es lo mismo, autorización legal para su expedición es aquél mediante el cual se liquida un contrato de manera unilateral, en tanto, a través de dicho acto se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas (…)”.</p>

<b>Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial. Jurisprudencia del Consejo de Estado</b>	
<p>Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 21/10/94. Exp. 9288.</p>	<p>Se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado.</p> <p><b>“... Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.</b></p> <p>No es la importancia de la materia del contrato, en este caso, las exportaciones, no lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes.</p> <p>Ese establecimiento público demandado, solo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222/83, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, solo puede ser decretado por los jueces (...)”.</p>



**Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial.  
Jurisprudencia del Consejo de Estado**

Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 23/09/2009. Rad. 24639. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

**Se indicó que al regirse el contrato por normas de derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de condiciones, “resulta claro que ninguna de ellas estaba autorizada para hacer uso de prerrogativas o potestades que son propias del derecho público y por ende, no usuales en el derecho común”.**

**“(…) en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiera estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual”.**

**En esta misma sentencia recordó el Consejo de Estado que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 tiene prevista la prescindencia de las cláusulas excepcionales tratándose de contratos interadministrativos, en consecuencia, en este clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común.**

**Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de  
Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial.  
Jurisprudencia del Consejo de Estado**

Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 28/09/2011. Rad. 15.476. MP: Ruth Stella Correa Palacio.

“Esas facultades excepcionales, como por ejemplo, la de declarar la caducidad del contrato, según reiterada jurisprudencia, es un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico para determinar si existe un incumplimiento de sus obligaciones, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales. Esta posibilidad es insólita en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como se explicó, estaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado para la fecha del contrato origen de esta controversias y cuyas normas en principio, **“... si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada”**.

<b>Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial. Jurisprudencia del Consejo de Estado</b>	
	<p><b><i>“Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas (...) del contrato, en tanto facultan a la administración, contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo, y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas (...).”</i></b></p>
<p>Auto Consejo de Estado. Sección III. 20/02/2014. Rad. 45310. MP. Ramiro Pazos Guerrero.</p>	<p>En la providencia se concluyó:</p> <p>A. Las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las reglas de derecho común (derecho privado) no pueden pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes previstas en la Ley 80/93, salvo que la ley o una norma superior lo autorice de manera clara y expresa.</p> <p>B. La ejecución o cumplimiento unilateral de una cláusula excepcional o exorbitante en los contratos sometidos al derecho común es ilegal por comportar una potestad exclusiva del Estado, salvo que se ejerza bajo el amparo de una ley o norma superior.</p> <p>Por otra parte, el Consejo de Estado indica que, en este caso, los actos proferidos por ECOPETROL son verdaderos actos administrativos y no simples actos contractuales, pues aparte de haber sido expedidos con fundamento en facultades consagradas en normas de derecho público, contienen una decisión unilateral encaminada a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada.</p>



<b>Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial. Jurisprudencia del Consejo de Estado</b>	
<p>Auto Consejo de Estado. Sección III. 20/02/2014. Rad. 45310. MP: Ramiro Pazos Guerrero.</p>	<p><b>Por lo anterior, en atención a que las decisiones unilaterales adoptadas por ECOPETROL de “imponer multa, declarar el incumplimiento grave del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidar unilateralmente el contrato son manifiestamente ilegales al haber sido expedidas sin ostentar la competencia legal y por desconocer los artículos 6o de la Ley 1118/2006 y 14 de la Ley 1150/2007” y por otra parte, teniendo en cuenta que la ejecución de los actos mencionados pueden generar afectación del patrimonio económico de la unión Temporal demandante, el Consejo de Estado estimó necesaria la medida preventiva de suspensión provisional para evitar que se cause un perjuicio a la parte demandante y como consecuencia, decidió revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Santander.</b></p>
<p>Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 12/11/2014. Rad. 29165. MP: Hernán Andrade Rincón.</p>	<p><b>“(…) en aquellos contratos gobernados por el derecho privado – (...) – las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no solo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.</b></p>

<b>Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial. Jurisprudencia del Consejo de Estado</b>	
<p>Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 12/11/2014. Rad. 29165. MP: Hernán Andrade Rincón.</p>	<p><b>Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista".</b></p> <p><b>"(...) es claro entonces que la cláusula (...) se encuentra viciada de nulidad por objeto ilícito por contravenir normas de orden público, en tanto que por tratarse de un contrato sujeto a normas de derecho privado, no resultaba posible pactar la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, dado que dicha estipulación es a todas luces contraria al mandato constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la ley lo autorice, norma que delimita el campo de acción de la Administración frente a los administrados y que goza de la naturaleza de orden público".</b></p> <p><i>En cuanto a la facultad de liquidar el contrato unilateralmente.</i></p> <p><i>"(...) es claro que la potestad que tiene la Administración – en este caso ETB – para liquidar unilateralmente un contrato, es una facultad que debe estar asignada por la ley, pues de lo contrario, la entidad carecería de competencia para tomar decisiones unilaterales".</i></p>

Esta línea jurisprudencia ha sido reiteradamente en la sentencia del Consejo de Estado, Sección III, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicado 48857, de fecha 2 de junio de 2021, en donde se dijo:

*Las empresas de servicios públicos domiciliarios solo pueden expedir actos administrativos contractuales cuando la ley les ha entregado de manera expresa dicha competencia. Las entidades estatales que están exceptuadas del estatuto de contratación solo pueden expedirlos en tanto exista fuente jurídica que las habilite para hacerlo.*

Se reiteró también en la sentencia del Consejo de Estado, Sección III, Subsección B, M.P. Alberto Montaña Plata, radicado 38237, de fecha 17 de marzo de 2021, en donde se dijo:

*“Las facultades excepcionales de las que trata el Estatuto Contractual, como una concreción de los llamados poderes exorbitantes al derecho común[1], pueden ser ejercidas por las entidades públicas, exclusivamente, en los casos, bajo las condiciones y los requisitos que autoriza la ley, esto, en atención al principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas.*

No obstante, la jurisprudencia ha señalado de tiempo atrás y en forma reiterada que, **en los contratos regidos por el derecho privado, el pacto de multas no puede dar lugar a que la administración se abrogue la facultad de aplicarlas unilateralmente, sin acudir al juez del contrato.**

Al respecto, en sentencia de fecha 21 de octubre de 1994, el Consejo de Estado señaló[2]:

*[C]onforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’, resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el*

*cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas. Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio. **Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial.** Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa.*

Criterio que fue reiterado por esta Sección en providencia del 23 de septiembre de 2009, en la cual se señaló[3]:

*[E]n aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual.*

De igual manera, en pronunciamiento posterior, precisó la jurisprudencia[4]:

*[S]i bien es cierto que en los contratos celebrados por la administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994.*

**Por tanto, para esta Corporación, es claro que la imposición unilateral de multas requiere habilitación legal expresa y, al no contar con esta, su imposición unilateral resulta contraria a derecho.**

*Aun en los contratos estatales regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y en cuyo marco se establecen determinadas prerrogativas a las autoridades públicas, antes de la Ley 1150 de 2007 no se les reconocía la facultad de cobrar unilateralmente las multas que pactaran con sus contratistas. Tal competencia solo surgió con la indicada Ley 1150 de 2007, frente a la cual la jurisprudencia precisó que su efecto retrospectivo operaba en el sentido de que la sanción pecuniaria en cuestión podría aplicarse incluso en negocios celebrados antes de dicha norma, pero*



únicamente si el procedimiento sancionatorio y la multa misma habían iniciado con posterioridad a su entrada en vigencia[5].

***Siendo ello así, mal puede señalarse que en los contratos regulados exclusivamente por el derecho privado, en los que las partes obran en igualdad de condiciones, la administración ejerza facultades que la ley no le ha otorgado, para imponer multas de manera unilateral, aunque se hayan pactado en el contrato; pues aunque tal acuerdo sea válido, su aplicación debe ir de la mano con la decisión del juez del contrato, en los términos anteriormente señalados. En este punto, es pertinente reiterar que si bien, los actos y contratos de las empresas estatales de servicios públicos domiciliarios se gobiernan únicamente por el derecho privado, tales entidades conservan su naturaleza estatal, por lo que permanecen sujetas al principio de legalidad".*** (Resaltado nuestro).

Frente al contrato de obra 1380-1085-2020, el FFIE carece de competencia para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, porque no existe norma legal que lo faculte para ello. Así lo dijo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia de fecha 19 de junio de 2020, C.P. Dra. María Adriana Marín, radicado 46589, dijo lo siguiente:

**MULTA Y CLÁUSULA PENAL – Aplicación sujeta al principio de legalidad**  
**- Pueden pactarse en contratos estatales sujetos al derecho privado– Su pacto contractual no habilita a la entidad pública para imponerlas unilateralmente – Su procedencia en el caso concreto la debe determinar el juez del contrato, en la causa en la que se pida la declaratoria del incumplimiento.**

“la estipulación de la sanción y de la cláusula penal indemnizatoria en los documentos del contrato aceptados por las partes, emergió claramente por el ejercicio de la autonomía de la voluntad, al no prohibirse en la legislación privada la previsión de sanciones para la parte incumplida, las cuales podían converger, además, con la cláusula penal, prevista en el contrato como estimación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento.

Así entonces, la fijación de la sanción pecuniaria por el incumplimiento, a la par con la cláusula penal de carácter indemnizatorio resulta, en principio, válida en los negocios jurídicos regulados por el derecho privado –dejando a salvo la obligación de las partes de observar la buena fe, garantizar el debido proceso, atender el principio de proporcionalidad y guardarse de incurrir en abuso del derecho-, pues se acompasa con el artículo 1594 del Código Civil, en cuanto establece que no le está permitido al acreedor reclamar al mismo tiempo la obligación principal y la pena, “*a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo*” o a menos que se hubiera establecido que con el pago de la pena “*no se entienda extinguida la obligación principal*”.

**No obstante, la jurisprudencia ha señalado de tiempo atrás y en forma reiterada que, en los contratos regidos por el derecho privado, el pacto de multas no puede dar lugar a que la administración se abrogue la facultad de aplicarlas unilateralmente, sin acudir al juez del contrato.**

Al respecto, en sentencia de fecha 21 de octubre de 1994, el Consejo de Estado señaló:

*[C]onforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para*

los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas. Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio. **Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial.** Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa.

Criterio que fue reiterado por esta Sección en providencia del 23 de septiembre de 2009, en la cual se señaló:

*[E]n aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto*

*administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual.*

*De igual manera, en pronunciamiento posterior, precisó la jurisprudencia:*

*[S]i bien es cierto que en los contratos celebrados por la administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994..*

*Por tanto, para esta Corporación, es claro que la imposición unilateral de multas requiere habilitación legal expresa y, al no contar con esta, su imposición unilateral resulta contraria a derecho.*

*Aun en los contratos estatales regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y en cuyo marco se establecen determinadas prerrogativas a las autoridades públicas, antes de la Ley 1150 de 2007 no se les reconocía la facultad de cobrar unilateralmente las multas que pactaran con sus contratistas. Tal competencia solo surgió con la indicada Ley 1150 de 2007, frente a la cual la jurisprudencia precisó que su efecto retrospectivo*

*operaba en el sentido de que la sanción pecuniaria en cuestión podría aplicarse incluso en negocios celebrados antes de dicha norma, pero únicamente si el procedimiento sancionatorio y la multa misma habían iniciado con posterioridad a su entrada en vigencia.*

***Siendo ello así, mal puede señalarse que, en los contratos regulados exclusivamente por el derecho privado, en los que las partes obran en igualdad de condiciones, la administración ejerza facultades que la ley no le ha otorgado, para imponer multas de manera unilateral, aunque se hayan pactado en el contrato; pues aunque tal acuerdo sea válido, su aplicación debe ir de la mano con la decisión del juez del contrato, en los términos anteriormente señalados. En este punto, es pertinente reiterar que si bien, los actos y contratos de las empresas estatales de servicios públicos domiciliarios se gobiernan únicamente por el derecho privado, tales entidades conservan su naturaleza estatal, por lo que permanecen sujetas al principio de legalidad”.***

**E) Frente al contrato de obra 1380-1059-2019, el acto administrativo está viciado de nulidad absoluta.**

*Frente a este contrato se dijo: En consideración al análisis que precede efectuado por la UG FFIE, a la recomendación dada por el Comité Técnico y al pronunciamiento otorgado y la instrucción impartida por el Comité Fiduciario en sesión No. 513 del 28 de febrero de 2022, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente como vocero y administrador del PA-FFIE, comunica la decisión del Comité Fiduciario del PA-FFIE de hacer efectivo el amparo del buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo por la suma de MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$1.456.955.537).*

*La presente decisión demuestra el siniestro o la ocurrencia del riesgo amparado que para el efecto es el mal manejo, la falta de inversión y falta de amortización del anticipo tal como quedó demostrado en este documento y los anexos que lo soportan, así como la pérdida económica reclamada en valor de MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$1.456.955.537), evento amprado en la póliza de cumplimiento No. 60714 expedida Chubb Seguros Colombia S.A*

En reciente auto el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado ponente: Henry Aldemar Barreto Mogollón Bogotá D.C., de fecha trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), Radicado: 25000233600020210040300, dijo lo siguiente en relación con decisiones del FFIE en varios contratos similares a los de la decisión objeto de examen:

*Habida cuenta que los administrativos demandados corresponden aquellos por los cuales se hicieron efectivas las cláusulas penales pecuniarias dentro de los contratos de obra Nos. 1380-1263-2020, 1380-1267-2020, 1380-1255-2020, 1380-1283-2020, 1380-1226-2020 y 1380-1252-2020. Así como, la terminación anticipada del referido contrato No. 1380-1252-2020 del 07 de mayo de 2020, a través de oficio No. X98733 del 07 de junio de 2021, correspondiente al IE Colegio San Pascual en el Municipio de Cañasgordas Antioquía, es claro que dichos oficios gozan del carácter de actos administrativos contractuales y en efecto, el medio de control procedente para acudir a la jurisdicción es el contractual.*

Frente a las decisiones tomadas frente a este contrato, el acto está viciado de nulidad absoluta, como lo dijo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, en la sentencia de fecha 19 de julio de 2019, radicado 39800, C.P. Dr. Alberto Montaña Plata:

*[S]e ha aceptado la declaratoria del siniestro por entidades estatales regidas por el derecho privado, (...) posición jurisprudencial que debe ser revisitada para comprender sus verdaderos alcances y real posibilidad de configuración. (...) Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, (...) y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo. (...) En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.*

*De manera que la EAAY no solo, no contaba con la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, pues sus actos y contratos se rigen por el derecho privado; ni podía acudir a la expedición de actos administrativos para realizar la señalada declaratoria; sino que, en virtud del propio contrato de seguro, debía acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios.*

Así las cosas, el acto administrativo expedido está viciado de nulidad, que fue la decisión que se tomó en ese caso.

Cordialmente

  
**GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE**

Anexos: Términos de Condiciones Contractuales