

CONCEPTO DE VIABILIDAD FAVORABLE

PROCESO: SANCIONATORIO
RADICADO: CONTRATO DE OBRA NRO. 292-2022
CONTRATANTE: FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ DEL
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA
REPÚBLICA
CONTRATISTA: PROYECTO ALTAMIRA S.A.S.
GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Apreciado Dr. Diego Pérez:

Comedidamente presentamos un análisis relacionado con la viabilidad de iniciar un medio de control de controversias contractuales contra el Fondo De Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia con el fin someter a control judicial la Resolución 1194 de fecha diciembre 14 de 2022 a través de la cual declaró el incumplimiento parcial del Contrato FP 292 de 2022, ordenando hacer efectiva la cláusula penal en la suma de \$151.073.667,24, decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023.

Resumen de los aspectos fácticos y del trámite procesal:

Entre el Fondo de Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo Paz, en adelante Fondo Paz e INVERSIONES Y PROYECTOS ALTAMIRA S.A.S. se suscribió el Contrato de Obra No. FP-292 de 2022, con el objeto de: *"AMPLIACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA, DEPORTIVA Y RECREATIVA DEL CORREGIMIENTO DE RAUDAL VIEJO, DEL MUNICIPIO DE VALDIVIA EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA EN EL MARCO DEL PLAN DE RESPUESTA INMEDIATA – PRI COMO PRIORIZACIÓN DEL PLAN ESPECIAL DE INTERVENCIÓN INTEGRAL – PEII DE LA ZONA FUTURO DEL BAJO CAUCA Y SUR DE CÓRDOBA"*.

Fondo paz, el 24 de febrero de 2023 mediante correo electrónico remitió citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con fundamento en el informe No. 1 y 2 en formato FB-S67 versión 3 de la interventoría donde se reporta un incumplimiento por parte del contratista Inversiones y Proyectos Altamiras S.A.S. *"debía ejecutar la obra de ampliación de infraestructura, deportiva y recreativa del corregimiento de raudal viejo, del municipio de Valdivia-Antioquia de acuerdo con las especificaciones técnicas contenidas en el Anexo Técnico 1 que hace parte integral del contrato. Sin embargo y de acuerdo con lo informado por la interventoría, después del 18 de noviembre de 2022, el contratista de obra no volvió a responder correos electrónicos, llamadas, citaciones a reunión, no hizo presencia en el lugar de la obra, no allegó las hojas de vida del personal mínimo requerido para la ejecución de la obra"*. Obra que no fue ejecutada pues presentó un avance del 0%.

Dentro del curso del proceso, el contratista presentó sus descargos en los que en síntesis indicó que, por temas de fuerza mayor y caso fortuito no se logró cumplir con el objeto contractual. Toda

vez que cuando intentaron ingresar al lugar de ejecución de la obra el residente de obra se encontró con un grupo de personas quienes lo interrogaron sobre su presencia en el lugar, así mismo le indicaron que no se hacían responsables de la seguridad del personal, ni de materiales por lo que éste no volvió más al lugar. Así mismo se vieron afectados por la ola invernal que ocasionó daños en las vías de acceso lo que dificultaba la posibilidad de llegar hasta el sitio. Para ello adjuntaron el acta del Consejo de Seguridad.

Adicionalmente señalaron que:

En tal caso de la negativa por parte de nosotros a la entrega de información y a la no solicitud de prórroga es un error que aceptamos como tal. Por tal motivo, ya que el tiempo contractual ha terminado y que la interventoría no cuenta con recursos. De manera muy amable solicitamos que nos den un periodo de tres (3) meses, para lo ejecución de dicho proyecto asumiendo nosotros los costos de la interventoría. (sueldos, viáticos y transporte sin AIU). De igual manera nos comprometemos a actualizar todas las pólizas y a acatar toda decisión que se tome o que salga de esta citación.

Es decir que el incumplimiento en la ejecución de la obra se dio por un tema de fuerza mayor y caso fortuito. Sin embargo, el Fondo Paz accedió a iniciar mesas de trabajo para llegar a un acuerdo con el contratista, es último quien finalmente propuso como arreglo directo la figura de realizar un contrato de transacción, pero el Comité de Conciliación del DAPRE *“recomendó no utilizar la transacción, sino continuar con el proceso de incumplimiento y explorar otras formas de arreglo directo”*.

Por lo anterior, se continuó con la audiencia de incumplimiento en donde el contratista reafirmó la existencia de inconvenientes ajenos a su voluntad, pero está presto a firmar el acuerdo de transacción, sin embargo, la interventoría señaló que el contratista *“no contestaron los llamados de la interventoría para firmar el posible contrato de transacción y que en estos momentos se desistió de dicho mecanismo ya que no hubo garantías”*. Por lo que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo directo la entidad contratante decidió declarar el incumplimiento del contratista. Decisión que fue confirmada por Fondo Paz a través de la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023.

ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE PRESENTAR MEDIO DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Analizando las probabilidades de éxito de un medio de control evidenciamos que contamos con argumentos fácticos y jurídicos que eventualmente modificarían la decisión. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

En **primer lugar**, se evidencian vicios de nulidad que afectan directamente el contenido de los actos administrativos expedidos por el Fondo Paz, esto es, la Resolución 1194 de fecha diciembre 14 de 2022 y la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023. Lo anterior ello se materializa en la desviación de poder, emisión sin competencia, y desconociendo de las normas en que debía fundarse. Lo anterior toda vez que, la falta de competencia del Fondo de Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en realizar el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Toda vez que, la naturaleza del Fondo Paz es privada y permite concluir que no le está dado arrogarse facultades o

potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP, tal y como lo sería la imposición de la cláusula penal y declaratoria de incumplimiento. Adicionalmente, en el contrato de obra No. FP-292 del 2022 se estableció que en el evento de requerirse hacer efectiva la cláusula penal y este no pudiese ser debitado por el Fondo Paz de los saldos a favor del contratista se cobraría por la jurisdicción coactiva o por el procedimiento para tal efecto señale la ley, que se realizará a través del **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** y guardó silencio frente a la posibilidad de ser adelantando por el Fondo Paz, razón por la cual este último no se puede atribuir una facultad que no le ha sido otorgado.

En cualquier caso, si existiere una disposición contractual en ese instrumento, que le permita de forma unilateral al Fondo Paz arrogarse esa facultad, o establecer un procedimiento contractual para declarar de forma autógena el incumplimiento, tal estipulación resulta ineficaz por ministerio del artículo 13 del Código general del proceso que señala lo siguiente:

ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

De lo anterior, es fácil colegir que así en el negocio contractual se hubiese estipulado que el Fondo Paz podría iniciar el proceso sancionatorio de cumplimiento de manera unilateral, esta iría en contravía de las disposiciones legales que rigen la materia, pues es muy claro que dichas actuaciones únicamente proceden para entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, y no para entidades con regímenes privados como es el caso. Esta consecuencia -que también se conoce como la ineficacia en sentido estricto – también se extiende a la posibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro, en caso de que en el contrato de obra se hubiere estipulado algo semejante.

Ahora bien, con el fin de desglosar lo señalado en el acápite anterior, es pertinente señalar lo siguiente:

El Fondo Paz de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 386 de 1997, es una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, **sin personería jurídica**, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones. Al respecto el mentado artículo dice:

ARTÍCULO 9º. Creación y naturaleza jurídica. Créase el Fondo de Programas Especiales para la Paz, como una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica, administrada como un sistema separado de cuentas.

Ahora bien, por disposición normativa el “Director” del Fondo es el ordenador del gasto, en virtud de la delegación que le otorga el Director del DAPRE y por lo tanto, tiene la capacidad de celebrar contratos. Al respecto el artículo 13 de la Ley 386 de 1997 reza:

ARTÍCULO 13. Dirección. Para su dirección, el Fondo contará con un Director quien será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción. **El Director del Fondo será el ordenador del gasto, en virtud de la delegación que le otorgue el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.** (negrilla y subrayada por fuera del texto original).

Lo anterior, en consonancia con lo señalado en el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1081 de 2015 Sector Presidencia de la República, el cual señala que:

ARTÍCULO 2.2.2.1.2. Funciones del Director. Para el cumplimiento de los objetivos del Fondo de Programas Especiales para la Paz, el Director tendrá las siguientes funciones:

(...)

1. Dirigir, controlar y coordinar la acción administrativa del Fondo.
 2. Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de las funciones del Fondo y proponer al Gobierno Nacional y al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República las que fueren de competencia de éstos.
 3. Cumplir y hacer cumplir las decisiones y normas expedidas por el Gobierno Nacional y el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en temas relacionados con el funcionamiento y desarrollo del Fondo.
 4. **En virtud de la delegación que le otorgue el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República celebrar los contratos y efectuar los pagos, que se requieran para el desarrollo del objeto y funciones del Fondo.**
 5. Promover la obtención de recursos financieros, de cooperación nacional e internacional, para el cumplimiento del objeto y funciones del Fondo de Programas Especiales para la Paz.
 6. Las demás que le asigne la ley, el Gobierno Nacional y el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- (...) (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

Es decir que dentro de las sus funciones del Director del Fondo Paz se establece la de celebrar contratos y efectuar los pagos, que se requieran para el desarrollo del objeto y funciones del Estado, el cual concuerda con el objeto establecido en el Contrato de Obra No. FP-292 de 2022. Razón por la cual, es claro hasta este punto que el Director cuenta con la plena competencia de celebrar este tipo de contratos, sin embargo, nada dice sobre la facultad para expedir actos administrativos relacionados con las contrataciones que se adelantes, por lo que desde esta oportunidad se evidencia que este miembro directivo no tiene la función legal ni reglamentaria de iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual, imponer multas o declarar directamente el incumplimiento a través de un acto administrativo.

Ahora bien, no se desconoce que la figura de delegación se encuentra permitida en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 9 y ss de la Ley 489 de 1998, la cual permite que las autoridades administrativas puedan delegar algunas funciones en sus colaboradores o a otras autoridades sin que se pierda la naturaleza del delegado ni del delegatario, es decir esta acción se podrá llevar a cabo sobre autoridades con funciones afines al Estado o complementarias. Al respecto el mencionado artículo refiere:

ARTÍCULO 9.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, **directores de departamento administrativo**, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa **podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados**

por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley. (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

Del texto anterior, por sustracción de materia nos permite concluir que la delegación efectuada entre el Director del DAPRE al Director del Fondo Paz, se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la normatividad vigente, únicamente para suscribir contratos que se requieran para desarrollar el objeto y funciones del Fondo, mas no para expedir actos administrativos en relación a la ejecución de dichos negocios contractuales, pues nada se dijo al respecto y no puede el Fondo de manera apresurada extralimitarse de las funciones previamente conferidas máxime cuando se trata de una delegación con unas funciones específicas.

Ahora bien, en virtud de esa delegación con funciones específicas, no puede perderse de vista que en virtud de lo señalado en el numeral 6 del artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1081 de 2015 puede existir la posibilidad de que el Director del DAPRE haya delegado al director del Fondo Paz la función de expedir actos administrativos en el marco de ejecución de los contratos celebrados. Sin embargo, en el resumen relacionado en el acto administrativo No. 1194 del 2023 que declaró el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro, el Fondo arguye que le asiste competencia por que se le delegó dicha función por el Director del DAPRE, al respecto se dijo que:

“Que mediante la Resolución 0184 del 01 de marzo del 2023, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica delega en el Director del Fondo Paz, la ordenación del gasto para todos los actos y contratos que se ejecuten en cumplimiento de sus funciones y reglamenta como se cita a continuación”:

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO. Esta delegación comprende además la suscripción de contratos, convenios interadministrativos, convenios de cooperación y demos acuerdos de voluntades sin cuantía o que no comprometan el presupuesto de la Entidad, así como la suscripción de convenios o acuerdos que se celebren con organismos y entidades internacionales, con otros estados o gobiernos o con agendas gubernamentales de aquellos, así como la suscripción de los documentos relacionados con la ejecución v cumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos. cuando el objeto corresponda al objeto v funciones del Fondo de Programas Especiales para la Paz. (...)(El subrayado dentro del texto original)

Sin embargo, en el texto anterior se evidencia que hacen especifica relación a la “*suscripción de los documentos relacionados con la ejecución y cumplimiento*” pero la palabra “documentos” no puede asemejarse a actos administrativos. Pues este último debe cumplir con ciertas formalidades de forma y fondo que lo llevan a la vida jurídica no siendo un mero documento. Entre ellos podemos encontrar, el sujeto – la voluntad – el objeto – el motivo – el fin y la forma los cuales generan o niegan derechos y obligaciones. Diferente a un documento que la mera palabra no constituye la creación de un acto administrativo, pues existen un sinnúmero de denotaciones. Al respecto la real academia ha señalado que la palabra documento refiere a:

“**documento.**

(Del lat. *documentum*).

1. m. Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos.
2. m. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.

3. m. desus. Instrucción que se da a alguien en cualquier materia, y particularmente aviso y consejo para apartarle de obrar mal”

Es decir que no puede entender que con la delegación anteriormente señalada ya se le haya otorgado la facultad de expedir actos administrativos, pues los mismos no constituyen la creación de un mero documento, sino que este por el contrario es especial pues produce efectos jurídicos especial sobre quien recae. Es por ello por lo que el legislador no lo denominó documento sino acto administrativo el cual, que de acuerdo con el concepto de la función pública es:

“El acto administrativo ha sido definido como *“la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados” (cursiva propia del documento original)*¹.

Así las cosas, no se evidencia que exista la facultad o delegación expresa al Director del Fondo Paz para expedir actos administrativos ni muchos que este pueda adelantar el procedimiento sancionatorio de cumplimiento, imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal o declarar la ocurrencia del siniestros, máxime cuando la normatividad es clara en señalar que estas disposiciones deben hacer a través de actos administrativos, ya sea por lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o lo consignado en el inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

El Fondo Paz por normatividad expresa todos los contratos que celebre se regirán por las reglas del derecho privado, como lo refiere el artículo 15 de la Ley 434 de 1998:

Artículo 15. **Régimen de Contratación. Para todos los efectos, los contratos celebrados, con cargo a la cuenta del Fondo de Programas Especiales para la Paz se regirán por las reglas del derecho privado.** (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

Así mismo el artículo 2.2.2.1.3 del Decreto 1081 de 2015 sector presidencia de la república señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.2.1.3. Régimen jurídico de sus operaciones, actos y contratos. Los actos, operaciones, contratos y convenios que celebre el Director del Fondo de Programas Especiales para la Paz, en virtud de la delegación conferida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 716 de 1994, así como en desarrollo de su objeto, **sólo se someterán a las normas que rigen la contratación entre particulares, sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 y las que las modifiquen y adicionen.** (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

De lo anterior, es fácil concluir que los contratos celebrados por el Fondo Paz se regirán por las reglas de contratación del derecho privado aún más si se considera que en el cuerpo del contrato se estipuló que el mismo se regía por las normas civiles y comerciales colombianas, sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993, tal y como se expone a continuación:

¹ Concepto 175571 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública. Fecha: 09-05-2023. Radicado No.: 20236000175571

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN

Los contratos suscritos por FONDO PAZ se someterán a las normas que rigen la contratación entre particulares, y sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 y las que las modifiquen y adicionen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 716 de 1994, el artículo 15 de la Ley 434 de 1998 y el artículo 2.2.2.1.3, del Decreto 1081 de 2015.

Por consiguiente, el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado, y la relación contractual entre las partes se rige por los principios del derecho privado, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los co-contratantes, de modo que a los particulares les estaría vedada la posibilidad de ejercer potestades unilaterales o exorbitantes que son propias de las entidades públicas. Así lo ha considerado unívocamente el Consejo de Estado al prohibir pactar cláusulas exorbitantes en contratos regidos por el derecho privado como la caducidad, imposición de multas, liquidación unilateral, entre otras.

Ahora, nótese que el curso del proceso sancionatorio de cumplimiento dio un giro anormal, pues en un principio se trató de culminar el mismo a través de la figura de un contrato de transacción en la que el contratista se comprometía a ejecutar el 100% de las actividades y adicionalmente a asumir los costos de la interventoría, pero este finalmente no se logró por cuanto no se llegó a un acuerdo. Razón por la cual, la entidad contratante primero agotó el procedimiento pactado entre las partes consignado en la cláusula Décimo Novena del contrato, bajo el régimen de las normativas del sector privado y al no tener una solución efectiva, aplicó erróneamente el inciso final de la cláusula séptima del mentado negocio jurídico que reza así:

SÉPTIMA. - CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerdan libre, expresa e irrevocablemente la causación y efectividad de la Cláusula Penal Pecuniaria en caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, esté se obliga a pagar a LA ENTIDAD una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, a título de indemnización anticipada de perjuicios que Fondo Paz llegare a sufrir en caso de incumplimiento y demás perjuicios que se deriven. El pago del valor acá señalado a título de clausula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento, razón por la cual FONDO PAZ tendrá derecho a obtener del contratista el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que sé que hayan derivado de dicho incumplimiento. El pago del valor de la pena se tomará del saldo a favor del CONTRATISTA, si los hubiere, y si no, de la garantía constituida a favor del Fondo, y si esto último no fuere posible, se cobrará por la jurisdicción coactiva o por el procedimiento que para tal efecto señale la ley, que se realizará a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Del texto anterior es fácil colegir que para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria el Fondo Paz tendría la opción de obtener el pago directo a través de deducciones de los saldos en favor del contratista y si no se lograba por dicho trámite, entonces sería el **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** quien a través de la jurisdicción coactiva o por otro procedimiento quien haría efectiva dicha cláusula. Es decir, tal y como quedó pactado en el contrato de obra, es el DAPRE la entidad que eventualmente podría haber iniciado el proceso sancionatorio de cumplimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 máxime cuando es una entidad estatal sometida al Estatuto de Contratación y no el Director del Fondo Paz quien no tiene la facultad legal para hacerlo. Acreditándose con ello la **falta de competencia, como principal causa de**

nulidad por expedir un acto administrativo sin se la entidad competente. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que:

NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA / VALIDEZ DE ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD [L]a competencia, entendida como un elemento de validez de los actos administrativos, cobra vital importancia en el análisis de legalidad de estos, puesto que, si bien como se precisó en el extracto jurisprudencial trasuntado, aquel no es intrínseco a la estructura y contenido de la decisión, sí lo es frente a la limitación de las potestades de cualquier autoridad para definir determinada situación jurídica. Lo anterior significa que la competencia se acompasa a lo que resultaría ser el marco de acción de las entidades públicas, el cual previamente debe estar definido por la Ley, ello con el fin de que estas puedan reglamentar, ejecutar o concretar los postulados de las normas superiores con estricta sujeción de las facultades, funciones y capacidades que cada una tiene en virtud de su propia naturaleza y conforme a las condiciones de su creación. [...] [E]l mentado factor de validez necesariamente se relaciona con el principio de legalidad, en tanto el hecho de delimitar qué autoridad debe resolver un asunto específico, se constituye en una restricción indispensable en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, habida cuenta de que propende por garantizar la uniformidad en el actuar de su agentes, precaver el ejercicio arbitrario del poder público, dar prevalencia a la igualdad material ante la administración y consolidar el rango jerárquico de los entes públicos en razón de la relevancia de los asuntos a resolver y su necesidad de legitimidad, discusión democrática y nivel de responsabilidad. [...] [L]a falta de competencia de una entidad para proferir una decisión puntual, debe ser la primera causal de estudio en un juicio de legalidad. Esto en atención a que aquel presupuesto a pesar de ser en esencia formal, surte efectos sustanciales en la materia objeto de definición, toda vez que el desconocer la reserva del constituyente, la reserva legal o la reserva reglamentaria, implica que se atenta en contra del propio ordenamiento jurídico y su esquema de sujetos con facultad regulatoria, al punto de afectar de entrada la validez del acto administrativo al margen incluso de la verificación sobre las normas aplicadas, su motivación, su expedición irregular o con desviación de poder. [...]²

Bien ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que los actos administrativos que sean expedidos por una autoridad no competente afectan uno de los elementos de su validez, pues desborda las limitaciones de las potestades de la autoridad, llevando esto incluso a una desviación de poder, pues no se encuentra facultado para ejercer dicha función y aprovechándose de su condición de Directivo expide el acto administrativo. Generando con ello, un fin distinto al estipulado por el ordenamiento jurídico, pues para ello se han organizado en cada jurisdicción, dependiendo de la calidad de las partes, los mecanismos que estos tienen para hacer efectiva las cláusulas penales, multas por incumplimiento de la otra parte. Siendo así no puede una entidad con régimen privado utilizar el procedimiento establecido por las leyes de régimen para entidades públicas, cuando su propio régimen trae el procedimiento a seguir, esto es un desconocimiento a las leyes nacionales y atribución de facultades que no le corresponden

Ahora bien, en el proceso ni siquiera se cumple con lo señalado en jurisprudencia reciente del Consejo de Estado en donde permitió que la Unidad Administrativa Especial, aunque no suscribió el contrato directamente iniciara el proceso sancionatorio en virtud de que tiene intereses legítimos en los contratos que celebran los Fondos especiales. Que en el caso en concreto sería el DAPRE el legitimado para iniciar el proceso en virtud del interés que le asiste por el contrato que suscribió el Fondo Paz. Al respecto señala lo siguiente:

“(...)

² Sentencia del Consejo de Estado. Sucesion Segunda - Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00163-02(4789-18). Fecha: 22 de julio de 2021.

De una parte, por disposición legal, el director de la UNGRD puede disponer y comprometer sus recursos; de otra parte, este funcionario tiene la competencia para expedir actos administrativos en el marco de la ejecución de los contratos en los que participa el fondo y, finalmente, en virtud de la convención que ocupa la atención de la Sala, la Unidad también puede asumir obligaciones relacionadas con el trámite sancionatorio.

(...)³

Por lo anterior, quien eventualmente podría haber iniciado el proceso sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es el Director del DAPRE y no el Director del Fondo Paz pues este último no tiene la virtud de proferir actos administrativos sino que únicamente se le delegó la función de celebrar contratos para el cumplimiento del objeto del Fondo y así suscribir documentos relacionados con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Siendo así, concluye también una **falsa motivación -como otro vicio de nulidad-** pues el Fondo Paz no tenía la disposición de desconocer las reglas bajo las cuales se pactó el contrato de obra, esto es las reglas del derecho privado ni mucho menos exceder sus competencias y proferir actos administrativos de carácter sancionatorio. Es decir que el acto administrativo fue expedido con falta de motivación, pues los argumentos utilizados para acreditar la competencia del Director del Fondo Paz para iniciar el procedimiento sancionatorio de cumplimiento, no corresponde a lo señalado en la legislación. Porque en los contratos regidos por el derecho privado impera la autonomía de la voluntad, ello de ninguna manera puede vulnerar normas imperativas o implicar un ejercicio abusivo del derecho, como lo que hizo el Fondo Paz con el inicio y culminación del procedimiento sancionatorio. De tal manera, no se está pretendiendo desconocer la autonomía de la voluntad que rige las relaciones civiles y comerciales de los particulares, sino que se destaca que esta debe ir en concordancia con principios generales del derecho como la igualdad de las partes y, es justamente por esta razón, que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha desprovisto de las facultades excepcionales a los particulares y a las entidades públicas con régimen privado de contratación.

En esta medida y respecto a la imposición de multas, el Consejo de Estado ha dicho

“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.

(...)

Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, **las partes actúan en una relación de igualdad**, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de 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**”⁴ (negrilla y subrayado por fuera del teto original)

³ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección A. Radicación número: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996). del 2 de junio de 2023

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 24639 del 23 de septiembre de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Bajo este entendido, para esta Corporación no es posible la imposición unilateral de multas o la declaración directa de incumplimiento en contratos regidos por derecho privado, comoquiera que en ellos impera una relación de igualdad entre las partes y no puede una de ellas ejercer una atribución o poder unilateral sobre la otra sin estar habilitada legalmente para ello. Tan es así que las cláusulas exorbitantes de las que están investidas las entidades públicas regidas por el EGCP también se han denominado “cláusulas excepcionales al derecho común”, lo que a simple vista permite concluir que están excluidas en las relaciones entre particulares, gobernadas por el derecho privado.

Tal razonamiento del Consejo de Estado se fundamenta en que las prerrogativas de las entidades públicas son ejercidas mediante actos unilaterales y, precisamente, si dichos actos se expiden en el marco de relaciones entre particulares, se vulneraría el principio de igualdad y conmutatividad de las partes, lo que conlleva a que su pacto sea abiertamente ilegal. Así lo consideró el Alto Tribunal en pronunciamiento posterior, así:

“Al respecto, se reitera que esas estipulaciones son ilegales, en la medida en que atribuye a la entidad la potestad de expedir actos administrativos de terminación unilateral del contrato, cuando de un lado, sólo la ley puede otorgar las competencias a las autoridades estatales que les permiten actuar de una determinada manera y de otro lado, tal y como ya se explicó, se trata de un negocio jurídico de derecho privado, en virtud del cual esto no es posible, por cuanto el acto administrativo hace presumir su legalidad e invierte la carga de la prueba, lo que a su vez desequilibra la relación contractual y atenta contra el principio de igualdad de las partes que informa los contratos que se someten al régimen privado”⁵

Es importante aclarar que las decisiones antes mencionadas no son una posición aislada e inusual del Consejo de Estado. Por el contrario, han sido reiterativas las sentencias en tal sentido por parte de la Sección Tercera, de las que cabe resaltar: Sentencia de 28 de septiembre de 2011, exp. 15.476, Sentencia del 29 de marzo de 2012, exp. 20.397, Sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 24.697 y Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 37.322, entre otras.

Entonces, aun cuando en los contratos entre particulares rige la autonomía de la voluntad, no es menos cierto que dicha autonomía está limitada por imperativos legales como la igualdad entre las partes, de modo que no es posible que en una relación contractual en plano de igualdad, una de ellas pretenda imponer a la otra una multa o un incumplimiento, por cuanto ello implicaría un desequilibrio y vulneraría principios propios del derecho privado, por tal razón, las cláusulas exorbitantes no pueden pactarse, ni ejercerse en un contrato de derecho privado. Salvo en los eventos en los que así lo hayan pactado las partes del negocio contractual, caso en el cual si podrán adelantarse este tipo de procedimiento bajo las condiciones en las que se estableció. Pero dicha situación no se estableció en el contrato de obra No. FP-292- de 2022.

Por lo que se puede concluir que de acuerdo a los postulados normativos y jurisprudenciales para que el Fondo Paz puedan obtener el pago de la cláusula penal, multas y demás por el incumplimiento del contratista deben acudir a la jurisdicción Ordinaria o en su defecto si lo pactaron

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27385 del 9 de julio de 2015, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

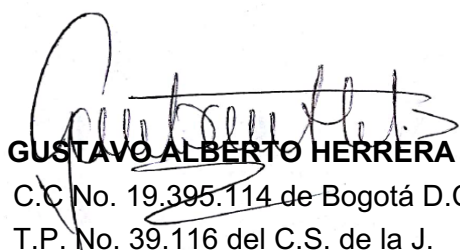
dentro del contrato, que el proceso sancionatorio de cumplimiento sea adelantado directamente por el Director del DAPRE, entidad sometida al Estatuto de Corrupción, sin embargo en este asunto fue iniciado directamente por el Director del Fondo Paz sin tener las facultades legales para hacerlo.

En **segundo lugar**, entendiendo que no existe un parámetro de unificación jurisprudencial que establezca el procedimiento a seguir en estos eventos y que el mismo se encuentra sujeto a la interpretación del operador judicial, es prudente adelantar las gestiones pertinentes para efectuar el pago de la indemnización, entendiendo que el contrato presta cobertura temporal y material de conformidad con el fundamento fáctico expuesto en la citación. Frente a la cobertura temporal, debe decirse que su modalidad es ocurrencia, la cual ampara los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato No. FP-292 de 2022. En consecuencia, el contrato de seguro presta cobertura por su temporalidad, toda vez que, la póliza tiene una vigencia desde el 29 de julio de 2022 al 29 de abril de 2023 y a la fecha el contratista lleva un avance de ejecución del 0% de las obligaciones según el informe de interventoría del 20 de diciembre de 2022 y la misma versión de este dada en el marco del proceso sancionatorio por ello, el 24 de febrero de 2023 se dio apertura al proceso sancionatorio de incumplimiento, encontrándose dentro de la vigencia de la póliza. Aunado a ello, presta cobertura material toda vez que, ampara el incumplimiento, al tener amparo de cumplimiento del contrato.

Adicionalmente, debe tener en cuenta que pese al contrista haber argumentado que no logró cumplir con la ejecución del contrato por situación de fuerza mayor y caso fortuito considerado por temas de orden público y la afectación por la ola invernal, este no se ocupó de acreditar tal situación para exonerarse de la responsabilidad. Máxime cuando en el decurso del proceso sancionatorio, el contratista señaló que la no solicitud de prórroga era un error que aceptaban, abriendo la puerta a que, en un eventual proceso judicial, el Juez mantenga la posición de incumplimiento frente al contratista por la falta de pocas gestiones para lograr finalizar la obra a la que se comprometió.

En **conclusión**, existen argumentos fácticos y jurídicos que pueden declarar la competencia del Fondo Paz al iniciar un proceso sancionatorio contra el contratista que culminó con la declaratoria del incumplimiento de este y la ocurrencia del siniestro por la existencia de vicios que pueden efectivamente conllevar a que se declare la nulidad de los actos administrativos. Así mismo, pese a que existen probabilidades de lograr en un proceso judicial modificar la decisión, es prudente que la compañía efectúe el pago por cuanto la decisión final dependerá de la interpretación que el operador judicial de a lo señalado en las normativas vigentes al no existir un precedente jurisprudencial unificado que brinde el lineamiento a seguir en estos eventos. En consonancia con lo anterior, ponemos a su consideración nuestro criterio, salvo mejor opinión.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA
C.C No. 19.395.114 de Bogotá D.C
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.