

Bogotá, D.C., 31 de enero de 2024

Señores

JUZGADO 62 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

La Ciudad

CLASE DE PROCESO: DECLARATIVO de INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL DE MENOR CUANTÍA

DEMANDANTE: PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE
INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE

DEMANDADOS: GMP INGENIEROS S.A.S. y GUSTAVO ADOLFO TORRES
DUARTE (INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL GMP) y la EQUIDAD
SEGUROS OC.

RADICADO: 110014003062-2023-00385-00

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ÁLVARO MEJÍA MEJÍA, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 7.545.114 de Armenia, Q, abogado con tarjeta profesional Nro. 51.873 del C.S.J., obrando en mi calidad de apoderado del ingeniero **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, quien me confirió poder especial para representarlo en el proceso de la referencia, el cual acepto y, en consecuencia, solicito personería para actuar en dicha calidad y, en ejercicio de este procedo a CONTESTAR LA DEMANDA, dentro del término legal, lo que hago de la siguiente forma:

I. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

AL HECHO 1: No es cierto. Si bien, el demandante hizo la Invitación Abierta FFIE No. 008 de 2019, el objeto no coincide con lo establecido en dicha invitación. Nos atenemos a lo que se prueba el proceso.

AL HECHO 2: Es cierto.

AL HECHO 3: No me consta, porque se trata de hechos en los cuales no participó mi procurado. No obstante, NO ES CIERTO, según el numeral 9 de consideraciones del contrato 1380-1061-2019, que se refiere es la sesión 294 llevada a cabo el día 3 de diciembre de 2019. No coinciden, en consecuencia, ni el número de la sesión ni la fecha de su celebración.

AL HECHO 4: No me consta, porque en el numeral 10 de las consideraciones del contrato 1380-1061-2019, si bien se menciona lo señalado en el hecho, no se especifica que corresponda a las obras del CONSORCIO MOTA ENGIL.

AL HECHO 5: Es cierto.

AL HECHO 6: No es cierto parcialmente, porque el contrato se refiere a LICENCIA DE URBANISMO y no a LICENCIAS DE URBANISMO. Por otra parte, la redacción del hecho no es textual a la del contrato, a pesar de que se pone en comillas.

AL HECHO 7: Es cierto, pero el contrato se refiere a ADENDAS y no a AGENDAS.

AL HECHO 8: No es cierto que el plazo inicial fuera de 1 mes, porque el contrato dice que es de un mes de acuerdo con el cronograma de ejecución

para cada una de las fases conforme al anexo técnico. El contrato inicial no establece fecha de inicio ni terminación, por lo cual nos atenemos a lo pruebe quien lo afirma.

AL HECHO 9: Es cierto. Me atengo al texto de contrato.

AL HECHO 10: No me consta, porque se trata de un contrato suscrito por terceros.

AL HECHO 11: Es cierto

AL HECHO 12: No es cierto, dicha póliza no ampara el contrato 1390-1061-2019, como se afirma en el hecho.

AL HECHO 13: No es cierto. Las cifras señaladas en el hecho no coinciden exactamente con las que aparecen en la póliza.

AL HECHO 14: No es cierto, según se lee en la póliza aportada por el mismo demandante, la fecha de aprobación fue el 14 de abril de 2020 y no 26 de febrero de 2020, como se afirma en el hecho.

AL HECHO 15: No es cierto, porque esa era una obligación a cargo de la demandante, quien la incumplió, afectando el inicio del contrato.

AL HECHO 16: No es cierto. Me atengo a la que se pruebe en el proceso.

AL HECHO 17: Es cierto. Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. La entidad suscribió un contrato para ser ejecutado en un mes, cuando ni siquiera tenía definido su alcance.

AL HECHO 18: Es cierto. Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. La entidad suscribió un contrato para ser ejecutado en un mes, cuando ni siquiera tenía definido su alcance.

AL HECHO 19: Es cierto. Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. La entidad suscribió un contrato para ser ejecutado en un mes, cuando ni siquiera tenía definido el alcance, el plazo real y el valor del contrato.

Es importante precisar que el demandante no relaciona en los hechos la prórroga Nro. 3 a la suspensión Nro. 1 de fecha 24 de noviembre de 2020, por un término de 30 días, sustentada en la necesidad de realizar diferentes visitas y revisiones pertinentes del alcance del contrato. Este documento contractual debe tenerse como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. Dicho documento fue aportado con la demanda con la denominación 1380-1061-2019-P3S1-CI.

AL HECHO 20: Es cierto. Es cierto. Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. Se pasó de un contrato por valor inicial de \$117.942.348 a un valor de \$724.437.795, es decir, se incrementó en un 514,3% y el plazo se triplicó (200%), porque pasó de un mes a tres meses.

AL HECHO 21: Es cierto.

AL HECHO 22: Es cierto. Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio

general de la buena fe contractual, toda vez que el mismo día en que se reinició el contrato se suscribió el Acta de Suspensión Nro. 2 por una causa que denota la falta de planeación y maduración del proyecto, como es que, a esa fecha, el contratista anterior se encontraba realizando actividades dentro de los espacios que debían ser intervenidos por mi procurado.

AL HECHO 23: Es cierto.

AL HECHO 24: Es cierto, pero omitió decir el actor que la causa de dicha suspensión también obedeció a la falta de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual, toda vez que, nuevamente, surgió la necesidad de realizar obras adicionales, cuando el contrato ya había sido adicionado en un 514,3%.

AL HECHO 25: No es cierto. Que se pruebe por quien lo afirma. Es de anotar que el contrato solo había tenido suspensiones, prórrogas de suspensiones, prórrogas contractuales, modificaciones, todas ellas por causas imputables a la entidad contratante. Se debe tener en cuenta que para la fecha que se señala en el hecho, el contrato se encontraba suspendido.

AL HECHO 26: No es cierto que no se haya entregado el presupuesto, porque en el acta de la prórroga 01 a la suspensión Nro. 3, numeral 1, se dice que mediante el oficio 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EXCO-776 se hizo entrega de dicho presupuesto. Es cierto que se suscribió el documento contractual, pero omitió decir el actor que la causa de dicha suspensión también obedeció a la falta de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual, toda vez que, nuevamente, surgió la necesidad de realizar obras adicionales, cuando el contrato ya había sido adicionado en un 514,3%.

AL HECHO 27: Es cierto, pero a fecha 26 de abril de 2021, el contrato se encontraba suspendido, primero porque faltaba definir el alcance del contrato y luego, porque se requerían obras adicionales. No se entiende cómo se presentó ese informe, pasando por alto las vicisitudes surgidas por la falta de planeación del contrato y la violación al principio de la buena fe general por parte de la entidad contratante.

AL HECHO 28: Es cierto en cuanto al documento, pero no es cierto lo que dice su contenido.

AL HECHO 29: Es cierto parcialmente, pero en el documento no aparece, como se afirma en el hecho, el comunicado 2020-COP-1061-036 del 29 de enero 2021.

AL HECHO 30: Es cierto en cuanto al documento, pero no es cierto lo que dice su contenido.

AL HECHO 31: Es cierto lo relacionado con la exclusión. Lo demás es una opinión no un hecho, el cual es totalmente equivocado, porque el mismo demandante aprobó las pólizas, como se reconoce en el hecho 14 de demanda, sobre el cual nos pronunciamos anteriormente en el sentido de que la fecha de aprobación no fue el 28 de febrero de 2020, sino el 14 de abril de 2020, según se lee en el documento que el mismo actor aportó con la demanda.

AL HECHO 32: Es cierto. Me atengo al texto del contrato.

AL HECHO 33: Es cierto. Me atengo al documento contractual.

AL HECHO 34: Es cierto que se dieron las razones de fuerza mayor y/o caso fortuito señaladas en el hecho. No es cierto que el contratista se haya negado a suscribir la prórroga. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

AL HECHO 35: Es cierto que se dieron las razones de fuerza mayor y/o caso fortuito señaladas en el hecho. No es cierto que el contratista se haya negado a suscribir la prórroga. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso. Ahora, resulta un consentido que se diga que la Entidad proyectó una prórroga Nro. 1 a una suspensión, la número 4, que ella afirma en el hecho anterior que no se suscribió.

AL HECHO 36: Es cierto que se dieron las razones de fuerza mayor y/o caso fortuito señaladas en el hecho. No es cierto que el contratista se haya negado a suscribir la prórroga. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso. Ahora, resulta un consentido que se diga que la Entidad proyectó una prórroga Nro. 2 a una suspensión, la número 4, que ella afirma en el hecho anterior que no se suscribió.

AL HECHO 37: No me consta, pero además resulta absurdo que se proyecte un reinicio a una suspensión que, según lo afirma el demandante, no se firmó.

AL HECHO 38: No me consta, pero además resulta absurdo que se proyecte un reinicio a una suspensión que, según lo afirma el demandante, no se firmó.

AL HECHO 39: No es cierto. Me atengo a la que se pruebe en el proceso.

AL HECHO 40: No me consta, porque ese acto no le fue comunicado al integrante de la unión temporal GMP, Gustavo Adolfo Torres Duarte.

AL HECHO 41: No es cierto. Mi procurado no tuvo la oportunidad de presentar descargos, porque no le fue notificado el acto de inicio del procedimiento.

AL HECHO 42: Es cierto parcialmente, porque el contratista también hizo la misma manifestación de reservarse el derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente. Me atengo al contenido de dicha acta.

AL HECHO 43: No me consta, porque hasta ese momento mi procurado no había sido vinculado a la actuación.

AL HECHO 44: Es cierto. Me atengo al contenido del documento.

AL HECHO 45: Es cierto. Me atengo al contenido del documento.

AL HECHO 46: Es cierto. Me atengo al contenido del documento.

AL HECHO 47: Es cierto. Me atengo al contenido del documento.

AL HECHO 48: Es cierto. Me atengo al contenido del documento.

AL HECHO 49: Es cierto. Me atengo al contenido del documento.

AL HECHO 50: No me consta, porque mi procurado no tuvo participación en dicha reasignación.

AL HECHO 51 (DENOMINADO ERRÓNEAMENTE COMO 48): No es cierto, porque si mi procurado debiera ese dinero, ¿por qué razón se está pidiendo en este proceso que se declare tal responsabilidad? En consecuencia, será el Despacho quien decida si prosperar o no las pretensiones del demandante.

AL HECHO 52 (DENOMINADO ERRÓNEAMENTE COMO 49): No se trata de un hecho, sino de una pretensión del actor, que deberá ser resulta por el Despacho mediante sentencia que cause ejecutoria y haga tránsito a cosa juzgada.

AL HECHO 53 (DENOMINADO ERRÓNEAMENTE COMO 50): No se trata de un hecho, sino de una pretensión del actor, que deberá ser resulta por el Despacho mediante sentencia que cause ejecutoria y haga tránsito a cosa juzgada.

AL HECHO 54 (DENOMINADO ERRÓNEAMENTE COMO 51): Es cierto que el FFIE le adeuda ese dinero al contratista. Se anota que en números está mal escrita la cifra.

AL HECHO 55 (DENOMINADO ERRÓNEAMENTE COMO 52): Es cierto.

AL HECHO 56 (DENOMINADO ERRÓNEAMENTE COMO 53): Es cierto, pero en audiencia mi procurado manifestó que ese centro de conciliación no era el competente para tramitar dicha solicitud.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS PREVIAS

A) NATURALEZA DEL FFIE

El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa – FFIE, es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional (MEN), sin personería jurídica, creada con fundamento en el documento CONPES 3831 de 2015, a través del artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo

184 de la Ley 1955 de 2019, con el propósito de viabilizar y financiar proyectos para la construcción, mejoramiento, adecuación, ampliaciones y dotación de infraestructura educativa física y digital de carácter público en educación inicial, preescolar, educación básica y media, en zonas urbanas y rurales, incluyendo residencias escolares en zonas rurales dispersas, así como los contratos de interventoría asociados con esos proyectos.

La Corte Constitucional en la sentencia C-438/17 señaló la siguiente tipología de fondos, veamos:

Este Tribunal a través de la sentencia C-009 de 2002 [...] precisó que [...] se podía identificar dos modalidades de fondos: fondo-entidad y fondocuenta [...] en relación con los primeros de ellos, la Corte ha estimado que se asemejan a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública, es decir, que cuando se crean se trata de una nueva entidad que modifica la estructura de la administración pública por lo cual tienen personería jurídica. Algunos ejemplos de este tipo de fondos son: (i) el Fondo Antonio Nariño; (ii) el Fondo Adaptación; y (iii) el Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero (FOREC). Por otra parte, los fondos-cuenta [...] son los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador, es decir, son un sistema de manejo de recursos sin personería jurídica y son fondos especiales. Algunos ejemplos de estos tipos de fondos son: (i) el Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación; (ii) el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública; (iii) el Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros; y el Fondo Nacional de Calamidades

(...)

[Los fondos-cuenta] no modifican la estructura de la administración pública, pues el hecho de no tener el atributo de la personalidad jurídica, no les permite crear una entidad diferente a la que se encuentran vinculados. En otros términos, los fondos-cuenta son un sistema de manejo de recursos públicos que no tiene personalidad jurídica y que por tanto se encuentran adscritos a una entidad o Ministerio de la administración pública (v.gr. el Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia que está adscrito al Consejo Superior de la Judicatura o el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres). Así pues, los únicos fondos que modifican el esquema de organización la administración pública son los fondos-entidad.

El FFIE es un FONDO CUENTA, es decir, no tiene personería, razón por la cual se trata de un sistema de manejo de recursos públicos que no tiene personalidad jurídica y que, por tanto, se encuentra adscrito al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Es un fondo especial de ese ministerio.

B) ADMINISTRACIÓN DEL FFIE

El Fondo está administrado por una junta, cuya estructura y funcionamiento está establecida en el Decreto 1433 de 2020. La Junta Administradora del FFIE cumplirá las siguientes funciones generales:

- 1. Priorizar y definir los proyectos de infraestructura educativa que serán financiados o cofinanciados con recursos del FFIE.*
- 2. Apoyar al Ministerio de Educación Nacional en las estrategias de implementación de políticas de infraestructura educativa de acuerdo con la normatividad vigente, las metas, objetivos y fines que en materia del sector educativo trace el Gobierno nacional.*

3. Apoyar al Ministerio de Educación Nacional en los términos y condiciones para la celebración y modificación de los contratos de fiducia mercantil que se celebren para la administración de los recursos destinados para el cumplimiento del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.

4. Brindar orientaciones para el desarrollo y cumplimiento del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.

5. Seleccionar a la persona que se desempeñará como Gerente del Fondo, con las obligaciones que defina la Junta.

6. Gestionar la consecución de recursos de cofinanciación para el desarrollo de los proyectos en el marco del Plan Nacional de Infraestructura educativa.

Funciones específicas de la Junta Administradora cuando se constituyan Patrimonios Autónomos

1. Fijar las reglas para la administración de los recursos de los patrimonios autónomos a cargo de las sociedades fiduciarias.

2. Analizar los informes que presente la Gerencia de las Unidades de Gestión y la sociedad fiduciaria en relación con la ejecución de los recursos de los patrimonios autónomos, y adoptar las medidas o mecanismos de mejora correspondientes para que estos cumplan con la finalidad para la cual fueron constituidos.

3. Designar su representante en el comité fiduciario de los patrimonios autónomos que se constituyan.

C) LOS RECURSOS DEL FONDO

Los recursos del FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA -FFIE- provienen de las siguientes fuentes:

- 1. Recaudo establecido en la Ley 21 de 1982, con destino al Ministerio de Educación Nacional.*
- 2. Partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional y que estén contenidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y en el Marco de Gastos de Mediano Plazo.*
- 3. Los rendimientos financieros derivados de la inversión de sus recursos.*
- 4. Del Sistema General de Regalías, destinados a proyectos específicos de infraestructura educativa, cuando el OCAD designe al MEN como su ejecutor.*
- 5. Aportes de cooperación internacional o de cooperación privada.*
- 6. Aportes de los departamentos, distritos y municipios y de esquemas asociativos territoriales.*
- 7. Participación del sector privado, mediante proyectos de Asociaciones Público- Privadas.*
- 8. Obras por impuestos.*

D) EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FFIE

El día 22 de octubre de 2015 se suscribió el contrato 1380 de 2015 suscrito entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, identificado con el NIT 900.900.129-8, conformado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A, con NIT 860.531.315-3 y la fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A SOCIEDAD FIDUCIARIA con NIT 860.048.608-5.

El contrato Nro. 1380 de 2015 tiene como objeto “administrar y pagar las obligaciones que se deriven de la ejecución del plan nacional de infraestructura educativa, a través del objeto: patrimonio autónomo constituido con los recursos transferidos del fondo de infraestructura educativa preescolar, básica y media, creado por el artículo 59 de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015.

La cláusula tercera del contrato 1380 de 2015 señala las siguientes obligaciones a cargo del Ministerio de Educación Nacional:

- 1. Integrar la Junta Administradora del FFIE, de conformidad con el Decreto 1525 de 2015.*
- 2. Designar al Gerente del FFIE con base en lo señalado en el Decreto 1525 de 2015.*
- 3. Designar y ordenar al Contratista como vocero del Patrimonio Autónomo la contratación del personal requerido para el funcionamiento de la Unidad de Gestión del FFIE, a través del Gerente de dicha unidad.*
- 4. Transferir a la Fiduciaria a título de fiducia mercantil, los recursos del Fondo de Infraestructura Educativa.*

5. *Entregar a LA FIDUCIARIA la información necesaria para el desarrollo de las actividades de ejecución del contrato.*
6. *Autorizar el pago de las comisiones pactadas por la prestación de los servicios por la Fiduciaria. Esta autorización se efectuará a través de la gerencia del FFIE.*
7. *Informar oportunamente a la Fiduciaria de cualquier acción judicial o trámite administrativo de que tenga conocimiento que pueda afectar los derechos y activos del Patrimonio Autónomo.*
8. *Designar los miembros del Fideicomitente en los distintos órganos de gestión del Patrimonio Autónomo.*
9. *Estar representado y asistir con voz y voto a las reuniones convocadas por la Fiduciaria en los distintos órganos de gestión del Patrimonio Autónomo.*
10. *Aprobar los manuales operativos, Financieros y de cualquier índole que sean sometidos a su consideración por la Fiduciaria para la administración del Patrimonio Autónomo.*
11. *Informar de manera inmediata a LA FIDUCIARIA la ocurrencia de cualquier hecho que pueda afectar la normal ejecución del contrato de fiducia.*
12. *Prestar todo el soporte técnico y administrativo que requiera LA FIDUCIARIA para el cumplimiento de sus funciones, así como proporcionar toda la información y documentación que resulte útil para el cumplimiento del objeto.*
13. *Las demás asignadas por la ley y el contrato de fiducia mercantil.*

La cláusula cuarta del contrato 1380 de 2015 señala sobre el Comité fiduciario, lo siguiente:

Comité Fiduciario El comité Fiduciario es el máximo órgano directivo del Fideicomiso. Este órgano colegiado estará integrado, con voz y voto, por el Gerente del FFIE, un miembro designado por la Junta Administradora y por dos miembros designados por la Gerencia del FFIE. Será miembro del comité el director de la Unidad Operativa para la Administración del Fideicomiso con voz, pero sin voto.

Las funciones del Comité Fiduciario son:

- a. Tomar las decisiones para la ejecución del contrato de fiducia mercantil.*
- b. Aprobar el Manual Operativo, el Manual Financiero y todos los instrumentos que sean sometidos a su consideración para la administración del Patrimonio Autónomo.*
- c. Seleccionar todos los contratistas, personas naturales o jurídicas, que se requieran para el funcionamiento del Fideicomiso y en particular los de: 1) Asesoría y asistencia técnica, jurídica y financiera para la estructuración de proyectos de infraestructura del PNIE; 2) Construcción e interventoría de los proyectos de diseños e infraestructura seleccionados; y 3) operaciones de financiación y conexos que se requieran. 4. Aprobar las operaciones de financiamiento y de garantías que se requieran.*
- d. Impartir instrucciones sobre la ejecución del contrato de fiducia mercantil.*
- e. Las demás que se establezcan en los manuales que se aprueben.*

La cláusula cuarta del contrato 1380 de 2015 señala sobre el Comité Técnico, lo siguiente:

Comité Técnico Este órgano de gestión será el encargado de aprobar los términos de referencia para la selección y contratación de todas las personas naturales o jurídicas, que se requieran para el funcionamiento del Fideicomiso y en particular los de: a) Asesoría y asistencia técnica, jurídica y financiera para la estructuración de proyectos de infraestructura del PNIE; b) Construcción e interventoría de los proyectos de infraestructura seleccionados; y c) operaciones de financiación y conexos que se requieran. Del mismo modo deberá revisar las evaluaciones y recomendar al Comité Fiduciario, la selección de los proyectos a contratar por el Patrimonio Autónomo.

Este órgano colegiado estará integrado, por 3 personas designadas por el Gerente del FFIE con voz y voto y por el director de la Unidad Operativa para la Administración del Fideicomiso con voz, pero sin voto. Serán miembros de este Comité los asesores que designe el gerente que ejerzan la asesoría y asistencia técnica, jurídica y financiera para la estructuración de proyectos de infraestructura del PNIE, cuando lo considere necesario.

Las funciones específicas de este comité serán señaladas en el Manual Operativo. Este comité se reunirá por lo menos una vez al mes y extraordinariamente cuando el Fideicomitente, el gerente del FFIE o la Fiduciaria lo convoquen y las decisiones serán tomadas por unanimidad.

E) NATURALEZA DE LOS RECURSOS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO
FFIE

Los recursos del patrimonio autónomo FFIE son públicos y pertenecen al Ministerio de Educación Nacional, veamos las razones jurídicas:

- a) Según la circular básica jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, Capítulo I, Título II, Parte II:

“De acuerdo con esta norma, para efectos de los esquemas fiduciarios, incluidos el contrato de fiducia mercantil, el carácter público de los recursos fideicomitados se encuentra asociado a la naturaleza de la entidad que suscribe el respectivo contrato de fiducia mercantil y que, con ocasión de este, los entrega para la conformación del patrimonio autónomo.

Esta sola circunstancia bastaría para asegurar válidamente que a la luz de la normativa que rige la vigilancia y control del sistema financiero, la naturaleza pública del recurso se mantiene pese a la transferencia al fiduciario en tanto proviene de una entidad pública que ha suscrito el acto constitutivo.

- b) La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta del 1 de diciembre de 2000, con ponencia del consejero César Hoyos Salazar, radicación 2000-01303-01, dijo lo siguiente:

Los fondos especiales y los sin personería jurídica se administrarán en la, forma que establezca la disposición legal que los crea. Dichos fondos no son un patrimonio autónomo del organismo o entidad pública al cual están adscritos, por cuanto son una cuenta de aquel o aquella instituida para cumplir el objetivo específico al cual se destinan los recursos que ingresen al fondo respectivo.

(...)

Los recursos que hacen parte de los patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un Fondo (...) no mutan su naturaleza de públicos, una vez se separan del patrimonio de las entidades públicas constituyentes, porque dichos patrimonios autónomos o especiales son una forma de administrar dichos recursos en orden a que se apliquen a la destinación específica prevista en la ley de creación del respectivo fondo.

F) LOS CONTRATOS SUSCRITOS POR PATRIMONIOS AUTÓNOMOS QUE ADMINISTRAN FONDOS CUENTA SON CONTRATOS ESTATALES

A pesar de que los recursos del FONDO CUENTA sean administrados por un patrimonio autónomo se debe entender que tal patrimonio público es estatal y pertenecen o está vinculado la Nación Ministerio de Educación Nacional, que a través de sus funcionarios toma las decisiones e instruye a la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo.

Nos encontramos, como lo ha señalado el Consejo de Estado en presencia de un contrato estatal y habida cuenta de que el patrimonio autónomo carece de personería jurídica, es menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica denominada FIDEICOMISO FFIE, los cuales, como se ha visto, provienen de la Nación – Ministerio de Educación Nacional y son objeto, ciertamente, de control fiscal- así como su destinación que está en cabeza de una instancia especial, cual es el Consejo Directivo del FFIE, integrado por *el Gerente del FFIE, un miembro designado por la Junta Administradora y por dos miembros designados por la Gerencia del FFIE*, es decir, está dominado por servidores públicos del Fondo que pertenece al Ministerio de Educación Nacional.

Veamos la posición del Consejo de Estado sobre el particular:

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, consejero ponente: NICOLÁS
YEPES CORRALES Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil
veinte (2020) Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00091-
00(64129)**

(...)

En cuanto al citado contrato, la Sala concluye que se trata de un contrato de naturaleza estatal, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, habida consideración de que el Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER se encuentra conformado con los recursos de origen público transferidos al Patrimonio Autónomo por la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para la ejecución del contrato de obra¹⁷, siendo pertinente anotar que la naturaleza pública de dichos recursos no se modifica por el hecho de ser transferidos al patrimonio autónomo, en tanto continúan afectos a la destinación estatuida por la entidad pública fideicomitente. A este respecto, ha señalado el Consejo de Estado, en efecto, lo siguiente:

“Los recursos que hacen parte de los patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un Fondo, como el Nacional de Productividad, y Competitividad no mutan su naturaleza de públicos, una vez se separan del patrimonio de las entidades públicas constituyentes, porque dichos patrimonios autónomos o especiales son una forma de administrar

dichos recursos en orden a que se apliquen a la destinación específica prevista en la ley de creación del respectivo fondo”¹⁸. (se subraya)

Este criterio ha sido acogido por la Corte Constitucional al estudiar la naturaleza jurídica de patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, como es el caso del FOMAG, a propósito de lo cual ha señalado que “No se puede desconocer que el manejo del fondo está a cargo de la Nación y funciona con recursos públicos y por ello la responsabilidad frente al mismo recae exclusivamente en las entidades públicas”¹⁹. De igual modo, este análisis ha sido expuesto en distintas oportunidades con ocasión de procesos en los que se han ventilado controversias originadas en contratos celebrados por patrimonios autónomos creados por entidades públicas para el cumplimiento de funciones administrativas y conformados con recursos de carácter público, incluso en tribunales de arbitramento en los que ha sido parte el Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER, representado por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.²⁰ , todos adelantados como arbitramentos de carácter administrativo de conformidad con la Ley 1563 de 2012, señalándose que dichos negocios jurídicos deben entenderse como contratos de naturaleza estatal:

“Teniendo en cuenta, entonces, que la Nación Colombiana es una persona jurídica de naturaleza pública y que el FOMAG fue creado como una cuenta especial de la Nación (art. 3, Ley 91 de 1989), es perfectamente posible concluir que los efectos jurídicos correspondientes al contrato No.1122-14-08 radican en cabeza de una entidad estatal denominada "Nación", lo cual, a su vez, permite entender que dicha relación contractual tiene la naturaleza de contrato estatal.

En otras palabras, considerando que la determinación de la naturaleza del contrato está dada por la calidad de las partes (criterio orgánico), **se advierte que para el caso concreto uno de los extremos de la relación contractual es la Nación como titular del FOMAG**, de ahí que deba concluirse que el Contrato para la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-14-08, **es un contrato estatal, debido a que la parte contratante es un ente público denominado Nación.**” 21 (se subraya)

Por otro lado, no sobra advertir que si bien FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. funge como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER, sus funciones se contraen a estas precisas competencias, sin que pueda considerarse que la Fiduciaria sea titular de los efectos jurídicos y de las responsabilidades que corresponden al Patrimonio Autónomo contratante, de suerte que su participación como administradora del mismo no es una condición relevante desde el punto de vista jurídico para determinar la naturaleza del contrato y la competencia del juez del recurso de anulación.

(...)

En este orden de ideas, resulta claro que en el presente asunto, siendo el patrimonio autónomo un conjunto de derechos y obligaciones sin personería jurídica, **para efectos de determinar si en el sub-judice nos encontramos en presencia de un contrato estatal y habida cuenta de que el patrimonio autónomo carece de personería jurídica, es menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica denominada FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER -los cuales, como se ha visto, provienen de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y**

Territorio y son objeto, ciertamente, de control fiscal- así como su destinación, que en el presente caso consistió en la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar, circunstancias que permiten colegir que los efectos del contrato de obra celebrado con la Unión Temporal demandante se radican en cabeza de las entidades públicas que celebraron el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero que dio origen al referido contrato de obra, es decir, la Nación Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER y municipio de Valledupar, punto en relación con el cual **no puede dejar de advertirse la indudable relación de interdependencia existente entre el citado Convenio Interadministrativo, el contrato de “Prestación del servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías, correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico” celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FINDETER, el contrato de fiducia de administración y pagos celebrado entre FINDETER y Fiduciaria Bogotá S.A. con el objeto de transferir a título de fiducia mercantil los recursos provenientes de convenios suscritos por FINDETER con entidades del sector central y el contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 del 15 de marzo de 2013, suscrito con la Unión Temporal Aguas de Valledupar.** (El resaltado es nuestro).

Esta jurisprudencia es clara en señalar:

- a) Esos contratos celebrados por patrimonios autónomos son de naturaleza estatal, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, habida consideración de que dichos fondos cuentas se encuentran conformados con recursos de origen público transferidos a los Patrimonios Autónomos por un ente estatal, siendo pertinente

anotar que la naturaleza pública de dichos recursos no se modifica por el hecho de ser transferidos al patrimonio autónomo.

- b) Los recursos que hacen parte de los patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un Fondo no mutan su naturaleza de públicos, una vez se separan del patrimonio de las entidades públicas constituyentes, porque dichos patrimonios autónomos o especiales son una forma de administrar dichos recursos en orden a que se apliquen a la destinación específica prevista en la ley de creación del respectivo fondo
- c) Si bien FIDUCIARIA funge como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo, sus funciones se contraen a estas precisas competencias, sin que pueda considerarse que la Fiduciaria sea titular de los efectos jurídicos y de las responsabilidades que corresponden al Patrimonio Autónomo contratante, de suerte que su participación como administradora de este no es una condición relevante desde el punto de vista jurídico para determinar la naturaleza del contrato y la competencia del juez.
- d) Para efectos de determinar si nos encontramos en presencia de un contrato estatal y habida cuenta de que el patrimonio autónomo carece de personería jurídica, es menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica del fideicomiso, los cuales provienen de una entidad estatal y son objeto de control fiscal, además que su destinación es para cumplir funciones propias de las entidades que transfieren esos dineros.

Por tal razón se vincula también al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y se tiene el contrato celebrado como estatal, pero regido por el derecho privado con unas normas públicas que debe cumplir.

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA, Sala Plena, consejera ponente: MARÍA ADRIANA
MARÍN Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno
(2021) Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091) A**

*(...) es procedente y jurídicamente admisible entender el FOMAG como un sujeto de derechos y obligaciones, aunque representado por otra entidad del Estado²⁵, en virtud de la fiducia mercantil ordenada por el legislador y con los propósitos igualmente previstos por este, orientados al logro y garantía de unos fines públicos determinados. Desde ese punto de vista, se concluye que los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el FOMAG a través de la fiduciaria vocera son del conocimiento de esta jurisdicción, pues es claro, en los términos del artículo 46 - inciso tercero de la Ley 1563 de 2012, **que en el conflicto “intervino” el FOMAG, representado por una sociedad fiduciaria.***

(...)

*Por lo anterior, en lo que concierne al FOMAG, a la luz del ordenamiento aplicable **no es posible señalar que sus recursos sean ajenos al patrimonio de la Nación, y mucho menos que esa circunstancia implique su salida del ámbito público o de la titularidad del Estado.** Por el contrario, el artículo 11, literal a) del Decreto 111 de 1996 (compilatorio de las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto), incluye como componentes del presupuesto de rentas de la Nación los fondos especiales, entre los que se encuentran los fondos sin personería jurídica creados por la ley, de conformidad con el artículo 30 *ibídem*³⁰.*

Por tanto, en el caso del FOMAG –fondo especial sin personería-, **se trata de recursos que son siempre públicos tanto en su origen, como en su manejo y destinación final**³², **y mantienen esa calidad tras la constitución de la fiducia mercantil ordenada en la ley, de manera que, al no pasar en absoluto tal patrimonio a la esfera privada y mantenerse bajo la titularidad del Estado, dotado de un órgano directivo integrado por servidores públicos y representado por una entidad estatal**³³, el control de su administración y de las demás actividades que estableció la Ley 91 de 1989 le corresponde a esta **jurisdicción**, incluso en el ámbito del recurso de anulación contra laudos arbitrales, bajo los presupuestos del ya citado artículo 46, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012.

(...)

En todo caso, siendo el patrimonio autónomo –en este caso, el FOMAG- el centro de imputación de la responsabilidad contractual surgida por el acuerdo de voluntades materia de controversia, la verificación de sus particulares características **-todas ellas remitidas al manejo de recursos que no dejan de ser públicos en ningún momento, ni aún por la constitución de la fiducia-** permite establecer que se encuadra en el presupuesto de competencia del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, **por cuanto se trata de un estamento ciertamente público (entidad pública), que a través de su representante –la sociedad fiduciaria intervino en el contrato** materia del proceso arbitral.

(...)

El artículo 105, numeral 1 del CPACA establece que no son del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, entre otros, los asuntos relativos “a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades (...)”.

*En criterio de la Sala, **la exclusión anotada no tiene aplicabilidad en materia de laudos arbitrales en los que sea parte el FOMAG, y se discutan los contratos celebrados por Fiduprevisora S.A. como su representante y vocera porque, se insiste, las obligaciones derivadas de contratos como el de prestación de servicios médico-asistenciales Nro. 12076-111-2012 del 2 de agosto de 2012 recaen en el FOMAG y, por tanto, no se refieren a los negocios que celebra la Fiduciaria en su propio interés patrimonial.***

Se insiste: los contratos de prestación de servicios médico-asistenciales celebrados por Fiduprevisora S.A. como administradora del FOMAG no comprometen ni afectan el patrimonio de la Fiduciaria; las responsabilidades y cargas económicas correspondientes recaen sobre los recursos del Fondo -que justamente, por esta razón se considera la parte interviniente en el proceso arbitral que dio origen a este recurso, como ya se anotó-, los cuales provienen de la Nación y de otras entidades del Estado, y si bien son administrados por Fiduprevisora S.A., sobre su destinación toma decisiones una instancia especial, cual es el Consejo Directivo del FOMAG, integrado por servidores públicos, dos de ellos del Gobierno Nacional.

En ese orden de ideas, como el contrato de prestación de servicios médicos aludido se entiende celebrado por el FOMAG, aunque a través de su representante y vocera -Fiduprevisora S.A-, no hay lugar a excluir el conocimiento de este recurso en los términos del artículo 105 de la Ley 1437. Asimismo, en línea con la tesis que aquí se ha expuesto, toda vez que quien celebró el contrato en cuestión fue el FOMAG, es claro que este no es una entidad financiera, aseguradora ni intermediaria de seguros o de valores vigilados por la Superintendencia Financiera³⁹.

a) Conclusión

De lo expuesto en este acápite se colige que, bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, esta Sala es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral que se resolvió la controversia que se suscitó entre la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., que actuó como representante y vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG-, y la unión temporal MAGISALUD 2, con ocasión del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales No. 12076-111-2012 del 2 de agosto de 2012. Ello en consideración a que es sobre el FOMAG, que en los términos del artículo Ley 91 de 1989, artículo 3, **es una “cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica”, sobre quien recaen las obligaciones de la decisión y es, por ende, el centro de imputación jurídica del contrato celebrado por su vocera y representante y, en tal sentido, hay lugar a concluir que fue dicho Fondo quien “intervino” en la controversia que dio origen a este recurso y que para los efectos de la indicada norma, debe entenderse como “entidad pública”.** (Resaltado nuestro).

G) SE TRATA DE CONTRATOS ESTATALES DE NATURALEZA MIXTA

El Consorcio FFIE Alianza BBVA, como fiduciaria actúa únicamente y exclusivamente como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa - PA FFIE, por lo cual, en atención a las instrucciones del fideicomitente a través de los diferentes órganos creados por este en las normas y en el Contrato de Fiducia, celebra los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso comprometiendo exclusivamente al patrimonio autónomo en los términos del contrato o acto constitutivo de la fiducia y sin comprometer su patrimonio propio. Es así, que el Consorcio FFIE Alianza BBVA en la comparecencia en cada uno de los documentos suscritos en desarrollo del contrato de fiducia y en atención a las instrucciones del fideicomitente, indicará de manera expresa que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador; en ese orden de ideas no le corresponde asumir las funciones y responsabilidades de las entidades públicas, como tampoco le corresponde convertirse en una especie de garante de los contratistas a los que se vincule por instrucción.

El artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 184 de la Ley 1955 de 2019, dice lo siguiente:

ARTÍCULO 184. FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA. *Modifíquese el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, el cual quedará así:*

ARTÍCULO 59. FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA. *El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional sin personería jurídica, cuyo objeto es la viabilización y financiación de proyectos para la construcción, mejoramiento, adecuación, ampliaciones y dotación de infraestructura*

educativa física y digital de carácter público en educación inicial, preescolar, educación básica y media, en zonas urbanas y rurales, incluyendo residencias escolares en zonas rurales dispersas, así como los contratos de interventoría asociados a tales proyectos.

Con cargo a los recursos administrados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa, se asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos y los gastos de operación del fondo.

El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa será administrado por una junta cuya estructura y funcionamiento serán definidos por el Gobierno nacional.

Los recursos del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa para educación inicial, preescolar, básica y media provendrán de las siguientes fuentes:

a. Los provenientes del recaudo establecido en el artículo 11 de la Ley 21 de 1982, destinados al Ministerio de Educación Nacional.

b. Las partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional y estén contenidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos de Mediano Plazo.

c. Los rendimientos financieros derivados de la inversión de sus recursos.

Así mismo, los proyectos de infraestructura educativa que se desarrollen a través del Fondo podrán contar con recursos provenientes de:

d. El Sistema General de Regalías destinados a proyectos específicos de infraestructura educativa, para los casos en que el OCAD designe al Ministerio de Educación Nacional como ejecutor de los mismos.

e. Los recursos de cooperación internacional o cooperación de privados que este gestione o se gestionen a su favor.

f. Aportes de los departamentos, distritos y municipios y de esquemas asociativos territoriales: regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, las asociaciones de municipio y la Región administrativa de Planificación Especial - RAPE.

g. Participación del sector privado mediante proyectos de Asociaciones Público- Privadas.

h. Obras por impuestos.

En caso de que un proyecto priorizado por la Junta Administradora involucre cualquiera de los recursos de que tratan los literales d), e), f), g) y h) del presente artículo, con cargo al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa se podrán constituir patrimonios autónomos que se regirán por normas de derecho privado en donde podrán confluir todas las fuentes de recursos con las que cuenten los proyectos. Dichos Patrimonios Autónomos, podrán celebrar operaciones de crédito interno o externo a su nombre, para lo cual la Nación podrá otorgar los avales o garantías correspondientes.

PARÁGRAFO 1. *Todo proyecto sufragado por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa deberá contemplar obligatoriamente los ajustes*

razonables para acceso a la población con discapacidad de que trata la Ley Estatutaria 1618 de 2013 o la que la modifique o sustituya.

PARÁGRAFO 2. *El Ministerio de Educación Nacional diseñará mecanismos para fortalecer la gestión y gobernanza del Fondo, incluyendo la participación de representantes de entidades territoriales en la Junta Directiva; mejorar la coordinación y articulación con los territorios; definir criterios de priorización para la estructuración y ejecución de proyectos, con énfasis en iniciativas de zonas rurales dispersas y propender por un sistema adecuado de rendición de cuentas.*

PARÁGRAFO 3. *El Fondo levantará la información y elaborará el diagnóstico de la infraestructura educativa a nivel nacional.*

PARÁGRAFO 4. *El régimen de contratación del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa estará orientado por los principios que rigen la contratación pública y las normas dirigidas a prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción. La selección de sus contratistas estará precedida de procesos competitivos, regidos por los estándares y lineamientos que establezca Colombia Compra Eficiente, los cuales deberán incorporar condiciones tipo, así como elementos para evitar la concentración de proveedores y para promover la participación de contratistas locales. Los procesos de contratación deberán tener especial acompañamiento de los órganos de control.*

Como lo dice la norma la contratación del FFIE ***estará orientado por los principios que rigen la contratación pública y las normas dirigidas a prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción. La selección de sus contratistas estará precedida de procesos competitivos, regidos por los estándares y lineamientos que establezca Colombia Compra***

Eficiente, los cuales deberán incorporar condiciones tipo, así como elementos para evitar la concentración de proveedores y para promover la participación de contratistas locales. Los procesos de contratación deberán tener especial acompañamiento de los órganos de control.

Lo anterior le da un carácter mixto a la contratación del FFIE, porque, por una parte, se rige por el derecho privado, pero por la otra debe sujetarse a unos principios y estándares propios del derecho administrativo.

El manual de contratación del FFIE vigente para la época de la suscripción de los contratos con la unión temporal GMP decía lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, el régimen de contratación aplicable para la celebración de contratos del Patrimonio Autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE (“PA FFIE”) es el de derecho privado.

Los contratos a suscribir por parte del PA FFIE, estarán sujetos en su celebración, ejecución y liquidación al régimen del derecho privado conforme a la legislación civil y comercial colombiana y a las normas contenidas en el presente Manual de Contratación (el “Manual”) de acuerdo con lo que se establezca para el efecto en los términos de condiciones contractuales de cada convocatoria y/o en los contratos que suscriba el PA FFIE.

Igualmente, los órganos de gestión del PA FFIE o los particulares que participen en el proceso contractual, están obligados a observar 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 sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Hará parte del Manual toda norma o reglamentación que sea expedida para el desarrollo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE (“FFIE”) y para la administración de sus recursos a través del PA FFIE.

III. EXCEPCIONES DE MÉRITO

3.1. MI PROCURADO SOLO FUE VINCULADO AL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL, CUANDO SE PROFIRIÓ LA DECISIÓN DEL COMITÉ DEL FFIE, PERO NO TUVO OPORTUNIDAD DE PRESENTAR DESCARGOS NI PEDIR PRUEBAS, VIOLÁNDOSELE SU DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA Y LAS REGLAS GENERALES DE LA BUENA FE.

Veamos las actuaciones del FFIE que derivaron en sanciones contractuales para mi procurado:

APREMIO CONTRATO DE OBRA NO. 1380-1061-2019, CORRESPONDIENTE A LA I.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO, PARA APLICAR LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO.

1. Mediante documento de fecha 26 de abril de 2021, el CONSORCIO EDUCATIVO CINCO OPCIONA en calidad de interventor del contrato de obra Nro. 1380-1061-2019, pidió al PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA FFIE el inicio de un proceso por posible incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas mediante contrato de obra No.1380- 1061-2019 IE ANTONIO JOSÉ CAMACHO, para aplicar la cláusula penal

pecuniaria. La interventoría en el documento recomienda, lo siguiente:

RECOMENDACIÓN

Conforme con lo establecido en la cláusula penal y lo estudiado por esta interventoría respecto a la suspensión de actividades injustificada, la omisión de actualización de las garantías contractuales, suministro de personal requerido, retraso en la entrega de informes, se evidencia el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Cláusula Séptima. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA: Esta Interventoría recomienda se adelanten los trámite pertinentes para dar inicio al proceso de incumplimiento contractual frente al Contrato de Obra No. 1380-1061-2019, haciendo efectiva la CLAUSULA DECIMA QUINTA , PENAL: EN CASO DE INCUMPLIMIENTO TOTAL O DEFINITIVO DE CUALQUIERA DE LA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, DE ACUERDO A LO CONCEPTUADO POR LA INTERVENTORÍA EVIDENCIADO DURANTE SU EJECUCIÓN O CON POSTERIORIDAD AL VENCIMIENTO DEL MISMO SE GENERA A SU CARGO EL PAGO DE LA CLAUSULA PENAL CUYO MONTO SERA HASTA EL 20% DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO. LA PNA NO EXIME AL CONTRATISTA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL, NI EL OAGO DE LOS PERJUICIOS QUE SUPEREN EL VALOR DE ESTE PORCENTAJE EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 1594 DEL CODIGO CIVIL Y DEMAS NORMAS CONCORDANTES"

En consecuencia, se imponga pena equivalente al 20% del valor del contrato, suma que asciende a CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$144.887.559), garantizando al contratista el debido proceso..

2. Mediante comunicación del 21 de junio de 2021, el FFIE a través de su director jurídico, Jaime Alejandro Durán Fontanilla, comunicó al representante legal de la Unión Temporal GMP, Gustavo Adolfo Martínez Ramírez, sobre el inicio del procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) del contrato de obra 1380-1061-2019.
3. Mediante comunicación del 21 de junio de 2021, el FFIE a través de su director jurídico, Jaime Alejandro Durán Fontanilla, comunicó al representante legal de EQUIDAD SEGUROS GENERALES, Néstor Raúl Hernández Ospina, sobre el inicio del procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) del contrato de obra 1380-1061-2019.
4. El 28 de julio de 2021, el representante legal de la unión temporal GMP presentó los descargos al FFIE.

5. El 1 de diciembre de 2021, la interventoría mediante comunicación 2020-COP-277 se pronuncia sobre el traslado de los descargos presentados.
6. El 4 de marzo de 2022, la interventoría mediante comunicación 2020-COP-297 da alcance al pronunciamiento que había realizado a los descargos presentados.
7. El 16 de marzo de 2022, el patrimonio autónomo comunica al representante legal de la unión temporal GMP, al ingeniero GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE, quien no había sido vinculado al procedimiento y a EQUIDAD SEGUROS GENERALES, la comunicación de la decisión del Comité Fiduciario 498 del 28 y 29 de diciembre de 2021, para la aplicación de la cláusula penal pecuniaria iniciado al contrato 1380-1061-2019 E.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ, ubicado en el distrito especial de Cali, departamento del Valle del Cauca.
8. En dicha decisión se concluyó, lo siguiente:

II. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo expuesto previamente del análisis realizado por la UG FFIE, el contratista de obra incumplió el objeto contractual en el plazo estipulado y los numerales 2, 6 y 27 de la cláusula 6 del Contrato de Obra 1380-1061-2019.

Por lo tanto, se hace efectivo el cobro de la cláusula penal contemplada en la cláusula décimo quinta del Contrato de Obra 1380-1061-2019, equivalente a la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$144.887.559) correspondiente al 20% del valor del contrato.

- a. **Mediante comunicación del 18 de marzo de 2022, el ingeniero GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE, integrante de la unión temporal GMP, presentó escrito de reconsideración.**

- b. Mediante comunicación del 18 de marzo de 2022, GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ, representante legal de la unión temporal GMP, presentó escrito de reconsideración.

9. **Mediante comunicación del 15 de junio de 2022, el patrimonio autónomo comunicó al representante legal de la unión temporal GMP, al ingeniero GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE y a EQUIDAD SEGUROS GENERALES** la decisión del Comité Fiduciario Nro. 541 del 28 de abril de 2022 – Respuesta del Comité Fiduciario a la solicitud de reconsideración presentada por las partes, frente a la decisión de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento del contrato de obra Nro. 1380-1061-2019 correspondiente a la I.E. Antonio José Camacho, la cual ratificó la sanción impuesta.
10. En la decisión sobre el recurso de reconsideración, el FFIE concluyó lo siguiente: En atención al análisis efectuado por la UG-FFIE, a la recomendación dada por el Comité Técnico y al pronunciamiento otorgado e instrucción impartida por el Comité Fiduciario del PAFFIE en su sesión No. 541 del 28 de abril de 2022, el Consorcio FFIE Alianza BBVA, que actúa única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PA FFIE, comunica la decisión del Comité Fiduciario de NO RECONSIDERAR y en consecuencia, ratifica la aplicación de la cláusula penal a la Unión Temporal GMP por la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$144.887.559), correspondiente al 20% del valor del contrato de obra 1380-1061- 2019 I.E. ANTONIO JOSÉ CAMACHO SEDE REPÚBLICA DEL PERÚ.

El procedimiento contractual para sancionar se consagró en la cláusula DÉCIMA SEXTA DE LOS CONTRATOS con el siguiente texto:

*“DÉCIMA SEXTA. PROCEDIMIENTO PARA DECLARA EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y PARA EXIGIR EL PAGO DE LA PENAL DE APREMIO Y/O CLÁUSULA PENAL Cuando se presente un posible incumplimiento, parcial o total del contrato, atribuible al CONTRATISTA respecto de cualquiera de las obligaciones del mismo, el PA-FFIE, según reporte del interventor del Contrato, se deberá observar el siguiente procedimiento: (i) **El PA-FFIE mediante comunicación dirigida al domicilio del CONTRATISTA y del GARANTE, hará mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento contractual atribuible al CONTRATISTA, acompañado del informe del interventor** en el que se sustente el mismo y las pruebas que soporten dicha comunicación; de igual forma, se enunciarán las cláusulas contractuales, o disposiciones de los TCC o de sus anexos técnicos, presuntamente incumplidas y las consecuencias que podrían derivarse para EL CONTRATISTA conforme a la tasación de su sanción realizada por la interventoría. **En la misma comunicación se establecerá el plazo para que el CONTRATISTA y el GARANTE presenten los descargos respectivos y hagan solicitudes probatorias, escrito que deberá radicarse en el PA-FFIE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la comunicación.** (ii) Una vez realizados los descargos y evaluada la pertenencia, utilidad y conducencia de las pruebas solicitadas o en caso de que se hayan practicado las mismas, el PA-FFIE, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de éstos, mediante decisión motivada que constará por escrito, procederá a resolver sobre la procedencia o no de la sanción contractual. Si se resuelve que no hubo incumplimiento, se archivará la actuación contractual. Por el contrario, si se decide que hubo incumplimiento, se aplicará la tasación de la suma a pagar a favor del PA-FFIE a cargo del CONTRATISTA y/o EL GARANTE, de acuerdo*

con las estipulaciones contractuales, y en caso de incumplimiento grave o total se ordenará la terminación anticipada del contrato, así como su liquidación en el estado en que se encuentre. **La respectiva decisión se notificará al CONTRATISTA y al GARANTE, quienes podrán presentar escrito de reconsideración dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la notificación de la decisión, el cual deberá ser decidido por el PA-FFIE, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo del escrito.** Si EL CONTRATISTA y EL GARANTE deciden no presentar escrito de reconsideración se procederá al cobro o descuento de la penal moratoria y/o cláusula penal según el caso.”

Este procedimiento contractual no se cumplió, como se pactó, con mi procurado, bien porque no se le notificó ninguna actuación, esto es, el inicio del procedimiento. No habiendo tenido la oportunidad de presentar DESACARGOS y solicitar pruebas.

Sobre el derecho de audiencia y defensa dijo la Corte Constitucional en la sentencia C- 162 de 2021, Expediente: D-13976, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar, de fecha 27 de mayo de 2021, lo siguiente:

*El derecho de defensa en el contexto del procedimiento administrativo, **tiene una abierta relación con el principio de publicidad y los derechos de acceso y de audiencia con el fin de oponerse, formular excepciones, solicitar, aportar y controvertir pruebas, participar en su práctica, formular alegaciones, ser notificado regularmente y con el derecho a impugnar las decisiones adoptadas por la administración.***^[57] Si bien la Sala ha reconocido que el derecho de defensa en el procedimiento administrativo tiene un alto nivel de indeterminación^[58], en todo caso este derecho tiene unos contenidos mínimos, que siempre deben protegerse. Estos contenidos mínimos,

*implican que, **en ninguna circunstancia, las autoridades que cumplan funciones administrativas pueden “privar absolutamente a las personas” de las siguientes garantías: 1) la de acceder e intervenir en el procedimiento, 2) la de pronunciarse sobre los medios de prueba, 3) la de solicitar y aportar pruebas y 4) la de cuestionar las decisiones adoptadas en el proceso.** En el contexto de los procesos sancionatorios está también la garantía a no intervenir, a guardar silencio o a esperar que sea el Estado quien pruebe la responsabilidad.*

Claramente, en este procedimiento se le violó el derecho de audiencia y defensa a mi procurado, pues nunca fue citado, ni se le permitió realizar los descargos. Solo se le comunicó la decisión definitiva, limitándose su derecho de defensa solo a presentar un recurso de reconsideración ante el mismo Comité Fiduciario.

En consecuencia, no se le permitió a mi cliente intervenir en el procedimiento, ni presentar descargos, ni pedir pruebas, ni pronunciarse sobre las pruebas recabadas por la Entidad.

Así las cosas, para mi procurado, GUSTAVO ADOLFO TORRES DUARTE, el FFIE no cumplió con el procedimiento previsto en el contrato para imponerle sanciones contractuales.

El FFIE, de manera equivocada, consideró que notificando al representante legal de la unión temporal cumplía con notificar a mi procurado, lo que es un grave error, porque los consorcios y las uniones temporales no tienen personería jurídica ni capacidad procesal, como lo ha señalado la

jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, veamos:

**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 unificación³².

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 (negrillas 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**³⁹. 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 jurídica⁴⁰, 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 público⁴⁴, ninguna ley civil o comercial les ha reconocido facultad para derivar de ahí, respecto de aquéllas, el derecho de postulación propio del proceso judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de septiembre de 2006. Rad. 88001- 31-03-002-2002-00271-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar:

*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.** Por este motivo, en la sentencia del 13 de septiembre de 2006, esa Corporación se inhibió de fallar de fondo una demanda responsabilidad contractual formulada por un consorcio contra un establecimiento bancario: “Viene de lo dicho que el Tribunal incurrió en el error jurídico por el cual se le emplaza, pues no obstante reconocer que los consorcios ‘no son personas, sino entes que las agrupan, bien sea naturales o jurídicas, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 7° de la ley 80 / 93’, terminó por aceptar que el consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – DICON Ltda. oficiare como parte en la contienda, pese a que esa aptitud corresponde, en los términos del art. 44 –*

1 del C. de P.C. a ‘toda persona natural o jurídica’, personalidad que no ostenta quien accionó, y sin la cual no está autorizada su gestión procesal, amén de que, tampoco es dable predicar que goce de capacidad excepcional para ese fin, como antes se explicó. Como lo anotó la Corte en pronunciamiento reciente, sabido es ‘que los consorcios no son personas jurídicas, motivo por el cual no pueden demandar directamente ni ser demandados, a menos que se haga por intermedio de las personas que de manera independiente lo integran’ 41. (Resaltado nuestro).

Este criterio ha sido reiterado en decisiones posteriores, como en las providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, de fecha 6 de agosto de 2020, radicado 1100122030002020-00908-01, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque y el Auto del 29 de octubre de 2019, radicado 11001-02-03-000- 2019-03557-00, M.P. Luis Alonso Rico Puerta, en donde se indicó que, según el precedente inalterado de esa Corporación, estos esquemas asociativos carecen de capacidad para ser parte.

No tienen personería jurídica ni capacidad procesal, no solo para actuar como tales en los procesos judiciales, sino también a cualquier trámite contractual, que como en este caso se dirigía a declarar incumplimientos y a imponer sanciones contractuales. El FFIE debió citar a estos procedimientos a los integrantes de la unión temporal, como lo está haciendo en esta demanda.

3.2. 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, estas 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 y uniones temporales.

3.3. POR TRATARSE DE CONTRATOS QUE NO SE RIGEN 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 mi obra 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	<i>“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”.</i>

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. 23/04/2009. Rad. 16372. MP: Mauricio Fajardo Gómez.	“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”. “(…) 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 (…)”.

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. 21/10/94. Exp. 9288.	Se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado. “... 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. 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. 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 (...)”.

**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 detentan 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”**”.

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

	<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>
Auto Consejo de Estado. Sección III. 20/02/2014. Rad. 45310. MP. Ramiro Pazos Guerrero.	En la providencia se concluyó: 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. 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. 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.

Competencia Para la Imposición de Multas Tratándose de Entidades Estatales con Régimen Privado o Régimen Especial. Jurisprudencia del Consejo de Estado	
Auto Consejo de Estado. Sección III. 20/02/2014. Rad. 45310. MP: Ramiro Pazos Guerrero.	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.
Sentencia Consejo de Estado. Sección III. 12/11/2014. Rad. 29165. MP: Hernán Andrade Rincón.	“(…) 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.

**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. 12/11/2014. Rad. 29165. MP: Hernán Andrade Rincón.

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”.

“(…) 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”.

En cuanto a la facultad de liquidar el contrato unilateralmente.

“(…) 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”.

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).

3.4. EL DEMANDANTE ABUSÓ DEL DERECHO AL REDACTAR CLÁUSULAS ABUSIVAS O LEONINAS

El artículo 95 de la Constitución establece lo siguiente:

"(...) Son deberes de la persona y del ciudadano: Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios."

Por su parte, el artículo 830 del Código de Comercio dice lo siguiente:

"El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause."

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la sentencia de 19 de octubre de 1994, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, expediente 3972, se refiere al ABUSO DEL DERECHO, en los siguientes términos:

(...) la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta (...) Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse

tal como se puede esperar de una persona de buena fe...” (Derecho Civil. Parte General. Cap. II. Par. 13).

Posición dominante contractual

La posición dominante contractual *“se refiere a la posibilidad que tiene una persona por razones de superioridad originadas en causa de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio concreto y específico, independientemente de si quien detenta tal superioridad negocial posee o no posición dominante frente al mercado en general”*.¹

En este caso, claramente, la entidad tiene una posición dominante, porque es quien redacta y pone las condiciones del futuro contrato.

El abuso del derecho y posición dominante

La sentencia atrás citada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 19 de octubre de 1994, expediente 3972, expone lo siguiente:

“(...) un ejemplo sin duda persuasivo de esta clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde el principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en ese ámbito un supuesto claro de abuso cuando atendidas las circunstancias particulares que

¹ COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo 23 de febrero de 2007. PUNTO CELULAR LTDA vs COMCEL S.A. Árbitros David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcía Castillo.

rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”.

Acá surge un elemento importante: que la posición dominante contractual no se puede usar o aprovechar por un contratante para generarle detrimento patrimonial a la otra parte del contrato.

En el fallo sub-júdice, la entidad redactó la posibilidad de dar por terminado el contrato solo en su favor, no en el del contratista.

Ahora, pactar que el FONDO pueda hacer efectivas sanciones contractuales sin acudir al juez del contrato implica una decisión que determina unilateralmente que el contratista incumplió el contrato.

Es ahí donde el Consejo de Estado, desde hace años ha venido sosteniendo que una potestad de esa naturaleza tiene que provenir de la ley y no del Manual de Contratación de la entidad estatal ni del contrato estatal.

Cláusulas leoninas o abusivas

La justicia arbitral definió cláusulas abusivas como “aquellas que establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”.

El Consejo de Estado al referirse a la aplicación del artículo 830 del Código de Comercio en la contratación estatal, dijo lo siguiente:

(...) se dejó expuesto, tanto los aludidos Principios de Igualdad y Moralidad, como la limitación derivada de la imposibilidad de que dicha estipulación pueda tenerse como válida si es el resultado de la imposición abusiva de una de las partes del contrato o, peor aún, si su ejercicio se encamina a ejercer y servir, precisamente, para configurar alguna forma o modalidad de abuso del derecho.

El Consejo de Estado nos plantea lo siguiente en Sentencia de Unificación¹⁰⁷ (obiter dicta):

El abuso de la posición de dominio, el excesivo poder de negociación, la posibilidad de predisponer, en muchas ocasiones de forma abusiva, las condiciones del acuerdo y, más importante, el evidente desequilibrio existente tanto entre las partes como en los términos del propio contrato en perjuicio de las razonables expectativas de la parte débil, ha generado la necesidad de emprender, desarrollar y aplicar medidas legislativas, administrativas y judiciales tendientes a garantizar y restablecer un equilibrio mínimo en las prestaciones, a través del cual, sin negar la autonomía de la voluntad, se dignifique su ejercicio, con el fin de lograr una verdadera justicia conmutativa en las relaciones negociales.

(...)

La razonabilidad, la conmutatividad, la equivalencia y la proporcionalidad, se convierten entonces en los criterios que deben servir de parámetro al momento de determinar el equilibrio mínimo que debe caracterizar la relación negocial, de manera que lo irrazonable o lo desproporcionado en relación con las expectativas de los contratantes, en especial de la parte débil, debe ser el punto de entrada para que los controles legales, administrativos y

judiciales tengan plena operancia y se garantice la congruidad y la equidad sustancial y esencial de las prestaciones.

(...)

Como puede verse, en el Derecho Colombiano existe una clara tendencia a proscribir y limitar los acuerdos que contengan cláusulas abusivas, vejatorias, leoninas, esto es aquellas que muestren de manera evidente, injustificada e irrazonable una total asimetría entre los derechos, prestaciones, deberes y/o poderes de los intervinientes, en especial cuando uno de ellos sea el mismo Estado, todo lo cual, debe enfatizarse, encuentra amplio y suficiente fundamento constitucional, partiendo del preámbulo de la Carta Política; el artículo 2° según el cual constituyen fines del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; el artículo 6° que consagra el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley y por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”; el artículo 13 que prevé que el Estado debe proteger especialmente a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; el artículo 83 según el cual todas las actuaciones que adelanten las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe; el artículo 90 que obliga al Estado a reparar los daños antijurídicos que le sean imputables; el numeral 1° del artículo 95 que establece el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; los principios con fundamento en los cuales debe desarrollarse la función administrativa (artículo 209), en especial los de igualdad, moralidad

e imparcialidad, los cuales, en virtud del principio de irradiación constitucional, deben aplicarse a cualquier actuación que adelante la Administración.

(...)

Las circunstancias antes descritas imponen a las entidades públicas que forman parte de ese Estado que ha ocasionado e irrogado los perjuicios cuya reparación se demanda (a lo cual en una situación ideal de orden justo y eficiente debería proceder de manera oficiosa), en atención a los deberes de lealtad y buena fe objetiva con arreglo a los cuales tienen el deber de actuar y dada la prohibición del abuso del derecho, ejercer el poder de negociación de forma razonable, equilibrada y proporcional, de manera que sin dejar de atender el interés público y las finalidades para las cuales determinada autoridad se encuentre instituida, eviten obtener ventajas y menos si ellas resultan excesivas o irrazonables en perjuicio de la contraparte a la que han lesionado, más aún cuando ésta no se encuentra en una posición de igualdad real y efectiva (...)

El deber de toda autoridad de ejercer la libertad negocial de forma adecuada, esto es con sujeción a los valores, principios y reglas que conforman el ordenamiento

Características de las cláusulas abusivas

El tratadista Young Rodríguez señala las siguientes características de las cláusulas abusivas:

a) Es una cláusula redactada e impuesta por uno sólo de los contratantes.

b) Su contenido genera un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debido al reconocimiento de una prerrogativa a favor de la parte que impone la cláusula, o una carga o gravamen en contra de quien debe aceptarla, y

c) El desequilibrio generado por la cláusula, además de relevante, es injustificado o irrazonable.

Por otra parte, la cláusula penal sancionatoria solo puede ser cobrada por el proceso declarativo toda vez que se requiere probar el incumplimiento del contrato. Explica Ospina que por tratarse de una obligación accesoria y sometida a condición requiere que el deudor sea constituido en mora, toda vez que al momento de pactarse la cláusula penal no se sabe si el deudor habrá de cumplir o no la obligación principal en la forma y tiempo.

El Consejo de Estado en Sentencia 18410 de febrero 22 de 2001 sostiene esta postura al indicar que:

La cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente.

También por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja de la siguiente forma:

“Sobre el segundo aspecto, respecto a la cláusula penal, por hallar su fuente jurídica en el incumplimiento de uno de los contratantes, su demostración no puede surgir del mismo contrato toda vez que lo hace de hechos posteriores, por lo que cuando se reclame ha de cuestionarse el incumplimiento, para lo cual es escenario ideal el proceso declarativo” (Huertas Castelblanco contra Veloza Estupiñan, 2007).

Hay que tener en cuenta que el contrato celebrado es un contrato estatal y no pasarse por alto que antes de la Ley 1150 de 2007, la posición del Consejo de Estado era la siguiente:

*(...) “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 y del 20 de junio de 2002, 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.**”* (Resaltado nuestro). (Sentencia del Honorable Consejo de Estado-Sección III del 20 de octubre de 2005, Expediente 14579, M.P. Germán Rodríguez Villamizar).

Con posterioridad a esta Sentencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, 25 de mayo de 2006, radicado 1748, mediante concepto dijo lo siguiente:

Es indiscutible, de acuerdo con lo expuesto, en los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se hallen en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los

efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993. En caso de haberse pactado cláusulas penales bajo cualquiera de las modalidades antes explicadas en los contratos que carecen de las potestades excepcionales, su exigibilidad se hará conforme con las normas del derecho privado expuestas anteriormente, según lo ordena el artículo 13 de la ley 80 de 1993, esto es, requerirá a su contratista, y si incumple deberá acudir a la jurisdicción administrativa, en cuyo caso tiene la opción propia del derecho privado: bien sea que ejecuta para el cumplimiento de la obligación principal más la indemnización moratoria de perjuicios o las cláusulas penales que sea posible acumular con la primera, o, bien sea que sólo ejecuta por la indemnización de perjuicios, que puede ser la cláusula penal compensatoria, según se expuso.

Queda entonces claro que en esta época, entre el año 2005 y el año de 2007, antes de la expedición de la ley 1150 de 2007, se reconocía la posibilidad de que las partes de un Contrato Estatal pactaran multas y cláusulas penales para apremiar o sancionar el incumplimiento del contratista, pero se niega la existencia de la facultad de la administración para imponer unilateralmente las multas y declarar el incumplimiento con miras a hacer efectivas tales cláusulas, pues aunque si bien es posible que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad puedan pactar multas y cláusulas

penales, para hacerlas exigibles, es necesario que la administración acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este caso por no aplicarse la Ley 1150 de 2007 se deben tener las anteriores posiciones del Consejo de Estado.

3.5. EL DEMANDANTE VIOLÓ EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE QUE RIGE EN LOS CONTRATOS

El principio general de buena fe, que está establecido constitucional y legalmente, consiste en que las partes en sus relaciones negociales, incluyendo las tratativas preliminares, la formación y la ejecución del contrato, se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el cocontratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal, correcto y ajustado a derecho.

La Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia de agosto de 2001, para definir qué se entendía por buena fe, sostuvo lo siguiente:

Acerca de lo que entraña el postulado rector de la buena fe, esta Corporación, pormenorizadamente, en las postrimerías de la década de los años cincuenta, precisó que "La buena fe hace referencia...a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza... Así pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad... En general obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud..." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 2 de agosto de 2001, expediente 6146).

A su vez, la Corte Constitucional explica:

... el principio de la buena fe, el cual comprende, entre otros, un deber de obrar con honestidad y lealtad. Dichos presupuestos tienen expresa aplicación en las relaciones contractuales con fundamento en el artículo 83 superior. Para el derecho no son indiferentes, entonces, los postulados axiológicos que propugnan el respeto a la confianza y la cooperación que deben disciplinar todas las relaciones humanas, bien si se trata del ejercicio de derechos o del cumplimiento de obligaciones libremente acordadas por los particulares. Además, no puede pasarse por alto que una de las consecuencias específicas de la aplicación del artículo 83 citado, es que los contratos-ejemplo clásico de las relaciones entre particulares deben ser interpretados atendiendo el principio de la buena fe (Corte Constitucional, 2001).

En cuanto a lo que se puede considerar infracción al principio de la buena fe, conviene describir lo establecido por la legislación alemana en el parágrafo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Negociales (AGB-Gesetz) del 1.-IV-1977:

I. Las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, en oposición al principio de buena fe (*Treu und Glauben*). II. En la duda se presume la existencia de perjuicio indebido, cuando la cláusula: 1) no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta o 2) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de éste (Stiglitz, 1998, p. 34-35).

3.6. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO SEGÚN EL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL

Invoco la excepción de contrato no cumplido, toda vez que la unión temporal, de la cual hizo parte mi procurado, no puede señalarse como

incumplido, toda vez que la falta de terminación de la obra es imputable al contratante, demandante en este proceso, quien falló en la estructuración del proyecto y su planeación. El demandante no cumplió con la obligación de definir el alcance del contrato y de autorizar las obras adicionales. Ese incumplimiento repercutió en la imposibilidad de que la Unión Temporal pudiera ejecutar el 100% del objeto contractual, máxime cuando esos retrasos le generaron mayores costos que el demandante nunca le reconoció a los demandados.

La exceptio non adimpleti contractus, está prevista en el artículo 1609 del Código Civil, así: "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." Se trata de una regla de equidad, que orienta los contratos conmutativos y que permite a la parte contratista no ejecutar su obligación, mientras su cocontratante no ejecute la suya.

Para que proceda la excepción de contrato no cumplido es necesaria: 1) la existencia de obligaciones bilaterales recíprocas unidas por un vínculo de conexidad jurídica; 2) que una de las partes exija el cumplimiento de una de las obligaciones; 3) que la parte que exija el cumplimiento no haya cumplido su obligación recíproca o no hubiere ofrecido cumplirla. Todos los presupuestos se cumplen en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo SC1209-2018, radicado 11001-31-03-025-2004-00602-01, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, de fecha 20 de abril de 2018, dijo lo siguiente:

Cuando las obligaciones de las partes deben cumplirse de forma escalonada, quien inicialmente desacata lo convenido no puede demandar la resolución de la alianza ni proponer la excepción de

contrato no cumplido, según sea el caso; al Paso que su contendor sí puede hacerlo aun cuando no haya cumplido excusado en la previa del otro extremo negocial.

En el hecho 17 de la demanda, el actor manifiesta:

17. El 27 de julio de 2020, se suscribe acta de suspensión del contrato de obra No. 1380-1061-2019, por el término de TREINTA (30) días calendario, debido a que no estaba completamente definido el alcance del objeto contractual, por ende, resultaba imposible realizar el presupuesto de obra.

Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. La entidad suscribió un contrato para ser ejecutado en un mes, cuando ni siquiera tenía definido su alcance.

En el hecho 18 de la demanda, el actor manifiesta:

18. El 26 de agosto de 2020, se realiza prórroga a la suspensión No. 1 por el término de sesenta (60) días calendario, en virtud de que los motivos que generaron la suspensión persistían, por tanto, resultaba inviable realizar el presupuesto de obra.

Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. La entidad suscribió un contrato para ser ejecutado en un mes, cuando ni siquiera tenía definido su alcance.

En el hecho 19 de la demanda, el actor manifiesta:

19. El 25 de octubre de 2020, se suscribe prórroga 2 a la suspensión No. 1 por el término de treinta (30) días calendario, toda vez que tanto obra como interventoría se encontraban a la espera de los modificatorios de contrato por los cuales se legalizaran los montos y plazos respectivos de cada contrato.

Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. La entidad suscribió un contrato para ser ejecutado en un mes, cuando ni siquiera tenía definido el alcance, el plazo real y el valor del contrato.

Es importante precisar que el demandante no relaciona en los hechos la prórroga Nro. 3 a la suspensión Nro. 1 de fecha 24 de noviembre de 2020, por un término de 30 días, sustentada en la necesidad de realizar diferentes visitas y revisiones pertinentes del alcance del contrato. Este documento contractual debe tenerse como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. Dicho documento fue aportado con la demanda con la denominación 1380-1061-2019-P3S1-CI.

En el hecho 20 de la demanda, el acto manifiesta:

20. El 26 de noviembre de 2020, se suscribe "Otrosí" modificatorio No. 001 frente al contrato de obra No. 1380-1061-2019 en el cual las partes acuerdan:

- 1.** Modificar la Cláusula Segunda. Valor del Contrato, adicionando suma de SEISCIENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$606.495.447), para un valor total del contrato de Setecientos veinticuatro millones cuatrocientos treinta y siete mil setecientos noventa y cinco pesos (\$724.437.795). Adición justificada en la presentación del presupuesto final por parte del contratista y avalado por la interventoría del contrato, dónde se incluye:



1. Presupuesto Obra nueva con sus respectivos Ítems No Previstos: Los precios se ajustan a los precios tope definidos por la entidad, se presentan Apu's y memorias de cálculo correspondientes, incluyendo los Ítems No Previstos.

2. Ítems No Previstos: Se presentan 3 Cotizaciones de insumos de ferretería no contractuales, 3 cotizaciones del Elevador, 3 Cotizaciones de suministro y montaje de escaleras metálicas, así como también, su respectiva justificación.

3. Presupuesto Obras Complementarias con sus respectivos No Previstos: los precios se ajustan a los precios tope definidos por la entidad, se presentan Apu's y memorias de cálculo correspondientes, incluyendo los Ítems No Previstos.

4. Cronograma de Obra: Se presenta Cronograma de actividades por 60 días (2 meses), incluida la implementación del PAPSQ.

- 2.** Así mismo, se modificó la cláusula segunda. Plazo de ejecución del contrato de obra, prorrogando dos (2) meses, para un total de tres (3) meses de plazo de ejecución contractual.

Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual. Se pasó de un contrato por valor inicial de \$117.942.348 a un valor de \$724.437.795, es decir, se incrementó en un 514,3% y el plazo se triplicó (200%), porque pasó de un mes a tres meses.

En el hecho 22 de la demanda, el actor dice:

- 22.** El 26 de noviembre de 2020, se suscribe acta de suspensión No. 2 por el término de treinta (30) días calendario, teniendo en cuenta que, desde el 16 de noviembre del 2020 y hasta la fecha de la suspensión el contratista anterior (Mota-Engil) se encontraba adelantando actividades dentro de los espacios donde se esperaba que la Unión Temporal GMP desarrollara y ejecutara el alcance contractual.

Se debe tener como confesión del incumplimiento del FFIE por violación al principio de planeación del contrato y al principio general de la buena fe contractual, toda vez que el mismo día en que se reinició el contrato se suscribió el Acta de Suspensión Nro. 2 por una causa que denota la falta de planeación y maduración del proyecto, como es que, a esa fecha, el

contratista anterior se encontraba realizando actividades dentro de los espacios que debían ser intervenidos por mi procurado.

Estamos de acuerdo con LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C., quien en la contestación de la demanda señaló:

“Aterrizando lo anterior al caso concreto, encontramos que la falta de finalización de la obra se debe justamente al incumplimiento del Contratante, quien se obligó contractualmente a ejecutar obras que contribuirían a la culminación de las obras de la Institución Educativa. Estas obligaciones se determinaron así:

OCTAVÁ. OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE: El CONTRATANTE se obliga con el Contratista:

1. Obrar lealtad y buena fe durante la ejecución del Contrato
2. Pagar al CONTRATISTA el valor del Contrato en la forma y términos establecidos.
3. Cumplir con las demás obligaciones que se deriven de la esencia o naturaleza del presente Contrato, así como aquellas previstas en los TCC, sus Adendas y Anexos.

***Documento: Contrato de obra No. 1380-1061-2019**

Sin embargo, dichas obligaciones no se cumplieron por parte del contratante específicamente en lo relacionado con: (i) la definición del objeto contractual y (ii) la autorización de obras adicionales, pues, como se probará, el Patrimonio Autónomo como contratante provocó la dilación injustificada – en la que también tiene parte de responsabilidad la Interventoría - al emitir respuesta inoportuna a las solicitudes elevadas por el contratista. Frente a lo anterior, cabe resaltar que aunque el contrato se firmó el 27 de diciembre de 2019, el acta de inicio solo se firmó hasta el 27 de julio de 2020 y en esa misma fecha fue necesario realizar la suspensión No. 1 del contrato puesto que no estaba definido el objeto contractual. De ello quedó constancia en el comité de seguimiento del 01 de julio de 2020 y por tal razón se firmó la suspensión No. 1 que se extendió desde el 27 de julio de 2020 hasta el 26 de noviembre de

2020, habida cuenta de que no es posible ejecutar un contrato si no están claros los ítems de ejecución.

- **Frente al incumplimiento de la contratante en la definición del alcance del contrato – falla estructural del proyecto.**

Para hacer más claro el argumento de la presente excepción es necesario poner de presente al despacho que el contrato de obra No. 1380-1061-2019 fue adjudicado, además, con el objetivo de finalizar la construcción de la Institución Educativa Antonio José Camacho Sede República del Perú, de acuerdo al estado en que esta se encontrara luego de la ejecución del anterior contratista, Consorcio Mota Engil. Luego entonces, para determinar el alcance de la ejecución a la que se obligaba la UT GMP era imprescindible que el PA FFIE indicara cual era el porcentaje de ejecución del anterior contratista. Sin embargo, pese a que el contrato se firmó el 27 de diciembre de 2019 y el acta de inicio se suscribió el 27 de julio de 2020, el Consorcio Mota Engil continuaba realizando obras de post venta en el terreno, inclusive, hasta el 26 de noviembre de 2020; por lo cual resultaba imposible para el contratista UT GMP iniciar con la obra a la par que el PA FFIE no aclaraba cual era el alcance del objeto contractual. Inclusive, el 29 de julio de 2020, la interventoría le solicitó al PA FFIE la aclaración del alcance del objeto contractual mediante el comunicado 1016-005, lo cual demuestra que el incumplimiento del contrato es imputable al contratante al no definir el objeto contractual siete meses después de la firma del mismo.

Téngase en cuenta que, aunque el objeto del contrato está determinado en la cláusula primera del contrato No. 1380-1061-2019, este resultaba muy amplio y abstracto en el entendido en que este objeto se limita a la terminación de la obra de la institución educativa en relación con el porcentaje inconcluso del anterior contratista. La cláusula primera del contrato indica textualmente:

PRIMERA. OBJETO: El presente Contrato tiene por objeto la elaboración de los diseños y estudios técnicos, obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias, así como la ejecución de las obras en la **Institución Educativa Antonio José Camacho Sede República del Perú** ubicada en el Distrito Especial de Cali, Valle del Cauca requeridos por el PA FFIE, en desarrollo del PNIE.

Cada uno de estos proyectos se adelantará bajo la modalidad de valores unitarios fijos, de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el presente documento, en la propuesta presentada por el CONTRATISTA, en los TCC y sus Adendas, y en los Anexos del presente Contrato.

En caso de contradicción entre el Anexo Técnico y el contrato de Obra prima el Anexo Técnico. En caso de contradicción entre los TCC y el Contrato de obra prima lo indicado en los TCC.

***Documento: Contrato de obra No. 1380-1061-2019**

A simple vista, la cláusula primera del contrato parece clara, no obstante, si se considera que la ejecución de la obra ya se encontraba iniciada e inconclusa por un contratista anterior, resulta lógico que para determinar el alcance del objeto contractual se necesita conocer el porcentaje previo de ejecución por el anterior contratista. En ese sentido, ante la ausencia de determinación de dicho alcance, resulta evidente e inevitable la imposibilidad de la UT GMP de elaborar el presupuesto del contrato y, consecuentemente, de iniciar la ejecución de las obras. Máxime por cuanto el 26 de noviembre de 2020 el anterior contratista aún se encontraba realizando obras en el terreno.

Así pues, deberá tenerse en cuenta que la suspensión No. 1 y sus respectivas prórrogas, que obedecieron a la ausencia de presupuesto, fueron consecuencia directa del incumplimiento de la contratante de su obligación de determinar el alcance del objeto contractual de acuerdo con el porcentaje de inejecución del contratista anterior. Aún más, tal fue el retraso del contratante en la definición del objeto contractual que solo hasta el 26 de noviembre de 2020 se pudo firmar el otrosí No. 1 al contrato 1380-1061-2019 donde se modificó el valor del contrato en un 514,30% dada la determinación del alcance de las obras necesarias para culminar la construcción de la institución educativa Antonio José Camacho Sede República del Perú.

Adicionalmente, el Otrosí también amplió el plazo de ejecución del contrato a 3 meses.

- **Frente al incumplimiento de la contratante en la demora de aprobación de obras adicionales.**

Ahora bien, aunque el reinicio de la suspensión No. 1 coincidió con la firma del otrosí el 26 de noviembre de 2020, el contrato tuvo que ser suspendido nuevamente hasta el 09 de diciembre de 2020 puesto que el anterior contratista permanecía realizando obras de post venta en el terreno donde la UT GMP debía realizar sus obras. Posteriormente, el contrato tuvo que ser suspendido nuevamente el 04 de febrero de 2021 puesto que surgió la necesidad de realizar obras adicionales no contempladas en el presupuesto inicial -dado que este fue presentado antes de que el contratista Mota Engil se retirara definitivamente del terreno-, y que debían ser aprobadas por el contratante dada la contratación por precios unitarios (ver cláusula 1 del contrato).

Además, el numeral 10.8.5 del anexo técnico establece la prohibición del contratista de ejecutar ítems o actividades no previstos en el contrato sin la previa aprobación del contratante: “(...)

*Le está prohibido al CONTRATISTA ejecutar ítems o actividades de obra no previstos en el contrato, sin la respectiva aprobación por parte de la interventoría y la autorización del PA-FFIE. (..)
Cualquier ítem que ejecute el CONTRATISTA sin la aprobación previa de la interventoría y la autorización del PA FFIE será asumido por cuenta y riesgo del CONTRATISTA, de manera que el PA-FFIE no reconocer valores por tal concepto...” (Numeral 10.8.5. del anexo técnico del contrato 1081-1061-2019)*

De manera que, ante lo sobrevenido de las obras adicionales, resultaba inevitable que el contratista UT GMP solicitara la suspensión del contrato para obtener las autorizaciones del contratante y así poder continuar con la ejecución del contrato en los términos exigidos por el anexo técnico. De hecho, en la comunicación enviada por la UT GMP el 18 de marzo de 2021 en respuesta al oficio FIE2021EE003325, se dejó claro que la ejecución de un gran porcentaje de la obra estaba supeditado a la aprobación de los ítems no previstos y nuevos alcances contractuales. En ese orden, de acuerdo a los ítems que sí podía ejecutar el contratista, es decir, aquellos que no estaban sujetos a aprobación del contratante, el avance de la obra era de un 85% frente al 90% estimado para la fecha.

Concretamente, estos ítems adicionales respecto de los cuales se solicitó la aprobación que impiden y restringen el objeto contractual y corresponden, según lo indicado por la UT GMP en oficio 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-1392 del 28 de julio de 2021, a los siguientes:

➤ Actividades de Demolición, Cimentación y Escalera (Según solicitud técnica se contempló la revisión de la cimentación, asumida en costo por el Contratista), hasta no ser revisada este contratista no se le permitiría la ejecución, por tal motivo y según lo dispuesto en el Cronograma de Obra se disponen 25 días de suministro y montaje de Estructura metálica, mas 15 días de cimentaciones y demoliciones según concepto técnico.

➤ Actividades de Muro de Drywall, según solicitud se contempló el cambio de especificación de dicho ítem, generando un nuevo ítem no previsto como “Viga Aérea en Superboard”, restringiendo dicha ejecución hasta aprobación del NP.

➤ Actividades Hidrosanitarias, para construcción de RED PARALELA, al no ser aprobada por interventoría, dentro de las solicitudes realizadas

previamente, no sería posible su ejecución y esto restringiendo otras actividades del alcance, como lo son: Pisos Baldosas, Enchapes, Demoliciones, y tuberías.

➤ Actividades eléctricas, por ser la revisión previa del presupuesto, enmarcadas según las necesidades dispuestas por el FFIE, posterior a revisión por especialista eléctrico se solicitó la revisión de todo el alcance al presentar inconsistencias según lo encontrado en obra y lo aprobado en diseños, con lo cual se generarían precios no previstos para satisfacer dichas necesidades.

➤ La solicitud de Diseño y Construcción de apantallamiento, restringen la certificación RETIE y terminación Eléctrica de la pertinente Institución Educativa.

➤ Suministro e instalación de Puertas, demolición de columnetas, y reconstrucción de vanos restringen las terminaciones en pisos y acabados

➤ Inconsistencias técnicas en la cimentación de la Institución Educativa que restringen las. estructuras Metálicas y eleva persona.

Incluso, la UT GMP presenta la siguiente tabla en la que se observa la cantidad de actividades sujetas a restricción o a aprobación, que impedían al contratista desarrollar a cabalidad la ejecución de la obra:

ITEM	DESCRIPCION	UN	CANT	PRECIO	VALOR	ESTADO	VALOR
1	PROLOGAMAS				\$ 8,368,127.00		\$ 8,368,127.00
1.1	DEMOLICIONES - DESMONTES - RETORNOS						
1.1.2	DEMOLICION CEMENTOS (INC. RETIRO DE SCOR.)	MS	2.18	\$ 212,899.00	\$ 464,343.00	Revisar Técnica	\$ 464,343.00
	En el primer Alcance se contempla, solo la demolición superficial de los pedestales de la escalera, según trabajo en obra, se solicita revisión de toda la cimentación, por inconsistencia civiles, por lo tanto esta actividad contractual no es posible su ejecución, hasta sea reabierto.						
1.1.14	DEMOLICION DE PISOS EN BALCON (INC. RETIRO DE SCOR.)	MS	144.00	\$ 9,961	\$ 1,434,384.00	Revisar Técnica	\$ 1,434,384.00
	Según la necesidad de solucionar las fugas en la red hidráulica, se contempla demoliciones en baldosas según se instale una red paralela, según solicitud emitida a interventoría, dicha actividad no fue aprobada por lo tanto no sea posible su ejecución.						
1.1.19	DEMOLICION PLACA PAREDA H= 0.15 (INC. RETIRO DE SCOR.)	MS	144.00	\$ 44,175.00	\$ 6,361,200.00	Revisar Técnica	\$ 6,361,200.00
	Según la necesidad de solucionar las fugas en la red hidráulica, se contempla demoliciones en placa en piso según se instale una red paralela, según solicitud emitida a interventoría, dicha actividad no fue aprobada por lo tanto no sea posible su ejecución.						
2	CEMENTACION				\$ 63,438,888.00		\$ 63,438,888.00
2.1	EXCAVACIONES, BALIZAJES Y RECHICAJES						
2.1.2	EXCAVACION MANUAL EN RECIPO COMPACTADO (INC. CARGUE, TRANSPORTE Y DISPOSICION FINAL)	MS	124.00	\$ 49,007	\$ 15,905,808.00	Revisar Técnica	\$ 15,905,808.00
2.2.7	CONCRETO PARA ZAPATAS 3000 PSI	MS	62.36	\$ 712,309	\$ 43,719,588.00	Revisar Técnica	\$ 43,719,588.00
2.1.14	RELLENOS COMPACTOS EN MATERIAL SELECCIONADO PREDOMINANTE DE LA EXCAVACIÓN (INC. MANIPULACION, TRASLADO E INSTALACION)	MS	7.53	\$ 10,406	\$ 79,031.00	Revisar Técnica	\$ 79,031.00
3	ACERO DE REFUERZO PARA CIMENTACION - ESTRUCTURA - MAMPOSTERIA Y OTROS						
3.2	ACERO DE REFUERZO 6000 PSI	MS	1,887.85	\$ 1,616	\$ 3,033,653.00	Revisar Técnica	\$ 3,033,653.00
3	DESAGÜES E INSTALACIONES SUBTERRANEAS				\$ 500,013.00		\$ -
3.4	CONSTRUCCIONES EN MAMPOSTERIA						
3.4.5	MARCOS CAJAS TAPAS DE INSPECCIÓN	UN	9.00	\$ 55,557	\$ 500,013.00		

3	DESAGÜES E INSTALACIONES SUBTERRANEAS				\$ 500,013.00		\$ -
3.4	CONSTRUCCIONES EN MAMPOSTERIA						
3.4.5	MARCOS CAJAS TAPAS DE INSPECCIÓN	UN	9.00	\$ 55,557	\$ 500,013.00		
4	ESTRUCTURA				\$ 2,353,536.00		\$ 2,353,536.00
4.4	ELEMENTOS VARIOS EN CONCRETO						
4.4.1	CONCRETO PARA ESCALERAS 3000 PSI	MS	2.79	\$ 849,039	\$ 2,353,536.00	Actualizar con medición	\$ 2,353,536.00
	Según la solicitud emitida para revisar la cimentación de la Escalera, no era posible el inicio de Actividades en la estructura de la misma, por ende esta actividad presenta restricción						
5	MAMPOSTERIA				\$ 1,976,290.00		\$ 1,976,290.00
5.6	VARIOS - MAMPOSTERIA						
5.6.4	MURO EN CRY WALL DE 12 MM INCLUIE ESTRUCTURA METALICA, MALLA, CINTA Y PRIMERA MANO DE PINTURA, VISTO DOS CARAS (E=12 cm)	MS	21.30	\$ 92,764	\$ 1,976,290.00	Revisar, Creación de No prebido	\$ 1,976,290.00
	Según solicitud en obra, se contempla cambiar dicha actividad por "Mga Armas en Superbowl", generando así la creación de un No previsto, y no permitiendo ejecutar esta obra, por tal razón hasta no sea aprobada el NP no permitira dicha ejecución.						

7	INSTALACIÓN HIDRAULICA, SANITARIA Y DE GAS				\$	90,885,740.00		\$	90,885,740.00
7.4	RED GENERAL DE AGUA FRÍA								
7.4.46	TUBERÍA PCP RDE 9 DE 1/2"	M	600.00	\$	7,260.00	5,177,900.00	Pendiente de inicio de obra	\$	5,177,900.00
	Esta actividad no es posible su ejecución, por la no aprobación del detalle de Red sanitaria, por ende el alcance no fue definido								
7.4.46	TUBERÍA PCP RDE 21 DE 3/4"	M	600.00	\$	6,342.00	4,462,560.00	Pendiente de inicio de obra	\$	4,462,560.00
	Esta actividad no es posible su ejecución, por la no aprobación del detalle de Red sanitaria, por ende el alcance no fue definido								
7.4.50	TUBERÍA PCP RDE 21 DE 1"	M	600.00	\$	12,619.00	8,302,700.00	Pendiente de inicio de obra	\$	8,302,700.00
	Esta actividad no es posible su ejecución, por la no aprobación del detalle de Red sanitaria, por ende el alcance no fue definido								
7.4.52	TUBERÍA PCP RDE 21 DE 1 1/2"	M	600.00	\$	18,927.00	12,395,500.00	Pendiente de inicio de obra	\$	12,395,500.00
	Esta actividad no es posible su ejecución, por la no aprobación del detalle de Red sanitaria, por ende el alcance no fue definido								
7.4.53	TUBERÍA PCP RDE 21 DE 2"	M	600.00	\$	27,268.00	18,041,300.00	Pendiente de inicio de obra	\$	18,041,300.00
	Esta actividad no es posible su ejecución, por la no aprobación del detalle de Red sanitaria, por ende el alcance no fue definido								
7.4.56	TUBERÍA PCP DE Ø 4"	M	520.00	\$	80,440.00	42,611,240.00	Pendiente de inicio de obra	\$	42,611,240.00
	Esta actividad no es posible su ejecución, por la no aprobación del detalle de Red sanitaria, por ende el alcance no fue definido								
8	INSTALACIÓN ELÉCTRICA, TELEFÓNICA Y COMUNICACIONES				\$	15,869,943.00		\$	15,869,943.00
8.2	BANDEJAS DE DISTRIBUCIÓN								
9	TUBERÍA DNT 3/4" - SUSPENSIÓN INCLUYE ACCESORIOS Y FUNCIONES	M	370.00	\$	12,116.00	4,862,620.00	Pendiente de inicio de obra	\$	4,862,620.00
8.4	TABLEROS E INTERRUPTORES								
10	TABLERO DE AUTOMÁTICOS DE 18 CIRCUITOS TIPO PESADO CON PUERTA Y CERRADURA DE CIERRE, CERRADURA Y ESPACIO TOTALIZADOR INDUSTRIAL 180-45T Y BARRAJE DE TIERRA AISLADA.	UN	1.00	\$	448,418.00	448,418.00	Pendiente de inicio de obra	\$	448,418.00
8.4.3	TABLERO DE AUTOMÁTICOS DE 24 CIRCUITOS TIPO PESADO CON PUERTA Y CERRADURA DE CIERRE, CERRADURA Y ESPACIO TOTALIZADOR INDUSTRIAL 180-45T Y BARRAJE DE TIERRA AISLADA.	UN	1.00	\$	528,185.00	528,185.00	Pendiente de inicio de obra	\$	528,185.00
11	INTERRUPTOR MONOPOLAR 1 X 63/10 A	UN	47.00	\$	21,873.00	1,022,781.00	Pendiente de inicio de obra	\$	1,022,781.00
8.4.20	BREAKER RIEL BIPOLAR 2 X 20/30 A	UN	1.00	\$	40,072.00	40,072.00	Pendiente de inicio de obra	\$	40,072.00
12	INTERRUPTOR RIEL TRIPOLAR 1 X 40/63 A	UN	2.00	\$	68,479.00	137,358.00	Pendiente de inicio de obra	\$	137,358.00
8.5	TELEFONOS Y TELEFONOS								
13	CAJA DE PASO 10X10	UN	134.00	\$	11,803.00	1,594,802.00	Pendiente de inicio de obra	\$	1,594,802.00
8.6	CABLEADO ESTRUCTURADO, VOZ Y DATOS								
14	CONDUCTOR DE DOBLE POLO A TIERRA REGULADA COLOR NARANJA EN CANALITA	UN	16.00	\$	84,592.00	1,353,472.00	Pendiente de inicio de obra	\$	1,353,472.00
8.6.11	CONDUCTOR DE DOBLE POLO A TIERRA REGULADA	UN	51.00	\$	130,505.00	6,679,605.00	Pendiente de inicio de obra	\$	6,679,605.00
15	APARATOS ELÉCTRICOS (INCLUYE SUM E INSTALACIÓN)								
8.14.12	INTERRUPTOR DOBLE AUTOMAT 100/110 LP	UN	9.00	\$	30,940.00	278,540.00	Pendiente de inicio de obra	\$	278,540.00
16	INTERRUPTOR TRIPLE 100/110 LP	UN	11.00	\$	42,877.00	471,647.00	Pendiente de inicio de obra	\$	471,647.00

9	PANELES					\$	14,445,048.00		\$	14,207,763.00	
17	PANELES SOBRE MUROS										
18.1.1	PALOS Y DILATACIONES	M	45.00	\$	5,373	\$	237,385.00				
18	RESANES GENERALES	M2	1,607.76	\$	8,837	\$	14,207,763.00	Actividad con restricción		\$	14,207,763.00
	Se requiere por parte de Interventoría, modificar el alcance de resanes a un ítem no previsto.										
19	PISOS					\$	36,372,940.00			\$	36,372,940.00
19	ACABADOS PISOS										
19.2.08	BALDOSIN GRANTO 1/4" DE 30X30 PORTER 1/4" (INCLUYE JUNTA DE DILATACION, DESTROQUE, PULIDA Y BRILLADA)	M2	144.00	\$	87,776	\$	12,640,022.00	Actividad con restricción		\$	12,640,022.00
	Esta actividad es predecesora de las obras de red paralela (Demoliciones, tuberías, enchufe), al no tener dicha aprobación se restringe la ejecución de este ítem.										
20	PULIDA Y BRILLO GRANTO, INCLUYE TRATAMIENTO DE RESANES Y JUNTAS	M2	828.61	\$	21,280	\$	17,632,917.00	Actividad con restricción		\$	17,632,917.00
	Esta actividad no se puede ejecutar hasta que estén finalizadas las obras de resanes, que se solicitarán como ítem no previsto.										
21	CUBIERTAS E IMPERMEABILIZACIONES					\$	129,333,405.00			\$	128,612,366.00
21	CUBIERTAS										
21.2.1	SUPERINTO E INSTALACION DE COBERTA EN PANEL METALICO GALVANIZADO PREPINTADO CAL 30 TIPO SANDWICH, IMPERMEABLE EN LINEA CONTINUA CON POLIURETANO EXPANDIDO DE ALTA DENSIDAD 30 KG/M3 E-30 A 50 MM INCLUYE TAPAS DE BORDE DE COBERTA Y LOS ACCESORIOS NECESARIOS PARA SU CORRECTA INSTALACION Y FUNCIONAMIENTO.	M2	121.89	\$	146,172	\$	17,796,181.00	Actividad con prohibición de despacho de material		\$	17,796,181.00
	Solicitar cambios de material y disponibilidad del mismo, por ambientes comerciales e industriales.										
22	SUPERINTO E INSTALACION DE ESTRUCTURA METALICA PARA CUBIERTAS, NORMA NSR-10 TITULO F. PERFLUBIA ASTM A36 GR50 Y ASTM A36 SOLDADURA E70XX. INC. CROQUIS, CORRIENTES, TENDONES, ANCLAJES Y ACCESORIOS, LIMPIEZA SUP-SPR, PINTURA ANTI CORROSION 3 MILS Y ACABADO ESPALTE ALQUICHO 3 MILS	KG	6,863.84	\$	16,433	\$	103,613,269.00	Actividad con restricción		\$	103,613,269.00
	Por las fallas técnicas obtenidas en campo, y la solicitud de revisión de los diseños estructurales de la cimentación de la Escalera, esta actividad se restringe de su ejecución.										
22.2.1	SUPERINTO E INSTALACION DE COBERTA ALUMINUM 0.8 MM TRANSPARENT (INC. ESTRUCTURA METALICA DE COBERTA, FINALES, ELEMENTOS DE FIJACION Y DONAS ACCESORIOS NECESARIOS PARA SU CORRECTO FUNCIONAMIENTO)	M2	21.90	\$	225,989	\$	7,308,645.00				
23	ACCESORIOS Y VARIOS										
23.3.3	SUPERINTO E INSTALACION DE CANAL LAMINA GALVANIZADA (INCL. 80 mm - CAL 30, INCLUIR SOPORTES, SORLOS, REFUERZOS Y CARGOLAS DE REFUERZO)	M	15.00	\$	61,854	\$	9,278,150.00				
24	CARPINTERIA DE METALICA					\$	12,563,341.00			\$	11,717,286.00
24.2	CARPINTERIA EN LAMINA										
24.2.1	SUPERINTO E INSTALACION DE PUERTA METALICA LAMINADA (INCL. JANTIC - C OVALTE)	M2	2.00	\$	214,673	\$	429,346.00				
24.2.2	PUERTA METALICA JANTIC - C OVALTE	M2	4.24	\$	103,473	\$	436,731.00				
24.2.3	BARRANDA METALICA CORREDORES DE CIRCULACION, TUBO CIRCULAR EN ACERO GALVANIZADO DE 2" INCLINADO HACIA EL INTERIOR ANCLADA A BORDILLO DE CONCRETO CON PLATINAS DE 1/2" O 3/4" O 1" O 1 1/2" O 2" O 3" O 4" O 5" O 6" O 8" O 10" O 12" O 14" O 16" O 18" O 20" O 22" O 24" O 26" O 28" O 30" O 32" O 34" O 36" O 38" O 40" O 42" O 44" O 46" O 48" O 50" O 52" O 54" O 56" O 58" O 60" O 62" O 64" O 66" O 68" O 70" O 72" O 74" O 76" O 78" O 80" O 82" O 84" O 86" O 88" O 90" O 92" O 94" O 96" O 98" O 100" O 102" O 104" O 106" O 108" O 110" O 112" O 114" O 116" O 118" O 120" O 122" O 124" O 126" O 128" O 130" O 132" O 134" O 136" O 138" O 140" O 142" O 144" O 146" O 148" O 150" O 152" O 154" O 156" O 158" O 160" O 162" O 164" O 166" O 168" O 170" O 172" O 174" O 176" O 178" O 180" O 182" O 184" O 186" O 188" O 190" O 192" O 194" O 196" O 198" O 200" O 202" O 204" O 206" O 208" O 210" O 212" O 214" O 216" O 218" O 220" O 222" O 224" O 226" O 228" O 230" O 232" O 234" O 236" O 238" O 240" O 242" O 244" O 246" O 248" O 250" O 252" O 254" O 256" O 258" O 260" O 262" O 264" O 266" O 268" O 270" O 272" O 274" O 276" O 278" O 280" O 282" O 284" O 286" O 288" O 290" O 292" O 294" O 296" O 298" O 300" O 302" O 304" O 306" O 308" O 310" O 312" O 314" O 316" O 318" O 320" O 322" O 324" O 326" O 328" O 330" O 332" O 334" O 336" O 338" O 340" O 342" O 344" O 346" O 348" O 350" O 352" O 354" O 356" O 358" O 360" O 362" O 364" O 366" O 368" O 370" O 372" O 374" O 376" O 378" O 380" O 382" O 384" O 386" O 388" O 390" O 392" O 394" O 396" O 398" O 400" O 402" O 404" O 406" O 408" O 410" O 412" O 414" O 416" O 418" O 420" O 422" O 424" O 426" O 428" O 430" O 432" O 434" O 436" O 438" O 440" O 442" O 444" O 446" O 448" O 450" O 452" O 454" O 456" O 458" O 460" O 462" O 464" O 466" O 468" O 470" O 472" O 474" O 476" O 478" O 480" O 482" O 484" O 486" O 488" O 490" O 492" O 494" O 496" O 498" O 500" O 502" O 504" O 506" O 508" O 510" O 512" O 514" O 516" O 518" O 520" O 522" O 524" O 526" O 528" O 530" O 532" O 534" O 536" O 538" O 540" O 542" O 544" O 546" O 548" O 550" O 552" O 554" O 556" O 558" O 560" O 562" O 564" O 566" O 568" O 570" O 572" O 574" O 576" O 578" O 580" O 582" O 584" O 586" O 588" O 590" O 592" O 594" O 596" O 598" O 600" O 602" O 604" O 606" O 608" O 610" O 612" O 614" O 616" O 618" O 620" O 622" O 624" O 626" O 628" O 630" O 632" O 634" O 636" O 638" O 640" O 642" O 644" O 646" O 648" O 650" O 652" O 654" O 656" O 658" O 660" O 662" O 664" O 666" O 668" O 670" O 672" O 674" O 676" O 678" O 680" O 682" O 684" O 686" O 688" O 690" O 692" O 694" O 696" O 698" O 700" O 702" O 704" O 706" O 708" O 710" O 712" O 714" O 716" O 718" O 720" O 722" O 724" O 726" O 728" O 730" O 732" O 734" O 736" O 738" O 740" O 742" O 744" O 746" O 748" O 750" O 752" O 754" O 756" O 758" O 760" O 762" O 764" O 766" O 768" O 770" O 772" O 774" O 776" O 778" O 780" O 782" O 784" O 786" O 788" O 790" O 792" O 794" O 796" O 798" O 800" O 802" O 804" O 806" O 808" O 810" O 812" O 814" O 816" O 818" O 820" O 822" O 824" O 826" O 828" O 830" O 832" O 834" O 836" O 838" O 840" O 842" O 844" O 846" O 848" O 850" O 852" O 854" O 856" O 858" O 860" O 862" O 864" O 866" O 868" O 870" O 872" O 874" O 876" O 878" O 880" O 882" O 884" O 886" O 888" O 890" O 892" O 894" O 896" O 898" O 900" O 902" O 904" O 906" O 908" O 910" O 912" O 914" O 916" O 918" O 920" O 922" O 924" O 926" O 928" O 930" O 932" O 934" O 936" O 938" O 940" O 942" O 944" O 946" O 948" O 950" O 952" O 954" O 956" O 958" O 960" O 962" O 964" O 966" O 968" O 970" O 972" O 974" O 976" O 978" O 980" O 982" O 984" O 986" O 988" O 990" O 992" O 994" O 996" O 998" O 1000" O 1002" O 1004" O 1006" O 1008" O 1010" O 1012" O 1014" O 1016" O 1018" O 1020" O 1022" O 1024" O 1026" O 1028" O 1030" O 1032" O 1034" O 1036" O 1038" O 1040" O 1042" O 1044" O 1046" O 1048" O 1050" O 1052" O 1054" O 1056" O 1058" O 1060" O 1062" O 1064" O 1066" O 1068" O 1070" O 1072" O 1074" O 1076" O 1078" O 1080" O 1082" O 1084" O 1086" O 1088" O 1090" O 1092" O 1094" O 1096" O 1098" O 1100" O 1102" O 1104" O 1106" O 1108" O 1110" O 1112" O 1114" O 1116" O 1118" O 1120" O 1122" O 1124" O 1126" O 1128" O 1130" O 1132" O 1134" O 1136" O 1138" O 1140" O 1142" O 1144" O 1146" O 1148" O 1150" O 1152" O 1154" O 1156" O 1158" O 1160" O 1162" O 1164" O 1166" O 1168" O 1170" O 1172" O 1174" O 1176" O 1178" O 1180" O 1182" O 1184" O 1186" O 1188" O 1190" O 1192" O 1194" O 1196" O 1198" O 1200" O 1202" O 1204" O 1206" O 1208" O 1210" O 1212" O 1214" O 1216" O 1218" O 1220" O 1222" O 1224" O 1226" O 1228" O 1230" O 1232" O 1234" O 1236" O 1238" O 1240" O 1242" O 1244" O 1246" O 1248" O 1250" O 1252" O 1254" O 1256" O 1258" O 1260" O 1262" O 1264" O 1266" O 1268" O 1270" O 1272" O 1274" O 1276" O 1278" O 1280" O 1282" O 1284" O 1286" O 1288" O 1290" O 1292" O 1294" O 1296" O 1298" O 1300" O 1302" O 1304" O 1306" O 1308" O 1310" O 1312" O 1314" O 1316" O 1318" O 1320" O 1322" O 1324" O 1326" O 1328" O 1330" O 1332" O 1334" O 1336" O 1338" O 1340" O 1342" O 1344" O 1346" O 1348" O 1350" O 1352" O 1354" O 1356" O 1358" O 1360" O 1362" O 1364" O 1366" O 1368" O 1370" O 1372" O 1374" O 1376" O 1378" O 1380" O 1382" O 1384" O 1386" O 1388" O 1390" O 1392" O 1394" O 1396" O 1398" O 1400" O 1402" O 1404" O 1406" O 1408" O 1410" O 1412" O 1414" O 1416" O 1418" O 1420" O 1422" O 1424" O 1426" O 1428" O 1430" O 1432" O 1434" O 1436" O 1438" O 1440" O 1442" O 1444" O 1446" O 1448" O 1450" O 1452" O 1454" O 1456" O 1458" O 1460" O 1462" O 1464" O 1466" O 1468" O 1470" O 1472" O 1474" O 1476" O 1478" O 1480" O 1482" O 1484" O 1486" O 1488" O 1490" O 1492" O 1494" O 1496" O 1498" O 1500" O 1502" O 1504" O 1506" O 1508" O 1510" O 1512" O 1514" O 1516" O 1518" O 1520" O 1522" O 1524" O 1526" O 1528" O 1530" O 1532" O 1534" O 1536" O 1538" O 1540" O 1542" O 1544" O 1546" O 1548" O 1550" O 1552" O 1554" O 1556" O 1558" O 1560" O 1562" O 1564" O 1566" O 1568" O 1570" O 1572" O 1574" O 1576" O 1578" O 1580" O 1582" O 1584" O 1586" O 1588" O 1590" O 1592" O 1594" O 1596" O 1598" O 1600" O 1602" O 1604" O 1606" O 1608" O 1610" O 1612" O 1614" O 1616" O 1618" O 1620" O 1622" O 1624" O 1626" O 1628" O 1630" O 1632" O 1634" O 1636" O 1638" O 1640" O 1642" O 1644" O 1646" O 1648" O 1650" O 1652" O 1654" O 1656" O 1658" O 1660" O 1662" O 1664" O 1666" O 1668" O 1670" O 1672" O 1674" O 1676" O 1678" O 1680" O 1682" O 1684" O 1686" O 1688" O 1690" O 1692" O 1694" O 1696" O 1698" O 1700" O 1702" O 1704" O 1706" O 1708" O 1710" O 1712" O 1714" O 1716" O 1718" O 1720" O 1722" O 1724" O 1726" O 1728" O 1730" O 1732" O 1734" O 1736" O 1738" O 1740" O 1742" O 1744" O 1746" O 1748" O 1750" O 1752" O 1754" O 1756" O 1758" O 1760" O 1762" O 1764" O 1766" O 1768" O 1770" O 1772" O 1774" O 1776" O 1778" O 1780" O 1782" O 1784" O 1786" O 1788" O 1790" O 1792" O 1794" O 1796" O 1798" O 1800" O 1802" O 1804" O 1806" O 1808" O 1810" O 1812" O 1814" O 1816" O 1818" O 1820" O 1822" O 1824" O 1826" O 1828" O 1830" O 1832" O 1834" O 1836" O 1838" O 1840" O 1842" O 1844" O 1846" O 1848" O 1850" O 1852" O 1854" O 1856" O 1858" O 1860" O 1862" O 1864" O 1866" O 1868" O 1870" O 1872" O 1874" O 1876" O 1878" O 1880" O 1882" O 1884" O 1886" O 1888" O 1890" O 1892" O 1894" O 1896" O 1898" O 1900" O 1902" O 1904" O 1906" O 1908" O 1910" O 1912" O 1914" O 1916" O 1918" O 1920" O 1922" O 1924" O 1926" O 1928" O 1930" O 1932" O 1934" O 1936" O 1938" O 1940" O 1942" O 1944" O 1946" O 1948" O 1950" O 1952" O 1954" O 1956" O 1958" O 1960" O 1962" O 1964" O 1966" O 1968" O 1970" O 1972" O 1974" O 1976" O 1978" O 1980" O 1982" O 1984" O 1986" O 1988" O 1990" O 1992" O 1994" O 1996" O 1998" O 2000" O 2002" O 2004" O 2006" O 2008" O 2010" O 2012" O 2014" O 2016" O 2018" O 2020" O 2022" O 2024" O 2026" O 2028" O 2030" O 2032" O 2034" O 2036" O 2038" O 2040" O 2042" O 2044" O 2046" O 2048" O 2050" O 2052" O 2054" O 2056" O 2058" O 2060" O 2062" O 2064" O 2066" O 2068" O 2070" O 2072" O 2074" O 2076" O 2078" O 2080" O 2082" O 2084" O 2086" O 2088" O 2090" O 2092" O 2094" O 2096" O 2098" O 2100" O 2102" O 2104" O 2106" O 2108" O 2110" O 2112" O 2114" O 2116" O 2118" O 2120" O 2122" O 2124" O 2126" O 2128" O 2130" O 2132" O 2134" O 2136" O 2138" O 2140" O 2142" O 2144" O 2146" O 2148" O 2150" O 2152" O 2154" O 2156" O 2158" O 2160" O 2162" O 2164" O 2166" O 2168" O 2170" O 2172" O 2174" O 2176" O 2178" O 2180" O 2182" O 2184" O 2186" O 2188" O 2190" O 2192" O 2194" O 2196" O 2198" O 2200" O 2202" O 2204" O 2206" O 2208" O 2210" O 2212" O 2214" O 2216" O 2218" O 2220" O 2222" O 2224" O 2226" O 2228" O 2230" O 2232" O 2234" O 2236" O 2238" O 2240" O 2242" O 2244" O 2246" O 2248" O 2250" O 2252" O 2254" O 2256" O 2258" O 2260" O 2262" O 2264" O 2266" O 2268" O 2270" O 2272" O 2274" O 2276" O 2278" O 2280" O 2282" O 2284" O 2286" O 2288" O 2290" O 2292" O 2294" O 2296" O 2298" O 2300" O 2302" O 2304" O 2306" O 2308" O 2310" O 2312" O 2314" O 2316" O 2318" O 2320" O 2322" O 2324" O 2326" O 2328" O 2330" O 2332" O 2334" O 2336" O 2338" O 2340" O 2342" O 2344" O 2346" O 2348" O 2350" O 2352" O 2354" O 2356" O 2358" O 2360" O 2362" O 2364" O 2366" O 2368" O 2370" O 2372" O 2374" O 2376" O 2378" O 2380" O 2382" O 2384" O 2386" O 2388" O 2390" O 2392" O 2394" O 2396" O 2398" O 2400" O 2402" O 2404" O 2406" O 2408" O 2410" O 2412" O 2414" O 2416" O 2418" O 2420" O 2422" O 2424" O 2426" O 2428" O 2430" O 2432" O 2434" O 2436" O 2438" O 2440" O 2442" O 2444" O 2446" O 2448" O 2450" O 2452" O 2454" O 2456" O 2458" O 2460" O 2462" O 2464" O 2466" O 2468" O 2470" O 2472" O 2474" O 2476" O 2478" O 2480" O 2482" O 2484" O 2486" O 2488" O 2490" O 2492" O 2494" O 2496" O 2498" O 2500" O 2502" O 2504" O 2506" O 2508" O 2510" O 2512" O 2514" O 2516" O 2518" O 2520" O 2522" O 2524" O 2526" O 2528" O 2530" O 2532" O 2534" O 2536" O 2538" O 2540" O 2542" O 2544" O 2546" O 2548" O 2550" O 2552" O 2554" O 2556" O 2558" O 2560" O 2562" O 2564" O 20										

ITEM	DESCRIPCION	UNID	CANT	PRECIO	VALOR		
2.0	AJUSTE Y SOLDADURA DE PUENTES DE ACERO (INCLUIR PORTADA)	UNO	3.00	\$ 34,769.00	104,307.00		
3.0	CONCRETO DE PLANTAS DETALLADAS	M3	4.75	\$ 15,233.00	72,356.75		
3.0	ALUMBRADO, INSTALACIÓN Y CONEXIÓN LÍNEAS SOBREPASES PLACERES DE JARDIN	UNO	249.00	\$ 112,897.00	28,111,353.00	Excluido con reducciones	28,111,353.00
	Según solicitud se debe ser con arreglo al código del tipo de luminarias						
4.0	ALUMBRADO, INSTALACIÓN Y CONEXIÓN BARRAS DE MOVIMIENTO PARA TRONCO	UNO	35.00	\$ 224,845.00	7,869,575.00	Excluido con reducciones	7,869,575.00
	Según solicitud se debe ser con arreglo al código del tipo de luminarias						
5.0	ALUMBRADO E INSTALACIÓN DE CABLE ENCASTRADO DE LA ALIMENTACIÓN LÍNEAS, INCLUIR CLAVOS	UNO	276.00	\$ 6,762.00	1,866,312.00		
6.0	SOPORTES DE INSTALACIÓN CONCRETO SOBREPASES TIPO CLASE C	UNO	4.00	\$ 2,028,945.00	8,115,780.00	Excluido con reducciones	8,115,780.00
	Según solicitud se debe ser con arreglo al código del tipo de luminarias						
7.0	ALUMBRADO E INSTALACIÓN DE ANILLOS PULCEROS DE TUBERÍAS Y BARRAS PORTACABLES SOBREPASES	UNO	3.00	\$ 240,235.00	720,705.00	Excluido con reducciones	720,705.00
	Se solicita el código de las luminarias, por favor según cumplimiento de especificaciones técnicas						
8.0	ALUMBRADO E INSTALACIÓN DE LAMPARAS DE ACERO INCAUSTABLE	UNO	3.00	\$ 285,365.00	856,095.00		
9.0	TRONCO PARA BARRAS SOBREPASES	M3	45.25	\$ 9,865.00	446,358.75		
10.0	BOLLOS DE BARRAS PARA INSTALACIÓN BARRAS	M3	260.45	\$ 9,385.00	2,442,689.25	Excluido con reducciones	2,442,689.25
	Se modifica la especificación de dicha actividad						
11.0	ALUMBRADO E INSTALACIÓN CABLE LINEA DE MOVIMIENTO DE JARDIN	M3	1,860.00	\$ 22,225.00	41,338,500.00	Excluido con reducciones	41,338,500.00
	Según solicitud y presupuesto se debe esta actividad no se ejecutará, acorde a requerimientos técnicos y diseño						
12.0	ALICATORIO DE PERSONAL (JARDIN) MANEJO DE JARDIN (3.0 PERSONAS POR DIA, INSTALACIÓN Y MANEJO CONTINUO POR EL PERIODO JARDIN)	UNO	3.00	\$ 30,421,750.00	91,265,250.00	Excluido con reducciones	91,265,250.00
	Acuerdo al trabajo en la construcción, aunque esta actividad como preliminar						
13.0	SERVICIO DE INSPECCIÓN DE BARRAS TUBERÍAS DE BARRAS TUBERÍAS TUBERÍAS A TUBERÍAS DE DISTRIBUCIÓN/INSTALACIÓN DE BARRAS TUBERÍAS ALIMENTACIÓN Y BARRAS TUBERÍAS	UNO	3.00	\$ 3,000,000.00	9,000,000.00	Excluido con reducciones	9,000,000.00
	Según presupuesto técnico, se le permite la ejecución y terminación de esta actividad						
14.0	PRUEBAS HIDRÁULICAS Y ELECTRICAS PARA VERIFICAR EL ESTADO ACTUAL DE LAS BARRAS SOBREPASES	UNO	3.00	\$ 700,000.00	2,100,000.00		
15.0	PLANTACIONES VERTICALES JARDIN COMERCIO	M3	33.00	\$ 30,000.00	990,000.00		
16.0	PLANTACIONES HORIZONTALES JARDIN COMERCIO	M3	27.00	\$ 30,000.00	810,000.00		
17.0	ALUMBRADO E INSTALACIÓN DE BARRAS PARA TRONCO	M3	86.40	\$ 46,400.00	4,009,760.00		
18.0	CONCRETO DE ESTRUCTURA METALICA DE PASEO	M3	87.07	\$ 2,330.00	203,831.00		
19.0	RECONSTRUCCIÓN DE LÍNEA DE CABLE	UNO	33.00	\$ 4,575.00	151,875.00		
20.0	RECONSTRUCCIÓN DE BARRAS	UNO	7.00	\$ 30,000.00	210,000.00		
21.0	RECONSTRUCCIÓN DE BARRAS	UNO	300.00	\$ 3,000.00	900,000.00		
22.0	RECONSTRUCCIÓN DE BARRAS	UNO	3.00	\$ 337,000.00	1,011,000.00	Excluido con reducciones	1,011,000.00
	Según presupuesto se debe ser con arreglo a ejecución esta actividad						
23.0	RECONSTRUCCIÓN DE BARRAS	M3	335.00	\$ 13,000.00	4,355,000.00		
24.0	ALUMBRADO E INSTALACIÓN DE BARRAS PARA TRONCO	M3	36.75	\$ 24,000.00	882,000.00		
25.0	CONCRETO Y RECONSTRUCCIÓN DE BARRAS PARA TRONCO	M3	86.00	\$ 6,925.00	595,525.00		
	Valor no Posible de Ejecutar						
	VALOR COSTO DIRECTO OBRA				\$ 387,389,842.00		\$ 387,389,842.00
	A. I. G.				\$ 387,389,842.00		\$ 387,389,842.00
	SUBTOTAL PROYECTO				\$ 387,389,842.00		\$ 387,389,842.00
	VALOR TOTAL PROYECTO				\$ 387,389,842.00		\$ 387,389,842.00

Esta consideración es de suma importancia pues, teniendo en cuenta que la comunicación de inicio del procedimiento de incumplimiento contractual se dio el 21 de julio de 2021, es evidente que, al menos temporalmente, la UT GMP no presentaba incumplimiento pues teniendo en cuenta las suspensiones desde el reinicio del contrato con la suscripción del otrosí No. 1, no habían transcurrido ni siquiera dos (2) meses de los tres (3) que preveía el contrato como plazo de ejecución. Máxime siendo que las suspensiones no pueden ser imputables al contratista quien se ciñó a lo establecido en el contrato y su anexo técnico para la correcta ejecución de su objeto. Lo anterior se puede corroborar fácilmente con todas las actas de suspensión del contrato y sus respectivas prórrogas que indican que los motivos de suspensión y extensión de las mismas obedecen a que la entidad no cumplía con su carga de delimitar el objeto contractual y además no se pronunciaba sobre los presupuestos relacionados por el contratista de la obra y las actividades no previstas y solicitadas por el PA FFIE.

Por eso, ante el panorama que arroja el artículo 1609 del Código Civil es irrelevante establecer o escudriñar en los hechos para identificar cuál de las partes incumplió primero, porque lo que importa, es que solo la parte que cumplió o estuvo dispuesta a cumplir puede oponerse a los reclamos de una parte incumplida, por lo cual el PA FFIE desde lo sustancial ha deslegitimado su posición para ejercer la acción contractual resolutoria y mucho menos la indemnizatoria. Frente a este punto, vale la pena traer a colación la sentencia SC3666-2021 del 25 de agosto del 2021 con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, que sobre la consecuencia del art. 1609 del Código Civil expone:

“conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza

de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.”

Es indispensable que el Despacho tenga en cuenta que cuando ninguna parte cumple o se dispone a cumplir, se ha interpretado que ambas partes tienen igual derecho a reclamar el cumplimiento o la terminación del contrato y pierden el derecho a reclamar perjuicios a su contraparte. En este caso, PA FFIE no puede demostrar, o por lo menos no lo ha hecho hasta la fecha, que ha estado dispuesta a cumplir el contrato, ni ha desplegado las actividades y conductas que viabilicen que el Contratista culmine las obras.

En conclusión, como quiera que el PA FFIE ha incumplido verdaderas obligaciones correlativas suyas en el marco del Contrato de Obra se puso a sí mismo en mora, o al pendiente de cumplir con esas obligaciones en el plano de la bilateralidad que lo deslegitiman para ejercer ahora la acción indemnizatoria y mucho menos la resolutoria contra la Unión Temporal GMP. Pues la dilación a las respuestas de las solicitudes de adición y prórroga le son imputables como incumplimiento primigenio y condicionante de los retrasos, porque a este transcurso de tiempo impávido de inejecución que provocó los retrasos se le encuentra como causa la demora del PA FFIE de responder, bien accediendo o negando las solicitudes de prórroga.

Conforme con lo expuesto, ruego al Despacho tener como probada esta excepción.

A lo anterior, nos permitimos agregar:

El Comité fiduciario 498 del 28 y 29 de diciembre de 2021 realizó un análisis a los descargos presentados por la U.T. GMP y presentó 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 otrosí modificadorio No. 1, el cual contempló una adición de \$606.495.447, equivalente al **514,30%** y se amplió el plazo de ejecución en DOS (2) meses. 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 modificadorio 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 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.

- 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 debidamente soportados, en un tiempo

TÉRMINOS DE CONDICIONES CONTRACTUALES – INVITACIÓN ABIERTA No. 008 FFIE JULIO DE 2019

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 de 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 atañe.

- El Comité Fiduciario en su comunicación de decisión, presentó 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 concluyó: *“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”*.

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 persistían 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 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 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.

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 en vidas humanas, en incapacidades de personal, en protocolos de bioseguridad, en aumento exponencial de materias primas necesarias para la construcción, etc. Favor tener presente que el Acta de Inicio se firmó el 30 de junio de 2020

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 sobrecostos 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.

Ahora, en el presente caso no se da la recíproca desantención de los compromisos negociales, tal como de desprende del fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 25 de agosto de 2021, magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo, SC3666-2021 Radicación No. 66001-31-03-003-2012-00061-01 (Aprobado en sala de decisión virtual de once de marzo de dos mil veintiuno) Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021), en donde se dijo:

(...) cuando en el referido fallo SC1662-2019, se determinó que la recíproca desatención de los compromisos negociales no era óbice para que cualquiera de los contratantes intentara la resolución del convenio, pero sin indemnización de perjuicios. Ello se logró, como se verá, desde una perspectiva diferente a la utilizada en las mencionadas sentencias de 1978 y 1982, pues, la Corte constató que, en verdad, el ordenamiento y particularmente el Código Civil, no previeron la resolución del contrato para la hipótesis de los mutuos incumplimientos, debiéndose buscar la solución, como ordenan las clásicas reglas de hermenéutica, en la norma que más se asemejara a la situación, siendo ella, el artículo 1546 ibídem.

Por su importancia, se cita un extenso fragmento de dicha sentencia de casación de 2019, que representa el criterio actual y vigente de la Sala, sobre la resolución de los contratos frente a supuestos de mutuo incumplimiento:

“... el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal. En tal orden de ideas, colígese la plena aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 [...] Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado

del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico [...] De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes [...] Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato. Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo. Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predicable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus

compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil. Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual [...] En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido [...] En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento

forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y. mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem. La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales”

4.6. Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, **que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia**

del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior se revalidó expresamente en el muy reciente fallo de casación de 7 de diciembre de 2020 (SC4801), donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

“En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019) ...” (se subraya).

Como corolario, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio. (Resaltado nuestro).

Así las cosas, en el presente caso no se presentó un incumplimiento recíproco, sino un primer incumplimiento de la contratante en lo relacionado con el principio de planeación, el cual puso al contratista en situación de no poder cumplir el 100% en el tiempo establecido en el contrato.

Por lo expuesto, solicito que se declare probada la excepción de contrato no cumplido.

**3.7. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE MI PROCURADO
Y DE LA UNIÓN TEMPORAL GMP, AL HABERSE
CONFIGURADO LA FUERZA MAYOR, LA PANDEMIA POR
COVID 19.**

La pandemia fue revelada, el 30 de enero de 2020, por la Organización Mundial de la Salud -OMS, que identificó el nuevo coronavirus COVID-19, y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional. En Colombia fue declarada por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual el presidente de la República estableció el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional y en consecuencia ordenó un confinamiento preventivo.

La pandemia presentó características de ser externa y ajena a las partes en una relación jurídico negocial, ser imprevista y ser irresistible, es decir, configura jurídicamente un hecho de fuerza mayor. Lo que realmente se configuró en la causa del incumplimiento contractual en los contratos, situación generada no solo en Colombia, sino en el resto de países en el mundo, fueron las decisiones de los gobiernos para declarar el estado de emergencia y correlativamente ordenar el aislamiento preventivo o

cuarentena, que generó que amplios sectores de la economía suspendieran por tiempo indefinido labores, cerraran su operación y **por ende dejaran de tener flujos de caja que les permitieran atender las obligaciones o prestaciones derivadas de los contratos suscritos.** En ese orden de ideas, la fecha fundamental en Colombia para entender el punto de arranque de la crisis contractual originada por el COVID-19 es el 17 de marzo de 2020, momento en el que el presidente Duque expide el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual estableció el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional.

Esto implica que solo se podrá alegar la circunstancia de fuerza mayor originada en el hecho del COVID-19 a contratos que se hayan celebrado antes de esta fecha, pues para todos los contratos suscritos con posterioridad al 17 de marzo de 2020 en Colombia, la pandemia del COVID-19 no sería un hecho extraordinario y sobreviniente, sino que por el contrario sería una circunstancia plenamente conocida y que debió ser considerada al momento de contratar. En este caso, el contrato se suscribió en el año 2019, antes de la pandemia.

El artículo 64 de nuestro Código Civil define como fuerza mayor o caso fortuito al evento imprevisto al que no es posible resistir. La discusión acerca de si hay diferencias entre fuerza mayor y caso fortuito carece de relevancia a estos efectos, porque en nuestra legislación en ambos casos se exonera de responsabilidad al deudor que no ha satisfecho la prestación a su cargo, si el evento es tanto imprevisible como irresistible (y ajeno al demandado).

La Fuerza Mayor consiste en hechos extraordinarios, imprevisibles e insuperables que, producidos con posterioridad a la celebración del contrato, impiden la ejecución del negocio jurídico pactado. Se constituyen en un obstáculo insuperable para dar cabal cumplimiento a las prestaciones derivadas del negocio jurídico. La fuerza mayor y el caso fortuito constituyen

causales de exoneración de responsabilidad aplicables a toda clase de obligaciones, deriven éstas de contratos de tracto sucesivo o, tengan su causa en contratos de ejecución instantánea. Se predicen sobre la base de circunstancias externas, ajenas al demandado, que le impiden cumplir el contrato o la prestación de que se trate. Por regla general su ocurrencia determina que el demandado no se haga responsable del daño general.

La pregunta entonces es si una circunstancia como la existencia del covid-19 o el conjunto de las medidas asociadas a esta pandemia, cumplen con los requisitos de la imprevisibilidad e irresistibilidad, tal como los define la jurisprudencia, para constituir causa extraña (o en su defecto una causal de justificación), si se tiene en cuenta el avance progresivo de la enfermedad que permitió prever en cuestión de semanas, a partir de lo que ocurría en otros países, los efectos que tendría en Colombia.

El COVID sí se configura como una causal de fuerza mayor. Esto se puede afirmar si se tiene en cuenta que se trató de un hecho imprevisible, irresistible y exterior originado con posterioridad a la firma del contrato. En este caso específico, el contrato se suscribió en el año 2019, siendo objeto de varias suspensiones por falta de planeación de la entidad y de definición del alcance contractual. El COVID 19 se presentó en el año 2020 y se extendió por mucho tiempo. Reactivar una obra que está suspendida es un asunto complejo, pero en ese período de pandemia era aún más difícil, porque se dificultaba volver a reenganchar al personal, obtener los suministros a tiempo, cumplir las normas del PAPSO. El COVID 19, no solo representa en sí el virus SARS-CoV-2, el cual fue el causante de la pandemia, sino los hechos que se desencadenaron con su aparición, como el miedo o pánico que tenían las personas de salir de sus casas; las decisiones legislativas y administrativas adoptadas por el gobierno colombiano, las que, en muchos casos, implicó aislamientos obligatorios. Así mismo, aumentó el hambre y la pobreza. Hubo dificultades en el

transporte, debido a las restricciones de entrada o salida de vehículos de las ciudades. Por los cuidados sanitarios que debían cumplirse obligatoriamente (PAPSO), los ritmos de trabajo se hicieron lentos, entre otros muchos aspectos.

Descendiendo al caso concreto, es indudable que hubo afectaciones en tiempo por una fuerza mayor, COVID 19, que no fue reconocido por el demandante, quien, hasta ahora, no ha probado el nexo causal entre el perjuicio reclamado y la actuación de mi procurado y la Unión Temporal GMP. La verdad, es que esas obras no se pudieron culminar por causas ajenas, en primer término, por el incumplimiento del demandante y, en segundo lugar, por los retrasos que se generaron con la aplicación de las medidas de sanitarias ordenadas por el Gobierno Nacional – PAPSO- y las dificultades antes señaladas.

Esta circunstancia de fuerza mayor rompió el nexo causal, y configuró un eximente de responsabilidad para el demandado.

Por lo anterior, solicito que se acceda favorablemente a esta excepción.

3.7. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN U OMISIÓN DE LOS DEMANDADOS Y LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL ACTOR

Al haberse presentado una causa extraña, eximente de responsabilidad, como lo fue el COVID 19, que se cataloga de fuerza mayor o caso fortuito, no se puede decir que la no terminación de las obras es imputable a la conducta u omisión de los demandados.

El artículo 1616 del Código Civil dice:

“Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

Para que exista la responsabilidad se requiere de tres elementos: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado.

La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no puede haber el juicio de responsabilidad.

Ahora, la jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor. El nexo de causalidad es un elemento autónomo del daño y del fundamento que no admite, ningún tipo de presunción como sí lo admite la culpa o la falla.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia del 2 de mayo de 2002, expediente 13477, dijo lo siguiente:

“El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado...”

Por lo anterior, en este caso debe prosperar la excepción de falta de nexo causal por fuerza mayor o caso fortuito, o por no haberse probado este.

3.8. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Coincidimos con el apoderado del garante en esta excepción, cuando dice:

Cuando se revisan los informes de la Interventoría y los reportes periódicos de la supervisión encomendada por el mismo PA FFIE aportados por el extremo actor, se encuentra que el demandante aduce que los retrasos que se imputan a la Unión Temporal GMP ascienden a más del 80%. Sin embargo, si se contrastan dichos reportes de interventoría con lo verdaderamente ejecutado por el contratista de acuerdo con la realidad del contrato, se evidencia que dicho incumplimiento no constituye, ni aritmética, ni porcentualmente en ninguna medida un incumplimiento esencial del contrato. Por el contrario, se observa que el retraso es mínimo, incluso, es de menos del

5%. Lo que implicaría que en este caso no existe prueba del incumplimiento esencial que tenga fuerza resolutoria, tal como lo quiere hacer ver la demandante.

Para el análisis de esta excepción, el Despacho deberá tener en cuenta, que en múltiples elementos documentales aportados por el extremo actor hay reportes, a modo de informes y comunicados diversos emitidos por la Unión Temporal GMP, en donde se demuestra de forma suficiente que el retraso es mínimo en la ejecución material de las actividades. Por ejemplo, en el oficio 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-1392 del 28 de julio de 2021, se aclara el porcentaje real de cumplimiento de la siguiente forma:

Sobre los porcentajes de avance de obra (ejecutado vs programado) como primera aclaración, indicamos y reiteramos que lo relacionado por la interventoría no corresponde con lo ejecutado por el contratista de obra de conformidad las diferentes restricciones técnicas generadas en el proyecto. En este sentido, según fue notificado y expresado, la presente institución educativa ha sido sujeta de revisión y modificación del *balance presupuestal*, condicionando así los frentes de trabajos y actividades al generarse **ítems no previstos** y **nuevos alcances contractuales**. De esta manera, conforme las actividades que se podían ejecutar por el contratista de obra al no presentar restricciones, tenían una ejecución **85% ejecutado**, frente a un porcentaje **programado del 90%** y un aparente porcentaje de **atraso del 5%** de conformidad con la programación de obra socializada y aprobada por las partes, no imputable a nuestra Empresa.

**Documento: Oficio 2021-GMP-UTG-FFIE-EV-EX-CO-1392 del 28 de julio de 2021 dirigido al FFIE por parte de la UT GMP*

Para entender este argumento, es fundamental explicar el concepto de incumplimiento esencial, que vendría a ser ese incumplimiento que afecta los elementos de la esencia del contrato y las obligaciones principales del mismo, no es entonces el incumplimiento insustancial, leve o menor, ya que, bajo esta óptica, la del incumplimiento esencial, según el Doctrinante Vidal Olivares en su obra *El incumplimiento resolutorio en el código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*, determina “la resolución procede frente al incumplimiento que priva sustancialmente al acreedor de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando el resultado hubiere sido razonablemente previsible para el deudor al momento de su celebración.”

En nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en de las normas del Código Civil y de Comercio en su estado actual, no desarrollan literalmente la procedencia de la figura o precepto del incumplimiento esencial, pero, al revisar el art. 973 del Código de Comercio, que reza, en su primer inciso:

“El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.”

Por lo anterior, solicito que se acepte la excepción de INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

3.9. IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

El artículo 1600 del Código Civil dice:

“ARTÍCULO 1600. PENA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”

En este caso el demandante pretende que se le reconozca la pena y la indemnización de perjuicios, lo que no es procedente, conforme al artículo 1600 del Código Civil citado, salvo que así lo hayan pactado las partes en el contrato, lo que no ocurrió en este caso.

Por lo anterior debe prosperar la excepción de IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

3.10. SUBSIDIARIA: REDUCCIÓN CLÁUSULA PENAL

Si las anteriores excepciones no llegaren a prosperar solicito al Despacho que aplique las normas sobre reducción de la cláusula penal pecuniaria.

La proporcionalidad, como lo ha dicho el Consejo de Estado, se aplica no sobre el valor del perjuicio, sino sobre el porcentaje ejecutado, de tal forma, que se el contratista ejecutó un 40%, la pena pactada se reduce en ese porcentaje. Así lo ha dicho el Consejo de Estado en varias sentencias, como en el fallo de la Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, de fecha 13 de noviembre de 2008, radicado 17009, en donde se señala:

De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de ejecución del contrato que haya realizado el deudor.

En este caso tendría que reducirse la cláusula penal en un 95%.

La proporcionalidad de la cláusula penal está consagrada en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad.

3.11. EXCEPCIÓN ECUMENICA

Como está previsto en la Ley, el Juez, que conoce del proceso, de encontrar probados los hechos que constituyen una excepción distinta a las aquí alegadas deberá reconocerlas de oficio con las limitaciones impuestas por la ley.

IV. OBJECCIÓN A JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA DEMANDA

Nos acogemos a la objeción al juramento estimatorio que realizó el garante, en los siguientes términos:

1. No hay aun en el proceso ningún medio de prueba que dote de objetividad el cálculo prospectivo del que se vale el abogado del PA FFIE, para estimar los perjuicios causados con ocasión de la reasignación de obras y servicios adicionales de supervisión integral del contrato, que según él alcanzan una suma exorbitante, de aproximadamente \$21.828.942. La inexactitud es total, toda vez que

ninguna de las pruebas documentales que aportaron ofrecen elementos de juicio relacionados que acrediten los costos de la reasignación.

2. Además, se afirma que parte de los perjuicios por reasignación comprenden unos costos adicionales en que incurrió el PA FFIE porque tuvo que reasignar los proyectos con el fin de terminar las obras contratadas, pero también asignar un nuevo Supervisor, lo cual llama mucho la atención porque no se explica nunca, de qué forma, el supuesto incumplimiento el Contratista de obra, provoca la necesidad de cambiar a los contratistas supervisores, ni cuál es la relación de causalidad.
3. Se pretende el reconocimiento de \$144.887.559 por concepto de cláusula penal cuando este concepto está expresamente excluido de amparo de acuerdo con el condicionado general del contrato de seguro. Es decir, se pretende el reconocimiento de un rubro que no tiene sustento probatorio alguno en la medida en que esta textualmente excluido y no hay lugar a su reconocimiento. Ello sin perjuicio de que, como se probará en este escrito y en el curso del proceso, aun cuando la cláusula penal no está amparada, tampoco hay lugar a su imposición dado que el incumplimiento del contratista se debe al incumplimiento previo de la contratante en conjunto con la crisis derivada de la pandemia del Covid-19.

Es decir que la inexactitud en este caso se da por una sobreestimación que no tiene respaldo fáctico porque las pretensiones estimadas juradamente omiten el aglutinamiento del concepto de la cláusula penal por una suma de \$144.887.559, más la de las supuestas reasignaciones por valor de

\$21.828.942, que sumadas dan \$166716501, pero los valores de perjuicios de reasignación carecen de respaldo probatorio.

V. MEDIOS DE PRUEBA

A) DOCUMENTALES

Sírvase Señor Juez, tener como pruebas documentales de esta contestación de la demanda las pruebas aportadas por la demandante y por los demás sujetos procesales.

B) INTERROGATORIO DE PARTE

Solicito al Despacho, que decrete y practique en la fecha y hora que tenga a bien señalar, llamar al señor representante legal de la sociedad fiduciaria que actúa como vocera del patrimonio autónomo del FFIE, quien se localiza en las direcciones físicas y electrónicas, así como los teléfonos celulares que indicaron en la demanda incoada, para que absuelva interrogatorio que verbalmente le formule sobre los hechos de la demanda, la contestación de la demanda y las excepciones de fondo o merito formuladas para desvirtuar la demanda.

ANEXOS

Me permito anexar las pruebas documentales enunciadas en el acápite de medios de prueba y, respecto al poder al suscrito para actuar, este ya fue aportado al despacho.

NOTIFICACIONES

A LA DEMANDANTE Y A LOS DEMANDADOS, En las direcciones enunciadas en la demanda.

Al suscrito apoderado de los demandados, **ALVARO MEJIA MEJIA** al correo electrónico alvaromejia_1@hotmail.com y, al cel. No. 3155484985.

De Usted, señor Juez, con todo respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alvaro Mejia Mejia', with a large, sweeping flourish extending from the end.

ALVARO MEJIA MEJIA

C.C. N°.7.545.114

T.P. 51.873 del C. S. J.