



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Juan Manuel Laverde Alvarez

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Núm. Único: 11-001-03-06-000-2024-00559-00

Núm. Radicación: 2527

Referencia: contratos estatales con régimen especial. Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD). Competencia del ordenador del gasto respecto a la facultad unilateral de imposición de multas.

La directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil emitir concepto relacionado con la «competencia que pudiese ostentar el ordenador del gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres —FNGRD, con relación a la facultad unilateral de imposición de multas y sanciones en el marco de un régimen excepcional al Estatuto General de la Contratación Pública —EGCP».

I. ANTECEDENTES

En la consulta, la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República hizo una serie de precisiones jurídicas acerca de la naturaleza de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD), del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD) y de la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., en adelante Fiduprevisora S.A.

Indicó que la UNGRD «fue creada por el Decreto 4147 de 2011, como una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio, del nivel descentralizado, de la Rama Ejecutiva, del orden nacional, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (art.1)», cuyas funciones se encuentran en la misma disposición, complementadas por las señaladas en la Ley 1523 de 2012.

Respecto del FNGRD indicó que este «fue creado como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público y asistencia social, dedicado a la atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre, de calamidad o de naturaleza similar, y el cual se encuentra contemplado en el artículo 47 de la Ley 1523 de 2012». Señaló que su vocero y representante legal es La Fiduprevisora

S.A. (artículo 48 *ibidem*) y el ordenador del gasto es el director general de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres.

En relación con La Fiduprevisora S.A. indicó que es «una sociedad de economía mixta de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado E.I.C.E., de acuerdo con el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las Sociedades Fiduciarias».

Dijo que el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado es el de la Ley 80 de 1993, salvo que ejerza su actividad en competencia o en mercado regulado (Ley 1150 de 2007, artículo 14); en consecuencia, por ser La Fiduprevisora S.A. una entidad que desarrolla actividades eminentemente financieras está sometida al régimen jurídico del derecho privado.

Igualmente, precisó el régimen de contratación del FNGRD e hizo referencia a varias disposiciones que aluden a la materia, así:

- el parágrafo 3º del artículo 50 de la Ley 1523 de 2012 que remite al régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado para los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del fondo.
- el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 que refiere a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y con la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales de los artículos 14 al 18 de la Ley 80 de 1993, para aquellos contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del fondo relacionados directamente con actividades de respuesta, rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública.
- el artículo 3º del Decreto Ley 4702 de 2010, modificatorio del artículo 25 del Decreto Ley 919 de 1989 (el cual está vigente por mandato del artículo 96 de la Ley 1523 de 2012), que somete a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007, para aquellos contratos que celebre la fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Calamidades, hoy FNGRD.

También, mencionó la Resolución 1578 de 2016, modificada por la Resolución 683 de 2017, por las cuales se adoptó el Manual de Contratación del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Resaltó de lo allí estipulado, lo referente a la jurisdicción competente para conocer las controversias de acuerdo con los regímenes de contratación del Fondo. Dijo que las controversias causadas como consecuencia de la ejecución de los recursos del Fondo son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 104 del CPACA), y las controversias originadas como consecuencia de la administración de los recursos del Fondo son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria (artículo 105 del CPACA).

Por último, el Despacho ponente solicitó la remisión de los documentos citados en la consulta, así como copia de la póliza exigida para los contratos que se celebren para la ejecución de los recursos de FNGRD, entre otros. Respecto de las garantías exigidas, la respuesta dada se hizo en términos generales, en la que se precisó que estas son requeridas de conformidad con los riesgos que se evidencien desde la etapa de planeación de los contratos; además, se indicó la necesidad de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en caso de que los contratos se rijan por el Estatuto General de Contratación Pública.

Con fundamento en lo antes reseñado, la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formuló las siguientes

PREGUNTAS:

1. ¿El régimen jurídico de todos los contratos celebrados por el Fondo Nacional de la Gestión del Riesgo de Desastres es de derecho privado?
2. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para expedir un manual de contratación para los contratos del FNGRD, cuya sociedad administradora es La Previsora S.A.?
3. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para adelantar los procedimientos de selección de los proveedores de obras, bienes y servicios con los que la Fiduprevisora S.A. debe celebrar los contratos en calidad de administradora y representante legal del FNGRD?
4. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del Gasto del FNGRD, tiene facultad legal para declarar unilateralmente el incumplimiento de los contratos celebrados por la Fiduprevisora S.A. mediante acto administrativo proferido por la UNGRD en aquellos contratos en los cuales se estipularon multas y/o cláusulas penales pecuniarias, o si por el contrario son actos contractuales de la administración?

5. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento mediante acto jurídico contractual en aquellos contratos en los cuales no se ha pactado expresamente dicha potestad?

6. ¿Cuál es el procedimiento para el siniestro o efectividad de garantías de las pólizas derivadas de los contratos de seguro que derivan, a su vez, del perfeccionamiento de los contratos estatales que suscribe el FNGRD, en atención a su régimen jurídico, cuando ello no deriva de la aplicación de cláusulas excepcionales de que tratan los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993?

7. ¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de los actos y contratos de la Fiduprevisora S.A. en calidad de administradora del FNGRD?

8. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para adelantar procedimientos administrativos de cobro coactivo derivados de los actos contractuales de declaratoria de incumplimiento?

9. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para reportar al Registro Único de Proponentes los incumplimientos declarados en los contratos celebrados por la Fiduprevisora S.A. en calidad de administradora del FNGRD?

II. CONSIDERACIONES

Aclara la Sala que las preguntas formuladas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República fueron planteadas de manera general, razón por la cual se analizarán desde la multiplicidad de supuestos que establecen las normas jurídicas que regulan la contratación estatal en Colombia de cara al régimen de contratación establecido para el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD).

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias:

1. Naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD)

1.1. «Fondo - cuenta»

1.2. Fideicomiso estatal de creación legal representado por La Fiduprevisora S.A.

1.3. Patrimonio autónomo de creación legal

2. Naturaleza jurídica de La Fiduprevisora S.A.
3. Régimen contractual del Fondo Nacional de Gestión del Riesgos de Desastres (FNGRD)
4. Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD). Naturaleza jurídica, representación legal y función de ordenación del gasto de los recursos del FNGRD
 - 4.1. Ordenador del gasto. Definición y alcance
5. Manuales de contratación. Facultad del director de la UNGRD para su expedición
 - 5.1. Origen de los manuales de contratación
 - 5.2. Naturaleza de los manuales de contratación en entidades estatales con régimen contractual privado
 - 5.3. Facultad del director de la UNGRD para expedir el manual de contratación para la contratación con los recursos del FNGRD
6. El cumplimiento de las obligaciones contractuales como derecho y deber de las entidades públicas para asegurar los fines de la actividad contractual estatal. El incumplimiento. Reiteración
7. Declaratoria unilateral de incumplimiento de los contratos regidos por el Estatuto General de la Contratación Pública (EGCAP)
8. Declaratoria unilateral de incumplimiento de los contratos sometidos al régimen de contratación entre particulares
9. Declaratoria de ocurrencia de siniestro en contratos sometidos al régimen de contratación entre particulares
10. Reflexiones de la Sala sobre algunas disposiciones contenidas en el Manual de Contratación del FNGRD
11. Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre controversias y litigios relativos a los contratos en que sea parte una entidad pública
 - 11.1. Excepción a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en asuntos relacionados con controversias relativas a los

contratos celebrados por entidades públicas que tengan carácter de instituciones financieras

12. Función administrativa de cobro coactivo de entidades y organismos públicos

12.1. Presupuesto para el cobro coactivo: que la obligación preste mérito ejecutivo. Actos administrativos como título de ejecución

12.2. Naturaleza de los títulos ejecutivos

13. Registro Único de Proponentes (RUP)

14. Reflexión final. Reiteración de la necesidad de aplicación práctica de los principios de transparencia, buena fe y moralidad administrativa

Pasa la Sala a desarrollar cada uno de los temas indicados:

1. Naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD)

El Fondo Nacional de Calamidades fue creado por el artículo 1º del Decreto Ley 1547 de 1984¹, modificado por el artículo 70 del Decreto Ley 919 de 1989², «como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público y asistencia social y dedicado a la atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre o de calamidad o de naturaleza similar».

Luego, dicho Fondo, con la expedición de la Ley 1523 de 2012³, cambió de nombre por el de Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD), tal como se lee en el artículo 47:

El Fondo Nacional de Calamidades creado por el Decreto 1547 de 1984 y modificado por el Decreto-ley 919 de 1989, se denominará en adelante Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y continuará funcionando como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística conforme a lo dispuesto por dicho Decreto.

[...].

¹ «Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento».

² «Por el cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y se dictan otras disposiciones».

³ «Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones».

Dicho Fondo no constituye una persona jurídica independiente de la Nación, sino un «fondo especial» o «fondo cuenta», organizado bajo la forma de un patrimonio autónomo de creación legal, representado por La Fiduprevisora S.A.⁴. Además, es considerado como «un fideicomiso estatal de creación legal».

1.1. «Fondo - cuenta»

El «fondo cuenta» es un sistema de manejo de recursos, sin personería jurídica, constituido por los ingresos que la ley defina para la prestación de un servicio público específico. En oportunidades anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil se había pronunciado acerca del alcance de los «fondo cuenta». Fue así como en Concepto del 8 de julio de 1998, rad. n.º 1106, indicó:

[...] carecen de personería jurídica y por ende, no tienen la naturaleza jurídica de un establecimiento público y tampoco encajan en una de las otras categorías de entidades estatales, pues no son ministerios, ni departamentos administrativos, ni superintendencias, ni empresas industriales y comerciales del Estado u otra clase de órgano o entidad pública.

Asimismo, en Concepto 2222 del 13 de mayo de 2015, dijo sobre el particular:

La Sala encuentra conveniente revisar en la historia reciente de las instituciones, lo que el Decreto 3130 de 1968 «por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional», definía sobre el particular, a saber:

Artículo 2.- Los fondos son un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en este señalados.

Cuando a dichas características se suma la personería jurídica, las entidades existentes y las que se creen conforme a la ley, lleven o no la mención concreta de fondos rotatorios, son establecimientos públicos.

La Ley 489 de 1998 «por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional...» derogó el Decreto 3130 de 1968¹⁰ y se abstuvo de disponer en su articulado acerca de los fondos.

[...].

En ese orden de ideas, los fondos especiales, no tienen en la actualidad otra definición diferente a la contenida en el Decreto 111 de 1996 «por el cual se compilan la Ley 38

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2222 del 13 de mayo de 2015.

de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto», esto es:

Artículo 30.- Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador.

[...].

Al respecto, la Corte Constitucional ha concluido que los fondos especiales:

- (i) son un sistema de manejo de cuentas, de acuerdo a los cuales una norma destina bienes y recursos para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados¹²;
- (ii) no son contribuciones parafiscales ni ingresos corrientes en cuanto corresponden a una categoría propia en la clasificación de las rentas nacionales¹³;
- (iii) constituyen una de las excepciones al principio de unidad de caja^{14 5}

Por lo tanto, el FNGRD es «un fondo especial o fondo cuenta, es decir, un sistema, herramienta o vehículo para el manejo de una masa especial de bienes o recursos de la Nación, en procura del cumplimiento de las finalidades establecidas legalmente», como lo había señalado la Sala en el concepto referido.

1.2. Fideicomiso estatal de creación legal representado por La Fiduprevisora S.A.

Desde la creación del FNGRD, inicialmente denominado Fondo Nacional de Calamidades, la ley dispuso que este «se tendrá como un fideicomiso estatal de creación legal», por lo que la administración de los bienes y recursos que lo conforman se rigen por lo dispuesto en las normas de creación, y en lo no previsto en ellas, por las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno nacional.

Su manejo y representación le corresponde a La Fiduprevisora S.A., sociedad de economía mixta⁶, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por

⁵ *Ibidem*. Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁰ «Artículo 121. Vigencia y derogatorias.- La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos - leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976». / ¹² Corte Constitucional, C-650-2003. / ¹³ Corte Constitucional, C-009-2002. / ¹⁴ Corte Constitucional, C-009-2002.

⁶ Debe señalarse que La Fiduprevisora S.A., inicialmente fue constituida como empresa industrial y comercial del Estado, y luego, se transformó en una Sociedad de Economía Mixta de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a la autorización impartida por la

disposición del artículo 48 de la Ley 1523 de 2012 que remite a lo reglado en el artículo 3º del Decreto Ley 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto Ley 919 de 1989. Para su manejo la Fiduprevisora S.A. debe tener en cuenta las directrices, lineamientos e instrucciones de la Junta Directiva del Fondo. De otro lado, la ordenación del gasto del Fondo y de sus subcuentas está a cargo del director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres. (Ley 1523 de 2012, artículo 48).

Sobre los bienes y derechos de la Nación que hacen parte del Fondo, se definió que «constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica al cumplimiento de los objetivos generales señalados en el artículo 47 de la presente ley. La Sociedad Fiduciaria administrará los bienes y derechos del fondo de manera independiente de los bienes de la Sociedad Fiduciaria y de los bienes y derechos que hagan parte de otros fideicomisos que administre» (Ley 1523 de 2012, artículo 49).

Estos objetivos generales del Fondo, que son de interés público, corresponden a «la negociación, obtención, recaudo, administración, inversión, gestión de instrumentos de protección financiera y distribución de los recursos financieros necesarios para la implementación y continuidad de la política de gestión del riesgo de desastres que incluya los procesos de conocimiento y reducción del riesgo de desastres y de manejo de desastres».

1.3. Patrimonio autónomo de creación legal

La Sala tuvo la oportunidad de analizar la figura jurídica del patrimonio autónomo, diferenciándolo en el derecho mercantil y en el derecho público. En dicha oportunidad concluyó que el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres es un patrimonio autónomo, especial, separado, de afectación, dentro del patrimonio de la Nación, no es acéfalo ni constituye un caso de fiducia mercantil⁷. Dijo sobre el particular:

De acuerdo con lo expuesto, la Sala advierte que el patrimonio autónomo que constituye el FNGRD, en su condición de centro de imputación de derechos y obligaciones, constituido bajo la forma de un fondo especial o fondo cuenta, no se ha desligado de la titularidad jurídica de la Nación. La connotación especial de patrimonio autónomo del fondo tiene como únicos efectos [...], que los recursos que lo integran tienen una destinación específica de creación y regulación legal, y que no se confunden o mezclan con los demás recursos de la Nación, con los recursos propios de la fiduciaria ni con los otros que están sometidos a su administración.

Junta de Socios mediante Acta No. 64 aprobada el 29 de noviembre de 1993. (Decreto 2659 de 1993, artículo 1º).

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2222 del 13 de mayo de 2015.

En tal sentido, desde la perspectiva de la teoría general, se ha establecido como una de las características actuales del patrimonio su divisibilidad, es decir, la posibilidad legal de separar bienes o derechos dentro del patrimonio de una persona natural o jurídica, en razón a que comprenden afectaciones concretas de creación contractual o legal. Así, la particularidad de que tales recursos se escindan de los demás del patrimonio de la Nación no tiene como efecto que esta entidad pierda su calidad de titular del derecho de dominio sobre tales bienes, derechos o recursos.

[...].

En consecuencia, el fondo es un patrimonio autónomo que no está acéfalo, dado que pertenece a la Nación, la cual con el concurso de la unidad referida [se refiere a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres] ordena su gasto. De ninguna forma se puede entender que la destinación de unos recursos de la Nación para un propósito especial, bajo la forma de un fondo sin personería jurídica, logre calificar a ese patrimonio autónomo de creación legal, como un ente con capacidad de contraer obligaciones y ser titular de derechos independiente de la Nación que proveyó los bienes que lo integran.

[...].⁸

Y concluyó indicando que, en el caso del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres se verifica que:

- (i) No existe un contrato de fiducia mercantil, fiducia pública o encargo fiduciario en virtud del cual La Previsora reciba los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo para la gestión fiduciaria correspondiente.
- (ii) No existe elemento alguno de voluntariedad contractual en la creación del patrimonio autónomo, ni en la entrega de los recursos que lo integran a la fiduciaria para que realice la gestión respectiva.
- (iii) La fuente de las obligaciones y derechos sobre el particular es única y exclusivamente de índole legal, razón por la cual se constituye un patrimonio autónomo diferente de los que se crean mediante la fiducia mercantil.
- (iv) No hay un patrimonio autónomo acéfalo, sino un patrimonio autónomo, especial, separado o de afectación dentro del patrimonio propio de la Nación.
- (v) La comisión que percibe La Previsora por su gestión fiduciaria no obedece a un acuerdo o convención, sino a lo que ordenan las normas legales en el sentido de que corresponde establecerla a la Superintendencia Financiera (artículo 3 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989; artículo 48, parágrafo 2 de la Ley 1523 de 2012).⁹

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.*

Por lo anterior, «la connotación especial de patrimonio autónomo del fondo tiene como únicos efectos que los recursos que lo integran comprenden una destinación específica de creación y regulación legal, y que no se confunden o mezclan con los demás recursos de la Nación, como tampoco con los otros que administra la sociedad fiduciaria, ni con los propios de esta entidad».

2. Naturaleza jurídica de La Fiduprevisora S.A.

Ahora bien, como el FNGRD no constituye una persona jurídica independiente de la Nación, «no tiene capacidad ni competencia para celebrar contratos, al punto que para proceder en tal sentido [...] precisa la representación de la sociedad fiduciaria»¹⁰. **Por mandato de la ley, la representación del fondo corresponde a La Fiduprevisora S.A., entidad que celebra los contratos para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD**¹¹.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹² en sus artículos 275 y siguientes definió a La Fiduprevisora S.A. como una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de cuyas operaciones autorizadas «de carácter especial», se encuentra el «manejo del Fondo Nacional de Calamidades», hoy FNGRD.

Sobre la composición accionaria de la sociedad se indica que «[l]a FIDUPREVISORA S.A. tiene una participación estatal del 99,999783213% por parte de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y una participación particular del 0,000216787%»¹³.

Por lo anterior, La Fiduprevisora S.A. cumple con los requisitos para ser **entidad pública**, según el parágrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011¹⁴. Además, es

¹⁰ La Ley 1547 de 1984 norma de creación del Fondo Nacional de Calamidades -hoy FNGRD- también estableció la constitución de una sociedad fiduciaria que tendría a su cargo la representación y administración de dicho fideicomiso estatal. Así mismo, previó que la administración de esos bienes se regiría por lo dispuesto en esa misma norma y por la reglamentación que expidiera el Gobierno Nacional. Este mandato fue reiterado en el artículo 275 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993-, en relación con la regulación de La Fiduprevisora S.A. Al respecto ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2222 de 13 de mayo de 2015 y Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de junio de 2023. Expediente 68.996.

¹¹ Artículo 48, inciso 1º de la Ley 1523 de 2012 «[P]or la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones».

¹² Decreto 663 de 1993 «por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración».

¹³ <https://www.fiduprevisora.com.co/nuestra-empresa/>, consultado el 26 de septiembre de 2024.

¹⁴ «[p]ara los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%».

una entidad «descentralizada por servicios, que en desarrollo de su objeto social **gestiona un interés propio del Estado**, a través de la realización de una actividad de **naturaleza financiera**»¹⁵. [resaltado de la Sala].

3. Régimen contractual del Fondo Nacional de Gestión del Riesgos de Desastres (FNGRD)

Desde la creación del antiguo Fondo Nacional de Calamidades, mediante el **Decreto Ley 1547 de 1984**, los contratos celebrados por la Fiduprevisora S.A. como administradora de los bienes, derechos e intereses del Fondo estaban sometidos al régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado¹⁶, las que, para la época, se regían por las cláusulas usuales aplicadas para contratos entre particulares¹⁷.

No obstante, cuando se declaraba la situación de emergencia, la sociedad fiduciaria debía contratar «según las normas establecidas en los Decretos 2225¹⁸ y 2693¹⁹ de 1983 para contratos de obra pública y empréstito». Estas disposiciones se caracterizaron por eliminar trámites y requisitos excesivos, lo que generó agilidad y prontitud en la contratación acorde con la situación que se pretendía atender²⁰.

Con el **Decreto Ley 919 de 1989**, el régimen de contratación continuó siendo el de las empresas industriales y comerciales del Estado; pero, en situaciones de desastre declaradas o en las fases de rehabilitación, reconstrucción y desarrollo, las normas aplicables eran las establecidas como parte del régimen especial para la atención de tales situaciones. (Decreto 919 de 1989, artículo 70, que modificó el artículo 11 del Decreto 1547 de 1984, entre otros).

El artículo 25 original del Decreto Ley 919 de 1989 que reguló el régimen de contratación en situaciones de desastre declaradas estableció que los contratos se sujetaban únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, debiéndose pactar las cláusulas obligatorias

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2227 de 2014.

¹⁶ Decreto 1547 de 1984, artículo 11.

¹⁷ El Estatuto contractual vigente para la época era el Decreto Ley 222 de 1983, que en su artículo 254 previó normas especiales para la contratación de las empresas industriales y comerciales de Estado. Señaló en el artículo 254: «**De los contratos de las empresas industriales o comerciales del estado**. Salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en este Decreto sino las usuales para los contratos entre particulares. // [...]».

¹⁸ «Por el cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de la Corporación para la Reconstrucción y el Desarrollo del Departamento del Cauca».

¹⁹ «Por el cual se dictan disposiciones tendientes a facilitar y ejecutar los programas de reconstrucción y desarrollo de Popayán y el Departamento del Cauca».

²⁰ Decreto 2225 de 1983, artículo 16 y Decreto 2693 de 1983, artículo 19.

previstas en el Decreto Ley 222 de 1983 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o reformen.

Adicional a ello, se debía contar con la previa autorización del Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres o del organismo o entidad en el cual se hubiere delegado esta función, los pagos debían sujetarse a las apropiaciones presupuestales, y también debía llevarse a cabo el registro presupuestal y la publicación en el Diario Oficial.

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 2378 de 1997²¹ precisó que la capacidad de ordenación del gasto y de determinar los contratos a celebrarse, a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., con cargo a los recursos del fondo, estaba en cabeza del director nacional para la prevención y atención de desastres (artículo 5), hoy director de la UNGRD, quien debería ejercerla teniendo en cuenta la destinación y el orden de prioridades determinados por la Junta Consultora del Fondo Nacional de Calamidades, hoy FNGRD, de la que habla el artículo 7 del Decreto 1547 de 1984²².

Más adelante, el artículo 3º del Decreto Ley 4702 de 2010, norma que continúa vigente según lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley 1523 de 2012²³, modificó el artículo 25 del Decreto Ley 919 de 1989, Dicho artículo 3º dispone:

Artículo 3º. Modifícase el artículo 25 del Decreto 919 de 1989 el cual quedará así:

Artículo 25. Del régimen de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Calamidades se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, dando

²¹ «Por el cual se reglamenta el artículo 35 de la Ley 344 de 1996, el artículo 7º del Decreto Extraordinario 1547 de 1984 y se regula parcialmente la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de Calamidades y de su Junta Consultora en materia presupuestal».

²² Esta disposición fue modificada por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989. Este último derogado por la Ley 1523 de 2012.

²³ Ley 1523 de 2012, artículo 96: «**VIGENCIA.** La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la Ley 46 de 1988 y el Decreto-ley 919 de 1989, con excepción de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 70 del Decreto-ley, así como también los artículos 1º inciso primero, 2º y 3º del Decreto 1547 de 1984, modificado por el Decreto-ley 919 de 1989. // De igual manera, deróguense los artículos 1º y 5º a excepción del párrafo 2º; los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto 4702 de 2010; el artículo 2º del Decreto 4830 de 2010 y mantendrán plena vigencia los artículos 2º, 3º, 4º, 9º y 10 del Decreto-ley 4702 de 2010 y los artículos 1º y 3º del Decreto-ley 4830 de 2010. // Conservarán su vigencia los Decretos 4579 y 4580 de 2010 y los Decretos Legislativos expedidos en virtud del Decreto 4580 de 2010». [subrayas de la Sala].

aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007.

Con esta norma, los contratos suscritos por La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades (hoy Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres) debían sujetarse únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, dando aplicación a las cláusulas excepcionales, así como a los principios generales de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y al sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Como lo precisó la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de esta disposición (artículo 3º), el régimen de derecho privado debía entenderse aplicable únicamente para los contratos suscritos por La Fiduprevisora S.A. destinados a conjurar situaciones de desastre o de similar naturaleza y a evitar la extensión de sus efectos. En consecuencia, no era aplicable para la totalidad de la contratación que debía celebrar la sociedad fiduciaria para la ejecución de los recursos del Fondo. Dijo sobre el particular:

La medida adoptada en el artículo objeto de examen, tiene relación de conexidad con las causales que generaron la declaratoria de la emergencia y es necesaria, al permitir que la contratación sea realizada en forma más ágil, con el fin de lograr la rápida atención de la emergencia y la atención oportuna de la ayuda humanitaria; sin embargo, puede ser considerada desproporcionada en el sentido de que de su análisis textual se puede colegir que las facultades de contratación sometidas a los requisitos y formalidades de la contratación entre particulares, se extienden a la totalidad de los contratos que realice la Fiduciaria la Previsora S.A., en relación con los bienes, intereses y derechos del Fondo Nacional de Calamidades, sin encontrarse delimitados por los destinados a conjurar situaciones de desastre o de naturaleza similar.

La Corte considera exequible artículo 3º. del Decreto ley 4702 de 2010, bajo el entendido de que los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Calamidades y que se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, se referirán únicamente a los destinados a conjurar situaciones de desastre o de similar naturaleza y a evitar la extensión de los efectos²⁴. [subrayas de la Sala].

Luego, la Ley 1523 de 2012²⁵ reguló el régimen de contratación al que debe sujetarse la Fiduprevisora S.A. como representante y administradora del Fondo y

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 193 de 2011.

²⁵ «Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones».

distinguió entre el régimen de contratación para la administración de los bienes, derechos e intereses del Fondo y el régimen de contratación para su ejecución.

En relación con la administración, la norma prevé la aplicación del régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, sin perjuicio de aquel previsto para las situaciones de desastres o de similar naturaleza. Así lo señaló el artículo 50, parágrafo 3º:

Artículo 50. Recursos. [...]

Parágrafo 3º. Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la administración de los bienes, derechos e intereses del fondo se someterán al régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, sin perjuicio del régimen de contratación previsto para las situaciones de desastres o de similar naturaleza y a evitar la extensión de los efectos. [subrayas de la Sala].

Por su parte, para los contratos celebrados para la ejecución de los recursos del fondo, específicamente los relacionados directamente con situaciones de desastre o de similar naturaleza, la misma ley prevé que estos se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y con la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 al 18 de la Ley 80 de 1993. Dice el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 lo siguiente:

Artículo 66. Medidas especiales de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

[...]. [subrayas de la Sala].

En este punto, debe precisarse, respecto a las normas que regulan la contratación en situaciones de desastre o de similar naturaleza, que si bien el artículo 3º del Decreto Ley 4702 de 2010 (vigente por así disponerlo el artículo 96 de la Ley 1523 de 2012) utiliza la expresión «dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 [...]», lo que podría entenderse como obligatorio, esto fue delimitado, de forma clara y precisa, por lo señalado en el artículo 66 de la misma Ley 1523 de

2012 que fija, de manera potestativa, el pacto de tales cláusulas. Esta última disposición por ser posterior y regular la situación de manera específica, es la que debe aplicarse en estos contextos especiales.

En conclusión, con la Ley 1523 de 2012 se preservaron los dos regímenes de contratación que debe observar La Fiduprevisora S.A. cuando celebre contratos con los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres:

- i) para los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, el régimen de contratación es el propio de las empresas industriales y comerciales del Estado, y,
- ii) para los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, el régimen es el aplicable para la contratación entre particulares, con la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; además, con la posibilidad de contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993

Respecto al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, debe indicarse que cuando se expidió la Ley 80 de 1993, que reguló las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales²⁶, tales empresas quedaron sometidas de manera general a esa ley, dado que fueron incorporadas en el artículo 2º *ibidem* que define las entidades estatales para efecto de la contratación pública²⁷.

Luego, la Ley 489 de 1998, en su artículo 93, dispuso que los «actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado», pero aquellos que «celebren para el

²⁶ Ley 80 de 1993, artículo 1º.

²⁷ *Ibidem*, artículo 2º: «**De la definición de entidades, servidores y servicios públicos.** Para los solos efectos de esta ley: // **1o. Se denominan entidades estatales:** a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. // [...]». [subrayas de la Sala].

cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales».

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, señaló que a las empresas industriales y comerciales del Estado se les aplicará el régimen de contratación pública, salvo que dichos contratos se celebren para el desarrollo de actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público (nacional o internacional) o en mercados regulados, caso en cual se regirán por las disposiciones legales propias de las actividades económicas y comerciales, pero con aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente. Además, se someterán al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal²⁸.

En este contexto debe recordarse, tal como se indicó en líneas anteriores al analizar el Concepto 2222 de 2015, que el FNGRD es un patrimonio autónomo de creación legal, por lo que no existe contrato de fiducia mercantil, fiducia pública o encargo fiduciario para el traslado de los recursos a la Fiduprevisora S.A. y para su manejo. Asimismo, que la fuente de las obligaciones y derechos es exclusivamente la ley de creación del citado Fondo, por lo que el elemento de voluntariedad contractual desaparece. Adicionalmente:

- es una cuenta especial de titularidad de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, **con fines de interés público y asistencia social**, dedicado a la atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre, de calamidad o de naturaleza similar.
- sus bienes derechos e intereses tienen una destinación específica: el cumplimiento de los objetivos de interés público señalados en el artículo 47 de la Ley 1523 de 2012, y

²⁸ Ley 1150 de 2007, artículo 14, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011: «**Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado.** Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes». [subrayas de la Sala].

- tiene un único representante y administrador: La Fiduprevisora S.A.

Entonces, por mandato legal, la celebración de los contratos para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD solo los puede realizar La Fiduprevisora S.A. Por lo tanto, dicha entidad **no compite ni desarrolla actividades comerciales** con el sector privado y/o público (nacional o internacional) o en mercados regulados, pues debido a las barreras de acceso legales establecidas en el artículo 48 de la Ley 1523 de 2012, a ninguna otra sociedad fiduciaria le es permitido administrar dichos bienes, derechos e intereses.

Así las cosas, el régimen aplicable a los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, es el del EGCAP.

En conclusión, La Fiduprevisora S.A., cuando celebra contratos con los recursos del FNGRD, tiene un régimen de derecho contractual especial o mixto. Ello, porque para la administración de sus bienes, derechos e intereses del FNGRD está sometido al EGCAP, y para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD está sometido a la contratación aplicable para los particulares, y sujeta a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.²⁹

4. Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD). Naturaleza jurídica, representación legal y función de ordenación del gasto de los recursos del FNGRD

La Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres fue creada por el Decreto Ley 4147 de 2011³⁰, como una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio, del nivel descentralizado, de la Rama Ejecutiva, del orden nacional, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (D.L. 4147 de 2011, artículo 1º).

Tiene como objetivo dirigir la implementación de la gestión del riesgo de desastres, atendiendo las políticas de desarrollo sostenible, y coordinar el funcionamiento y el desarrollo continuo del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres -SNPAD. (D.L. 4147 de 2011, artículo 3º).

²⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2222 de 2015.

³⁰ «[P]or el cual se crea la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, se establece su objeto y estructura».

La representación legal es ejercida por el director general, quien tiene la calidad de empleado, de libre nombramiento y remoción del presidente de la República. (D.L. 4147 de 2011, artículos 8 y 11-1).

Una de las funciones asignadas al director general de la UNGRD es la de fungir como ordenador del gasto no solo de dicha Unidad, sino del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo y sus subcuentas. Sobre el particular, los artículos 11, numeral 3º del Decreto Ley 4147 de 2011 y 48, parágrafo 1º de la Ley 1523 de 2012 señalaron:

D.L. 4147 de 2011, artículo 11. Funciones de la Dirección General. Son funciones de la Dirección General, las siguientes:

3.Ejercer la ordenación del gasto de la entidad y ejercer la ordenación del gasto del Fondo Nacional de Calamidades o del que haga sus veces, de conformidad con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 2378 de 1997 [...]. [numeral modificado parcialmente por el artículo 5 del Decreto 2254 de 2014]. [subrayas de la Sala].

Ley 1523 de 2012, artículo 48, parágrafo 1º: Administración y Representación.

[...].

PARÁGRAFO 1o. La ordenación del gasto del Fondo Nacional de gestión del riesgo y sus subcuentas, estará a cargo del Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, [...]. [subrayas de la Sala].

Ahora bien, debe definirse qué significa ser ordenador del gasto en una entidad.

4.1. Ordenador del gasto. Definición y alcance

No existe una definición legal de ordenador del gasto; no obstante, la Corte Constitucional, en Sentencia C-101 de 1996, desarrolló dicha noción, en los siguientes términos:

El concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto.³¹

Asimismo, en Sentencia C-283 de 1997, dijo lo siguiente:

³¹ Esta misma definición fue replicada por la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-365/01.

5. Esta Corporación ha tenido oportunidad de definir el concepto de ordenación del gasto y los elementos que este comporta. De igual forma, ha determinado que la función de ordenación del gasto configura, junto con las atribuciones de contratación y de disposición de los recursos previamente apropiados, el núcleo esencial de la autonomía presupuestal que caracteriza a determinados órganos estatales, a los cuales la Constitución o la ley les otorga esta prerrogativa².

Puede concluirse que la ordenación del gasto es aquella facultad de los órganos estatales que disponen de autonomía presupuestal, para ejecutar el presupuesto de gastos asignado por la respectiva Ley Anual del Presupuesto, lo que genera un ámbito de decisión propio en punto a la contratación y a la disposición de los recursos adjudicados. Así mismo, la conformación y modulación de la facultad de ordenación del gasto, en el caso de cada órgano del presupuesto en particular, es un asunto que la Constitución ha deferido al Legislador. En este sentido, la ley está facultada para fijar el alcance y forma de ejercicio de la facultad de ordenación del gasto, siempre y cuando no se vulnere el núcleo esencial de la autonomía presupuestal.

La facultad autónoma de ordenación del gasto es fundamental para mantener la independencia de una determinada entidad. En efecto, si las decisiones sobre la contratación y, en fin, el compromiso de los recursos, corresponde a un órgano ajeno a la entidad, no habrá, como quedó mencionado, autonomía presupuestal y, en ultimas, se estará limitando su capacidad de acción.³²

En consecuencia, el ordenador del gasto es el responsable de la dirección y de la gestión contractual de la entidad correspondiente.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996³³) establece que el jefe de cada órgano del presupuesto tiene la capacidad para contratar, comprometer y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección. La capacidad del ordenador del gasto también se predica de las Unidades Administrativas Especiales, entre otras, como lo es la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD), cuyo director, como se indicó, es quien tiene atribuida la función de ordenador del gasto de esa Unidad y del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD). Dice el artículo 110 *ibidem*:

Artículo 110. <Artículo modificado por el artículo 337 de la Ley 2294 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección³⁴, lo que constituye la autonomía

³² La siguiente cita es del original del texto: ²Corte Constitucional, Sentencia C-101/96 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

³⁴ Ver artículo 36, del Decreto 111 de 1996, modificado por el artículo 336 de la Ley 2294 de 2023, que enlista cada una de las secciones del presupuesto general de la Nación, a saber: la Rama

presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes.

[...].

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las entidades territoriales, asambleas y consejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación (L. 38/89, art. 91; L. 179/94, art. 51). [subrayas de la Sala].

En este sentido, el director de la UNGRD, como ordenador del gasto del FNGRD (cuenta especial sin personería jurídica), tal como lo prevé los artículos 11, numeral 3º del Decreto Ley 4147 de 2011 y 48, parágrafo 1º de la Ley 1523 de 2012, o su delegado³⁵, es quien tiene la capacidad para adelantar la actividad contractual, y en general, para ejecutar el presupuesto del Fondo, sin perjuicio de la forma como la ley reguló su administración (patrimonio autónomo de creación legal, representado por La Fiduprevisora S.A, y considerado como un fideicomiso estatal de creación legal).

Es por ello, que el director de la UNGRD, en su condición de ordenador del gasto, juega un papel activo en la contratación que se adelante con los recursos del FNGRD en la medida en que puede disponer y comprometer sus recursos, lo que implica adelantar todos los trámites correspondientes para la gestión contractual de la entidad.

Si bien los contratos que comprometen recursos del FNGRD los celebra La Fiduprevisora S.A., como administradora y representante de dicho fondo, esta siempre debe actuar bajo las directrices, lineamientos e instrucciones que le dé el

Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral, una (1) por cada Ministerio, departamento administrativo y establecimientos públicos, una (1) para la Policía Nacional y una (1) para el Servicio de la Deuda Pública. [...].(L. 38/89, art 23; L. 179/94, art. 16).

³⁵ La Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) delegó funciones en materia contractual y de ordenación del gasto, respecto de los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, mediante la Resolución 1578 del 27 de noviembre de 2015, adicionada y modificada por la Resolución 1446 del 28 de noviembre de 2016, ambas expedidas por el director general de dicha entidad.

director de la Unidad, como ordenador del gasto, luego de que este haya adelantado los procesos precontractuales respectivos, y atendiendo la distribución que de los mismos haga la Junta Directiva en las diferentes subcuentas, de acuerdo con las prioridades que se determinen en cada uno de los procesos de la gestión del riesgo (artículo 50 de la Ley 1523 de 2012).

Valga traer a colación lo que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho respecto de la contratación que se adelante con los recursos del FNGRD y la participación activa que en ella tiene el director de la UNGRD. Señaló sobre el particular:

La ley prevé que en materia contractual el director de la UNGRD es quien establece necesidades y determina los contratos que la Fiduciaria La Previsora S.A. debe celebrar, en representación del FNGRD¹⁰.

En virtud de lo anterior, el director de la UNGRD asume una participación activa, no solo en la etapa previa a la celebración de los contratos del FNGRD, sino que también, por mandato legal, está facultado para intervenir en la ejecución de esos negocios, toda vez que la ley prevé que es este servidor quien tiene a su cargo «la expedición de los actos administrativos que se generen por virtud y/o en consecuencia de la contratación adelantada por la Fiduciaria»¹¹, incluidos aquellos que se expidan en ejercicio de las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, si bien es cierto que la Fiduciaria La Previsora S.A. es la administradora y vocera del FNGRD en algunos eventos, también lo es que, en virtud de la ley, el director de la UNGRD asume una función activa en el marco de la ejecución contractual.

[...].

En ese marco, se incorporaron normas en el ordenamiento jurídico que dotaron a la UNGRD de un rol particular en desarrollo de los negocios suscritos con cargo a los recursos que integran el FNGRD.

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.

[...].

Si bien la UNGRD no suscribió el contrato objeto de estudio, no es un ente extraño al negocio jurídico celebrado por el FNGRD y [...], sino que, por disposición legal, tiene intereses legítimos en los contratos que celebra el fondo, [...].³⁶

La jurisprudencia transcrita reitera la posición expuesta en el sentido de que el director de la UNGRD, en su condición de ordenador del gasto, es quien debe adelantar todos los trámites propios de la gestión contractual de la entidad.

5. Manuales de contratación. Facultad del director de la UNGRD para su expedición

5.1. Origen de los manuales de contratación

Los manuales de contratación no han tenido un desarrollo legal expreso. En esta medida, tampoco existe una definición legal de lo que debe entenderse por manual de contratación.

Sólo hasta la expedición de los decretos reglamentarios de la Ley 1150 de 2007 se empezó a hacer referencia a dichos manuales, como pasa a esbozarse. Debe anotarse previamente que tales decretos ya salieron del ordenamiento jurídico por haber sido derogados o anulados, con excepción del Decreto 1082 de 2015.

El Decreto Reglamentario 066 de 2008 fue el primero que hizo alusión a los manuales de contratación para indicar que en estos se debía establecer un

³⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 2 de junio de 2023, radicación 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996). Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁰ Ley 1523 de 2012. Artículo 48. Administración y representación. El Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres será administrado y representado, en los términos previstos en el artículo 3° del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 de Decreto-ley 919 de 1989. Además se tendrá en cuenta en el manejo del Fondo las directrices, lineamientos e instrucciones de la Junta Directiva del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Parágrafo 1°. La ordenación del gasto del Fondo Nacional de gestión del riesgo y sus subcuentas, estará a cargo del Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, sin perjuicio de la ordenación del gasto que se encuentra dispuesta para la ejecución de los recursos destinados para la atención de la emergencia ocasionada por el Fenómeno de la Niña 2010-2011, de que trata el Decreto 4702 de 2010.

La expedición de los actos administrativos que se genere por virtud y/o consecuencia de la contratación que adelante la Fiduciaria, entre ellos la aplicación de los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 serán expedidos por el Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, o por el Gerente Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, Subcuenta Colombia Humanitaria, según corresponda.

Los criterios de distribución contendrán como mínimo indicadores de vulnerabilidad y amenaza ante desastres, condiciones de pobreza y desigualdad de la zona, serán establecidos por el Consejo Nacional de manera pública en un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días posteriores a la fecha en que se sancione la presente ley. / ¹¹ Parágrafo 1, del artículo 48, de la Ley 1523 de 2012.

procedimiento para la contratación de mínima cuantía y para los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007³⁷.

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 2474 de 2008 hizo referencia en varias disposiciones a los manuales de contratación, y en su artículo 89, modificado por el artículo 5º del Decreto 3576 de 2009, definió que estos debían contener «las funciones internas en materia contractual, las tareas que deban acometerse por virtud de la delegación o desconcentración de funciones, así como las que se derivan de la vigilancia y control de la ejecución contractual». Al examinar la legalidad de esta norma, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

Los denominados manuales de contratación pueden enmarcarse dentro de la potestad de auto-organización reconocida a cada entidad estatal, toda vez que los mismos tienen un campo de aplicación que se restringe a cada organismo administrativo⁽⁹¹⁾. En otras palabras, es una norma de carácter interno ya que regula relaciones de carácter inter-orgánico. Adicionalmente, su objeto no es otro distinto a reglamentar temas administrativos del manejo de la contratación estatal — funcionarios que intervienen en las distintas etapas de la contratación, en la vigilancia y ejecución del negocio jurídico, entre otros—, es decir aspectos administrativos del trámite y desarrollo contractual. Por esta razón, con la salvedad de las expresión «todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección», esta Sala declarará que el artículo 89 del Decreto 2474 se encuentra ajustado a la legalidad³⁸.

Luego, fue expedido el Decreto Reglamentario 734 de 2012, y en su artículo 8.1.11., nuevamente se refirió al contenido de dichos manuales:

Artículo 8.1.11. Manual de Contratación. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen las funciones internas en materia contractual, las tareas que deban acometerse por virtud de la delegación o desconcentración de funciones, así como las que se derivan de la vigilancia y control de la ejecución contractual.

³⁷ Decreto 066 de 2008, artículo 46: «Contratación de mínima cuantía. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación de la entidad satisfaga de mejor manera sus intereses. [...]». [subrayas de la Sala].

Decreto 066 de 2008, artículo 52: «Procedimiento de contratación. Los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos en ella mencionados, se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas haciendo uso del procedimiento que según el manual de contratación de la entidad satisfaga de mejor manera sus intereses. // [...]».

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 110010326000200800101 00 (36054). La siguiente cita es del original del texto: ⁹¹Artículo 1 de la Resolución No 1735 de abril 26, «por medio de la cual se reglamenta la presentación de cuentas de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de Colombia en el Exterior a través del Sistema de Información de Servicio al Exterior, SISE».

La norma citada fue derogada por el Decreto Reglamentario 1510 de 2013. Esta nueva reglamentación señaló, en su artículo 160, que «[l]as Entidades Estatales deben contar con un manual de contratación el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente en el término de seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente decreto».

El artículo 160 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, en Sentencia del 3 de abril de 2020³⁹:

46. Precisamente, los artículos 158 y 160 del Decreto 1510 de 2013 fueron tachados de nulidad por haber trasladado, de manera irregular, el ejercicio de la potestad reglamentaria, potestad que se identifica con la facultad, en cabeza del Presidente de la República, para la expedición de disposiciones que gozan de una valor normativo, cuyo objeto es el de servir de instrumento y complemento de la norma superior que fundamenta su existencia, en esa línea esta Corporación ha señalado que dicha potestad se concreta en una facultad (se transcribe):

para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados [...] El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos [...] El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento.^[10]

[...] Por su parte, el artículo 160 dispuso que la Agencia Nacional de Contratación debía señalar los lineamientos que «deben cumplir» las entidades estatales al elaborar sus manuales de contratación. En ambos casos, el reglamento le otorgó a CCE la potestad de reglamentar dos instrumentos puntuales en materia contractual

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 3 de abril de 2020, Radicación 11001032600020140002900 de 2020 (50.199). La siguiente cita es del original del texto: ^[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715.

con la expedición de normas de contenido obligatorio, que deben ser acatadas por todas las entidades públicas.

50. No resulta procedente que el Presidente de la República, a través de las normas demandadas, traslade a otra entidad, en este caso a Colombia Compra Eficiente, la reglamentación que le corresponde por mandato constitucional (artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política de Colombia). Esto es, de las funciones asignadas a CCE en su norma de creación, que se circunscriben a desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras públicas, no se puede pretender derivar una facultad reglamentaria.

Por último, el Decreto 1082 de 2015 derogó el Decreto 1510 de 2013⁴⁰ y en su artículo 2.2.1.2.5.3. reprodujo, en su esencia, el contenido del artículo 160 de Decreto 1510 [declarado nulo por la sentencia arriba citada], que señala:

⁴⁰ Debe indicarse que, el Consejo de Estado, en la misma Sentencia del 3 de abril de 2020, Radicación 11001032600020140002900 de 2020 (50.199)), hizo alusión a la expedición del Decreto 1082 de 2015 y señaló que si bien su espíritu era el de compilar normas del sector de planeación, lo que efectivamente sucedió fue la derogatoria de todas las disposiciones reglamentarias de este sector. Dijo sobre el particular: // 31. Como primera medida, advierte la Sala que, con posterioridad a la adopción del Decreto 1510 de 2013 (objeto del presente asunto), se expidió el Decreto 1082 de 2015 «por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», cuyo fin fue el de compilar las normas del sector. Ahora, si bien el espíritu del actual Decreto reglamentario fue el de compilar, en un solo cuerpo normativo, las disposiciones que rigen el sector de planeación, lo cierto es que el artículo 3.1.1. derogó «todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Administrativo de Planeación Nacional que versan sobre las mismas materias», con excepción, exclusivamente, de unos asuntos dentro de los cuales no quedaron incluidas las normas reglamentarias de la contratación estatal. De esta manera, tal y como ha sido expresado con anterioridad por esta Corporación (se transcribe): // [...] el Decreto 1082 de 2015 vino a constituir una nueva disposición que supone la inexistencia actual del Decreto 1510 de 2013 [no obstante] Ante la desaparición de la vida jurídica de las normas atacadas, debe indicar la Sala que ello no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA, en tanto que, con ello, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico. La circunstancia de que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento, tal como lo ha reiterado la Corporación desde la providencia del 14 de enero de 1991¹¹. // 32. Ante la derogatoria de las normas demandadas, la Sala recuerda, como lo sostuvo recientemente esta Corporación, que ello no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, habida consideración de que la derogatoria produce efectos hacia el futuro, mientras que el análisis de la legalidad produce efectos invalidantes desde su origen. Conclusión que reviste mayor importancia cuando se advierte que el contenido de las normas derogadas, demandadas en este proceso, fue reproducido por los artículos 2.2.1.2.5.1, 2.2.1.2.5.2 y 2.2.1.2.5.3, del Decreto 1082 de 2015, hoy vigente.

Las siguientes citas son del original del texto: ¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de enero de 1991, expediente S-157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta

2.2.1.2.5.3. Manual de contratación. Las Entidades Estatales deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente.

La Sala observa que el artículo 2.2.1.2.5.3. del Decreto 1082 de 2015, en lo referido a los lineamientos «que deben cumplir» las entidades estatales que señale Colombia Compra Eficiente -CCE- incurre en el mismo vicio del artículo 160 del Decreto 1510 de 2013, por lo que resulta dudosa su legalidad.

De lo expuesto hasta ahora, pueden extraerse los siguientes aspectos:

- i) Los manuales de contratación no han tenido un desarrollo legal expreso y por ende, no tienen una definición legal.
- ii) La jurisprudencia del Consejo de Estado los ha entendido como un instrumento de carácter interno que regula relaciones inter-orgánicas, cuyo objeto es reglamentar asuntos administrativos de trámite y de desarrollo contractual. Es una forma de auto-organización de las entidades⁴¹.
- iii) En este contexto, el manual de contratación se constituye en un instrumento de organización interna que facilita y agiliza las actividades y actuaciones contractuales, pues es allí donde las entidades pueden regular la gestión contractual interna, determinar los funcionarios y dependencias que participan en la gestión contractual, fijar las funciones dentro de tal actividad, su responsabilidad, entre otros.

Por su parte, esta Sala, en el Concepto 1488 del 29 de mayo de 2003, al analizar la facultad de las entidades públicas sometidas al régimen de derecho privado para expedir sus manuales de contratación, dijo:

[...] resulta válido afirmar que dicha entidad, [...] fije su propio manual de contratación para la celebración de aquellos contratos que no deben regirse por las disposiciones de la ley 80, esto es, los que correspondan al giro ordinario de sus negocios y los conexos con ellos.

No obstante, en tal manual, si así se estima conveniente y necesario, podrán determinarse topes o cuantías para realizar una contratación directa o para exigir que

Padilla (cita original). ¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 11 de abril de 2019, exp. 52.055.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 110010326000200800101 00 (36054).

a partir de determinada cuantía se realice una licitación, desde luego, en uno y otro caso aplicando los principios sobre selección objetiva de los contratistas.

Por oposición, la contratación que deba realizar este Banco Estatal que no se encuentre dentro de los presupuestos previstos en el régimen de excepción, se rige en su integridad por la ley 80 de 1993, y por lo tanto, a ellas les será aplicable el literal a) del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y, el decreto 855 de 1994, sobre las base del presupuesto de la entidad que determina la menor cuantía de la contratación pública. [subrayas de la Sala].

En este contexto, el documento que una entidad sometida al régimen especial denomine «manual de contratación» debe interpretarse bajo la lógica de las normas civiles y comerciales aplicables a su gestión contractual.

Tales «manuales» son un espacio para describir pautas, criterios y directrices de contratación que permitan cumplir los objetivos de la entidad. En síntesis, el manual de contratación se constituye en un precepto orientador interno de las entidades, tal como se explica a continuación.

5.2. Naturaleza de los manuales de contratación en entidades estatales con régimen contractual privado

El 3 de septiembre de 2020, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia con Radicado 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003), unificó la jurisprudencia en relación con la naturaleza de los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, e indicó que estos no son actos administrativos y se rigen por la normativa civil y comercial:

- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.
- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa. [subrayas de la Sala].

Si bien esta sentencia está dirigida a las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuyo régimen contractual es el del derecho privado, no obsta para que esta sirva de referente para entidades que tengan el mismo régimen contractual.

En este orden, cabe indicar que, conforme con lo analizado en esta sentencia, los manuales de contratación expedidos por las entidades estatales con régimen de contratación privado no son actos administrativos, sino contractuales.

Sin embargo, posteriormente, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante Sentencia del 28 de abril de 2021, Radicación 76001-23-31-000-2011-00948-01(53049), dijo que la Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020 no hizo referencia a la naturaleza de los manuales de contratación, por lo que estos se consideran actos administrativos:

5.- De manera preliminar, es preciso aclarar que los manuales de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal son actos administrativos, por lo que contra ellos es procedente la acción de nulidad⁶. En efecto, los manuales son actos administrativos de carácter general que producen efectos jurídicos frente a los procesos contractuales que adelante la respectiva entidad, como lo ha reconocido la jurisprudencia⁷.

La anterior postura no fue objeto de unificación en la sentencia proferida dentro del proceso 42003⁸, dado que en ésta se unificó la jurisprudencia en el sentido de establecer que los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios no tienen carácter de actos administrativos y que contra ellos la acción procedente es la reparación directa⁹. Si bien en una cita al pie¹⁰ de la providencia se hace referencia a los manuales, la naturaleza jurídica de estos no fue objeto de unificación.⁴² [subrayas de la Sala].

No obstante, la misma Sección Tercera, en su Subsección A, en Sentencia del 30 de agosto de 2024, Radicación: 50001233300020140028501 (70.247), falló una demanda contra Ecopetrol, entidad pública con régimen contractual privado, por la cancelación de un proceso de selección, y en ella dejó entrever que los manuales de

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de abril de 2021, Radicación 76001-23-31-000-2011-00948-01(53049). Las siguientes citas son del original del texto: ⁶Así se ha reconocido expresamente en relación con los actos por medio de los cuales Emcali expide sus manuales de contratación. Vr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. n.º 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP), C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. / ⁷Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2011, exp. n.º 37423, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de mayo de 2018, exp. n.º 1930-11, C.P. William Hernández Gómez. / ⁸Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003, C.P. Alberto Montaña Plata. / ⁹ Adicionalmente aclaró cómo resolver dudas de competencia y que la posición no afectaría a las demandas presentadas con anterioridad por una acción diferente. / ¹⁰En la cita al pie 80 indica lo siguiente: «Cabe resaltar que el Manual de Contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios corresponde a un instrumento mediante el cual, en ejercicio de su autonomía, estas empresas deben plasmar los principios de la función administrativa dentro de sus obligaciones, condiciones que son aceptadas, libremente, por los oferentes al momento de presentar sus propuesta (sic) de negocio».

contratación de entidades con régimen contractual privado no son actos administrativos, sino que tienen su fuente en el derecho privado.

En dicha sentencia analizó la naturaleza del acto de cancelación del proceso de selección para concluir que este **«no puede estimarse como un acto administrativo -contrario al tratamiento que se le atribuyó en la demanda y en la sentencia de primer grado-, y, por tanto, debe comprenderse como una decisión que se enmarca en la lógica del derecho civil y comercial»**. A esta conclusión arribó en aplicación extensiva de la Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020⁴³:

70. Para dilucidar lo anterior, **la Sala recalca el criterio adoptado por la Sección Tercera de esta corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2020⁵⁰, en la que unificó su postura en torno a la naturaleza de los actos precontractuales expedidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios**. Como se distinguirá más adelante, pese a que Ecopetrol S.A. no se ubica dentro de esta categoría, en el presente caso resulta aplicable la subregla señalada en dicho proveído, dado que tiene vocación de cobijar a todas aquellas entidades estatales cuyos procesos de contratación se adelanten con sujeción al derecho privado y excluidos el EGCAP, del siguiente modo:

Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa (se subraya).⁴⁴ [subrayas propia del texto].

Y, al iniciar el análisis del caso concreto, ubicó al manual de contratación como un acto precontractual, cuya fuente es el derecho privado:

[L]a Sala analizará el motivo de inconformidad de la actora con fundamento en las reglas a las que debía sujetarse Ecopetrol S.A. en su etapa precontractual **y, puntualmente, en virtud de los preceptos contenidos en su manual de contratación, que tiene fuente en el derecho privado**, al cual se somete ese ente. [...]. [negrilla de la Sala].

La misma sentencia del 30 de agosto de 2024, agregó que el análisis de los actos expedidos en la gestión contractual de las entidades estatales sometidas al derecho privado debe darse bajo la lógica de las normas civiles y mercantiles aplicables, regla

⁴³ Recuérdese que en dicha sentencia se unificó la postura sobre la naturaleza de los actos precontractuales expedidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios con régimen privado de contratación, en el sentido de que estos deben regirse por el derecho civil y comercial.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2024, Radicación: 50001233300020140028501 (70.247). La siguiente cita es del original del texto: ⁵⁰Radicado 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003), C.P. Alberto Montaña Plata.

que, como se dijo, no solamente aplica para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sino que ha sido extendida a otras entidades estatales sometidas a régimen especial:

75. Pese a que -como ya se ha expresado- la anterior regla se refirió a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la misma ha sido extendida por la Corporación a controversias relacionadas con actos precontractuales de otras entidades no sometidas al EGCAP, como ocurrió en la también precitada sentencia del 7 de septiembre de 2023. En esta última providencia, al referirse al fallo de unificación, se señaló que *“la regla jurisprudencial allí adoptada es aplicable a la responsabilidad precontractual de entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como Ecopetrol. En virtud de lo anterior, no es posible estudiar los cargos relacionados con la violación de los principios de la Ley 80 de 1993, pues no son aplicables al contrato por su régimen jurídico”*.

76. Esta lógica ya ha sido compartida por la Sección Tercera en diferentes decisiones, de las que se rescata el auto del 11 de mayo de 2020 proferido por la Subsección C⁵⁴. En ese proveído se analizó la oportunidad de la acción de cara a una decisión similar a la aquí estudiada, consistente en la terminación de una “invitación abierta” adelantada por Fiducoldex S.A., como vocera del patrimonio autónomo FONTUR, cuyo régimen jurídico se encuentra igualmente exceptuado del EGCAP. En dicha ocasión, esta Corporación determinó que el reproche formulado por la demandante debía realizarse bajo la lógica de la responsabilidad extracontractual de la entidad, en virtud del llamado medio de control de reparación directa (y no del de nulidad con restablecimiento del derecho), motivo por el cual dispuso contabilizar el término de caducidad de la acción conforme al literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.⁴⁵

Como puede observarse, la naturaleza de los manuales de contratación de las entidades sometidas al régimen contractual privado no ha sido pacífica en el Consejo de Estado; no obstante, tanto la sentencia de unificación como la del 30 de agosto de 2024 citadas deducen la regla de que los actos expedidos dentro de la gestión contractual de las entidades públicas sometidas al derecho privado, incluidos los manuales de contratación, deben interpretarse bajo la lógica del derecho civil y comercial aplicable a esta actividad, por lo que no tendrían la naturaleza de actos administrativos.

5.3. Facultad del director de la UNGRD para expedir el manual de contratación para la contratación con los recursos del FNGRD

El director de la UNGRD, como ordenador del gasto, debe adelantar los procesos precontractuales relacionados con los recursos del FNGRD, bien por el régimen de

⁴⁵ *Ibidem*. La siguiente cita es del original del texto: Radicado 25000-23-36-000-2016-00627-01 (58562), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

contratación pública o bien aplicando reglas propias de los particulares, según el caso.

En ambas situaciones, debe aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

La función administrativa está al servicio de los intereses generales, y, por lo tanto, debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad⁴⁶. Es por ello, que los procesos de contratación que adelante la UNGRD con los recursos del Fondo (que son de naturaleza pública), independientemente del régimen contractual aplicado, deben contar con reglas claras que permitan hacer efectivos dichos principios, protegiendo de esta manera el interés general en la actividad contractual frente al interés particular.

Ahora bien, si por ministerio de la ley el director de la UNGRD funge como ordenador del gasto de los recursos del FNGRD, y esto implica ejercer la dirección y el manejo de la actividad contractual y la ejecución del presupuesto del Fondo en general, él debe velar por que el ejercicio de dicha actividad garantice estos principios de la función administrativa.

En consecuencia, dado que los manuales de contratación son instrumentos de auto-organización y de gestión de calidad, el director de la UNGRD sí tiene facultad para expedir el manual de contratación para los contratos del Fondo.

Esta facultad del director de la UNGRD para expedir los Manuales de Contratación del FNGRD, en calidad de ordenador del gasto, ha sido reconocida por la Sala Especial de Decisión núm. 4 del Consejo de Estado, en Sentencia del 24 de noviembre de 2020, radicación 11001-03-15-000-2020-02931-00, dentro del control inmediato de legalidad respecto de la Resolución 0296 del 4 de mayo de 2020 «[p]or la cual se adopta el Manual de Contratación de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -COVID-19 – del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – FNGRD – y se adoptan otras disposiciones»:

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Decisión encuentra que el **DIRECTOR GENERAL** de la **UNGRD** como ordenador del gasto de la Entidad, tiene la facultad de adoptar las medidas necesarias para el correcto, eficiente y normal desarrollo de las funciones de la Institución, pero principalmente, la de coordinar y hacer

⁴⁶ Constitución Política, artículo 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // [...]».

seguimiento a planes y programas, como a la Subcuenta creada por el precitado Decreto Legislativo, a través de la implementación del manual de contratación que la regula y, en ese sentido, se concluye que la **RESOLUCIÓN N°. 0296 DE 4 DE MAYO DE 2020** [...], se expidió en el marco competencial del director general, de cara al espectro que fijaron las normas de excepción. [resaltado propio del texto].

6. El cumplimiento de las obligaciones contractuales como derecho y deber de las entidades públicas para asegurar los fines de la actividad contractual estatal. El incumplimiento. Reiteración

La Sala en Concepto 2257 de 2016 se refirió al derecho y al deber que tienen las entidades estatales para asegurar los fines de la actividad contractual estatal. Indicó que el cumplimiento de las obligaciones contractuales, también denominado pago, se define en el artículo 1626 del Código Civil como «la prestación de lo que se debe», el cual, según el artículo 1627 *ibidem* «se hará bajo todos respetos en conformidad al tenor de la obligación».

Dijo que, el cumplimiento es la conformidad o congruencia de la conducta descrita en el contrato como debida y esperable por el acreedor con la efectivamente desplegada por el deudor, y una vez cumplida la obligación esta se extingue y el deudor recobrará su libertad respecto del acreedor (la denominada *solutio*), tal como lo prescribe el artículo 1625 C.C.

Asimismo, indicó que, contrario sensu, el incumplimiento del contrato estatal es un hecho contrario a derecho y se configura cuando la conducta de una de las partes del contrato no se ajusta al contenido de la prestación en las condiciones de tiempo, modo y lugar y demás aspectos convenidos, bien porque no se realiza definitivamente la prestación a su cargo, o se hace con retraso o defectuosamente, lo que contraviene el interés y lesiona el derecho de crédito de la otra parte cumplida que se protegen por el orden jurídico.

Esta conducta antijurídica se constituye en una infracción a la ley del contrato (artículo 1602 C.C.) y en vulneración de los principios de la autonomía de la voluntad, de la buena fe (arts. 1603. C.C. 871 C. Co.) y de la reciprocidad de las prestaciones (artículos 23, 27, 28 y 32 de la Ley 80 de 1993), y genera en la contratación estatal responsabilidad civil, disciplinaria y penal (artículos 26, 50 y ss. de la Ley 80 de 1993).

Reiteró que, los servidores públicos deben tener en consideración que «al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines» (art. 3º L. 80/93), para lo cual a las entidades se les asignan precisos derechos y deberes (art. 4 L. 80/93).

La ley de contratación pública consagró ciertos privilegios, prerrogativas o potestades a favor de la Administración, con el fin de procurar el cabal cumplimiento, por parte del contratista, de las obligaciones del contrato, y de esta forma asegurar los fines de la actividad contractual. Dentro de dichas prerrogativas, se destacan, como lo explicó la Sala en Concepto 1293 de 2000, reiterado en el Concepto 2257 de 2016:

[...] las cláusulas excepcionales, antes denominadas exorbitantes, originadas en el poder administrativo, otorgadas por la ley a las autoridades (*ex lege*), de las llamadas cláusulas de privilegio y de las cláusulas especiales surgidas de las estipulaciones contractuales (*ex contractus*) emanadas de su condición de parte contratante, las cuales a pesar de tener origen en potestades otorgadas por la ley, suponen su integración al contenido contractual y están *“caracterizadas por ser estipulaciones que si bien denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, no operan bajo el mismo rigor de las cláusulas excepcionales, por no constituir materia enteramente ajena a la contratación privada”*. Entre las primeras se agrupan las de interpretación, modificación, terminación y declaración de caducidad; en las segundas se consideran las cláusulas de reversión y garantías; y en las terceras las de multas y cláusulas penales pecuniarias. Finalmente, se menciona otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se encuentran la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta.

Ahora bien, una entidad estatal también puede celebrar contratos bajo un régimen especial de contratación, diferente al régimen regulado en el EGCAP, con la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; además, con la posibilidad de contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

En estos contratos las partes también pueden pactar multas, cláusula penal, y la constitución de garantías que respalden el cumplimiento del contrato. Este es el caso de la contratación que suscribe La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, como se indicó.

Dado que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República plantea en su consulta inquietudes relacionadas con la declaratoria unilateral de incumplimiento, como presupuesto para hacer efectivas las multas, la cláusula penal pecuniaria, entre otros, de los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A. con los recursos del FNGRD, la Sala procederá a analizar tal figura jurídica desde la perspectiva del régimen contractual público y del régimen contractual aplicable a los particulares o especial.

7. Declaratoria unilateral de incumplimiento de los contratos regidos por el Estatuto General de la Contratación Pública (EGCAP)

Como ya se analizó en este concepto, a los contratos que se suscriban para la administración de los bienes, derechos e intereses del Fondo se les aplica el EGCAP. Por lo tanto, en caso de incumplimiento del contratista, la entidad contratante tiene la potestad para:

- i) Imponer unilateralmente multas para conminar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, siempre que estén previamente pactadas entre las partes⁴⁷.
- ii) Hacer efectiva la cláusula penal previamente pactada (artículos 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011)⁴⁸

⁴⁷«[L]as multas son medidas sancionatorias de carácter económico o de tipo pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo, en forma legítima, para que cumpla el contrato, cuando quiera que se observe que no se encuentra oportuno o al día en el desarrollo las obligaciones a su cargo y por ende, esté en mora o retardo conforme a los plazos convenidos o en incumplimiento parcial. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo⁷², sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual, pues las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión se le incita al cumplimiento por temor a la multa, de tal manera que adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir por resultarle harto gravosa». Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2257 del 26 de julio de 2016. La siguiente cita es del original del texto: ⁷²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, Exp. No. 14.393 y de 14 de julio de 2005, Exp. No. 14.289.

⁴⁸ «[...] la cláusula penal es un cálculo anticipado de perjuicios que hacen las partes por el incumplimiento del contrato (art. 1600 CC)⁸⁰; pactada la cláusula penal no es necesario acreditar dichos perjuicios por parte del acreedor, por lo que solo deberá probarse la infracción a las obligaciones contractuales por el deudor (art. 1599 C.C⁸¹), sin perjuicio del derecho a la proporcionalidad en su imposición, según el cual la pena es susceptible de reducción cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor resulta parcial y así lo ha aceptado el acreedor (artículos 1596 C.C. y 867 C. Co.)». Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2257 del 26 de julio de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ⁸⁰ La ley -art. 1592 C.C. transcrito- no señala expresamente que la cláusula penal sea un cálculo anticipado de perjuicios, sino la doctrina y la jurisprudencia con acentuada influencia francesa así lo han entendido con base en el artículo 1600 del C.C., que establece, salvo pacto expreso, la posibilidad de exigir el valor de la pena o la indemnización pero no ambas al tiempo, petición sujeta en todo caso a que no se exceda del doble de la obligación, según el art. 1601 *ibídem*. / ⁸¹ C.C: «Art. 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio».

- iii) Hacer efectiva la garantía por ocurrencia del siniestro (artículos 7⁴⁹ y 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011);
- iv) Declarar la caducidad⁵⁰, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que puede conducir a su paralización.

En los contratos regidos por el EGCAP, la facultad para imponer multas y declarar unilateralmente el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, cuando estas hayan sido pactadas, está contemplada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en la que se establece la exigencia de adelantar un debido proceso para el efecto:

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 sólo 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.

[...].

⁴⁹ El artículo 7 –inciso 5- de la Ley 1150 de 2007, estableció expresamente esta facultad al indicar que «[...] El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare...».

⁵⁰ Ley 80 de 1993, artículo 18: «**De la caducidad y sus efectos.** La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. // En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. // Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. // La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento».

El procedimiento mínimo que garantiza el debido proceso del contratista, al que hace referencia el artículo 17 citado, fue establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

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 del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

[...].

De la norma transcrita, se puede evidenciar que se trata de un estándar alto de protección del derecho al debido proceso, cuyo resultado será un acto administrativo producto de una actuación administrativa, el cual conlleva:

1. Una citación en la que se establezca el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia. En la misma, se indicarán los hechos, las cláusulas contractuales vulneradas, las consecuencias que podrían derivarse para el contratista, y se acompañará de las pruebas que sustenten el posible incumplimiento.
2. Dicha citación estará dirigida al contratista, y en el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, se hará extensiva al garante.
3. Durante la audiencia el jefe de la entidad, o su delegado, explicará las circunstancias de tiempo, modo y lugar del posible incumplimiento y, acto seguido, el contratista o su representante presentarán sus descargos y aportarán las pruebas que pretendan hacer valer.
4. De ser probado, la entidad procederá a declarar el incumplimiento, mediante resolución motivada, contra la cual procede el recurso de reposición, el que se decidirá en la misma audiencia.
5. Este procedimiento configura una actuación administrativa, en los términos del literal d) de la norma citada.

Ha considerado la Sección Tercera del Consejo de Estado que «[e]l procedimiento del artículo 86 citado no solo aplica para la imposición de multas y cláusula penal, sino también para la declaratoria de incumplimiento. La consecuencia del incumplimiento es la declaratoria del siniestro, razón por la cual debe citarse a la aseguradora en los términos del numeral a) de la norma [...]»⁵¹.

Sobre el siniestro, el inciso 4º del artículo 7, de la Ley 1150 de 2007, estableció: «[e]l acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare».

En este sentido, se debe resaltar que en los contratos para la administración de los bienes, derechos e intereses del Fondo (artículo 50, parágrafo 3º de la Ley 1523 de

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de mayo de 2024, Expediente 52001-23-33-000-2016-0014401 (69709).

2012), regidos por el EGCAP, el director general de la UNGRD puede imponer las multas y demás sanciones previstas en el contrato y declarar unilateralmente el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y para la declaratoria del siniestro, mediante acto administrativo, previo el procedimiento señalado.

8. Declaratoria unilateral de incumplimiento de los contratos sometidos al régimen de contratación entre particulares

A los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD se les aplica el régimen para la contratación entre particulares, con la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal; además, se prevé la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en los contratos para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, las partes también pueden pactar multas y la cláusula penal, así como la constitución de garantías que amparen el cumplimiento de las obligaciones contractuales, todo ello en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, enmarcada en la lógica del derecho civil y comercial.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los Conceptos 2157 de 2013, 2257 de 2016 y 2312 de 2017, ha manifestado que la imposición de manera directa de cláusulas accidentales pactadas en contratos regidos por el derecho privado no es viable, debido a que no existe una norma que permita el ejercicio de tal facultad (principio de legalidad); por lo tanto, para hacerlas efectivas debe acudir al juez del contrato. Así, en el Concepto 2312 señaló lo siguiente:

Como lo sostuvo la Sala en el concepto 2157 de 2013, el establecimiento y pacto de multas y cláusula penal como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente. Mientras la estipulación de las multas y de la pena obedece y dimana de la autonomía de la voluntad, una vez pactadas su imposición unilateral mediante acto administrativo es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa¹⁵ que debe estar prevista expresamente en la ley.

Desde esta perspectiva, la imposición unilateral de multas y efectividad de la cláusula penal al tratarse de una competencia pública debe fundarse en el principio de legalidad previsto en los artículos 6, 121 y 122 C.P, como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito

funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, en caso de incumplimiento del contratista y ante la **ausencia de ley que expresamente** otorgue competencia a la Administración para la imposición unilateral de las multas pactadas y la declaratoria unilateral de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, las entidades estatales exceptuadas del Estatuto por estar sometidas a un régimen especial, no tienen posibilidad jurídica para expedir actos administrativos sobre las señaladas materias.⁵² [negrilla propia del texto].

La doctrina de la Sala ha sido respaldada por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que niega la posibilidad de hacer efectivas dichas cláusulas accidentales, fundada en el principio de legalidad, que exige que la ley, de manera expresa, debe habilitar a estas entidades exceptuadas del régimen de contratación para imponerlas directa y unilateralmente. También, en el principio de igualdad de las partes contratantes, mediante el cual una parte no puede ejercer dicha facultad unilateral mientras que la otra no.

Ejemplo de esta postura, se encuentra en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del 19 de junio de 2020, Expediente 44420⁵³:

En definitiva, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad podían pactar multas por incumplimiento del contrato. No obstante, la competencia para imponerla unilateralmente y hacerla efectiva, le corresponde al juez del contrato, precisamente porque las competencias de las entidades estatales y sus representantes están dadas por la ley y no pueden atribuirse ni derivarse de un acuerdo de voluntades que carezca de soporte legal y, porque resultan ajenas a las facultades que los contratantes pueden ejercer dentro de un contrato sujeto a las normas del derecho privado, en tanto, las partes del contrato se encuentran en igualdad de condiciones.⁵⁴

⁵² Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2312 del 3 de octubre de 2017. La siguiente cita es del original del texto: ¹⁵ Ley 489, artículo 5: “Competencia Administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo”.

⁵³ En similar sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 21 de octubre de 1994, Expediente 9288; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de agosto de 2004, Expediente 12342; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Expediente 24639; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 28 de septiembre de 2011, Expediente 15476; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de diciembre de 2015, Expediente 36807.

⁵⁴ Es de anotar que, con anterioridad, el Consejo de Estado sostuvo la tesis en el sentido de reconocer la facultad de la entidad contratante, sometida al régimen del derecho privado, para hacer efectivas, de manera directa, las cláusulas accidentales, pactadas en los contratos. Ello, con fundamentado en la autonomía dispositiva o autonomía de la voluntad de las partes. Indicó, que dicha actuación no implicaba el desarrollo de una potestad exorbitante del Estado, sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual que de consuno y en pie de igualdad las partes admitieron

En los casos en que las entidades sometidas al régimen de derecho privado han pactado facultades unilaterales, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha señalado que los actos proferidos en ejercicio de dichas facultades no son actos administrativos, sino actos jurídicos contractuales, pues no comportan el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común.

En tal sentido, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, en Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, Radicación 76001233100020060332003 (53.962), reiteró que los actos jurídicos adoptados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, que tienen un régimen contractual privado, no son actos administrativos, sino contractuales, y se rigen por las reglas propias de su régimen especial y por la normativa civil y comercial:

[...] es posible indicar que la naturaleza de los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, se afilia a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos³⁹. En estos términos, cuando una entidad pública está sometida al régimen de derecho común debe «actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo»⁴⁰, ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal⁴¹ -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-.⁵⁵

Si bien esta sentencia unifica posturas respecto a las empresas de servicios públicos domiciliarios, ella puede constituirse en un referente para las entidades que suscriban contratos bajo el mismo régimen especial, como se indicó en precedencia.

En dicha sentencia se fijó la siguiente regla de unificación:

(i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.

que pudiera ser ejercida por alguna de ellas. Ver Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del 20 de febrero de 2017, Expediente 56562.

⁵⁵ Las siguientes citas son del original del texto: ³⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de octubre de 2021, radicación 150012331000200002848-01 (36697). / ⁴⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, radicación 050012331000 200300985 01 (44707). / ⁴¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021, radicación 250002336000 201501315 01 (57822).

[...].

Luego de hacer un análisis de las diferentes posturas que ha tenido la Corporación al respecto, en esta sentencia de unificación, y teniendo en cuenta el marco de contratación de las empresas de servicios públicos, se expusieron los siguientes criterios que sirvieron de base para su decisión unificada:

63. Este aserto conduce a la Sala a reafirmar, en concordancia con la armonía y reconocimiento del régimen al cual están sometidos los contratos de las ESP, en la ausencia de uno de los requisitos esenciales para tener por configurado un acto administrativo en sus actos jurídicos contractuales, esto es, el ejercicio de una prerrogativa de poder; aseveración que desarrolla lo expresado en sentencia de unificación de esta Sala⁴⁶ que afirmó que éstos constituyen actos jurídicos más no administrativos, y pone de presente que las manifestaciones que las ESP profieren bajo la órbita contractual -siempre que no se configuren las excepciones que dan lugar a ello- deben examinarse bajo las normas que los rigen y los institutos que su naturaleza les impone.

64. Por consiguiente, resulta opuesto a su naturaleza asignarles el carácter administrativo ante sus profundas distancias, pues ello significa negar su propia condición, lo que desdice abruptamente del régimen al cual están sometidos; de modo que así se presenten o sean nombrados sus actos como administrativos, es definitivo que no corresponden a tal categoría, ni la adquieren por la fuerza de su sola denominación⁴⁷.

65. Lo dicho conduce a que no sea procedente, por regla general, el examen judicial de los actos contractuales de las ESP como se hace frente a los actos administrativos. Entonces, si se advierte que el acto sometido a verificación no fue proferido en ejercicio de prerrogativas administrativas, esto es, no es un acto administrativo, resulta un contrasentido analizarlo como tal, dejando de lado el verdadero examen que demanda la solución definitiva del conflicto.⁵⁶

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 9 de mayo de 2024, Radicación 76001233100020060332003 (53.962). Las siguientes citas son del original del texto: ⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, radicación 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003). / ⁴⁷ Un breve recuento jurisprudencial sobre la materia da cuenta del tratamiento que se le ha otorgado a los actos de las ESP, al analizarlos, en unas ocasiones, como actos administrativos y en otras bajo la óptica de actos que no tienen esa connotación. En relación con el primero de los análisis, se observa que (i) mediante sentencia de la Subsección B del 17 de marzo de 2021, radicación 25000-23-26-000-2006-02001-01 (38237), se puso de presente que como la entidad no estaba facultada para hacer uso de una «cláusula exorbitante», pues el contrato se regía por el derecho privado, ni se cumplían los requisitos necesarios para que su inclusión resultara forzosa, la ESP no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados con los cuales se declaró la caducidad del negocio jurídico respectivo, razón por la cual se declaró su nulidad en tanto la entidad decidió autohabilitarse y ejercer una facultad que no tenía; (ii) mediante sentencia del 19 de junio de 2020, radicación 05001-23-31-000-2007-02467 01 (46589), la Subsección A declaró la nulidad de las resoluciones que declararon unilateralmente el incumplimiento del contrato y la ocurrencia de un

En consecuencia, según la jurisprudencia citada, la naturaleza de los actos proferidos por las entidades estatales sometidas al régimen de derecho privado «es la de acto jurídico contractual», y para hacerlos efectivos se deben seguir las reglas propias del derecho privado.

9. Declaratoria de ocurrencia de siniestro en contratos sometidos al régimen de contratación entre particulares

Sobre la declaratoria de ocurrencia de un siniestro y la exigibilidad de la garantía por parte de una entidad pública, cuyo régimen de contratación es el derecho privado, la jurisprudencia, en un principio, planteó su postura en el sentido de que la entidad contratante tenía el poder de autotutela declarativa por cuanto se trataba de una facultad administrativa reconocida a todas las entidades, sin importar su

siniestro, pues aunque el negocio jurídico estaba sometido al régimen del derecho común, lo cierto es que las resoluciones acusadas debían ser expulsadas del ordenamiento dado que sobre las mismas obraba la presunción de legalidad que quedó desvirtuada en sede judicial; así, se declaró la configuración del vicio de falta de competencia el cual recayó sobre la decisión de la entidad de declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y aplicar de manera directa y también unilateral las sanciones pecuniarias estipuladas en el acuerdo de voluntades; (iii) la misma Subsección en sentencia del 19 de junio de 2020, radicación 68001-23-31-000-2005-00914-02 (64471), declaró la nulidad de los actos que liquidaron unilateralmente un contrato, por considerar fundado el cargo de falta de competencia ya que se trataba de un contrato sujeto al derecho privado celebrado con una ESP; y (iv) mediante sentencia del 19 de junio de 2019 de la Subsección B, radicación 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800), se indicó que la ESP no contaba con la facultad de declarar unilateralmente el siniestro, pues sus actos y contratos se rigen por el derecho privado, escenario que condujo a la Sala a acceder a acceder a la pretensión de declarar la nulidad, pues la contratante no contaba con la habilitación legal para expedir actos administrativos, y fueron adoptados sin competencia y en desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

Respecto de la segunda forma de analizar los actos de las entidades no sujetas al derecho privado, se advierten las sentencias: (i) de la Subsección B del 18 de noviembre de 2021, radicación 73001-23-31-000-2011-00785-02 (57537), donde se consideró que el acta de liquidación unilateral no es un acto administrativo, y por lo tanto su nulidad no podía demandarse, «[e]n este caso lo procedente para discutir los asuntos relacionados con la liquidación unilateral es demandar el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, como efectivamente hizo...»; y (ii) de la Subsección A, del 12 de diciembre de 2022, radicación 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66.729), al señalar que los actos demandados al ser producidos por la entidad para la administración y el desarrollo de su objeto social se rigen por el derecho privado y no son actos administrativos; por ende, resulta improcedente la exigencia de elevar una pretensión de nulidad en su contra para desvirtuar su legalidad. «En tales condiciones, el debate en torno a los efectos nocivos que puedan derivarse del acta de liquidación unilateral expedida ... habrá de ventilarse mediante las demás pretensiones del medio de control de controversias contractuales dirigidas a atacar su contenido desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, en orden a establecer si el ejercicio de la facultad unilateral satisfizo los alcances de las cláusulas convenidas para su implementación o estas fueron desbordadas o inobservadas».

régimen de contratación, según la facultad contenida en el artículo 68, numerales 4º y 5º del anterior CCA, y en el artículo 99, numerales 3º y 4º del CPACA⁵⁷.

Incluso la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 2312 del 3 de octubre de 2017 se había pronunciado en el mismo sentido, así:

Por otra parte, en cuanto a la competencia de las entidades estatales para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato y hacer exigible la póliza constituida a su favor, la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1997 hasta la fecha, ha señalado que se trata de una facultad administrativa reconocida en forma amplia a las entidades, incluso cuando el régimen del contrato sea el del derecho privado y no le sea aplicable el Estatuto, debido a que la ley no distingue. Su fundamento se deriva de la naturaleza pública de la entidad contratante y de los poderes con que el ordenamiento jurídico la inviste en los numerales 3 y 4 del artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁶ (antiguos numerales 4 y 5 del artículo 68 del CCA¹⁷).

De lo expuesto brevemente, se impone concluir que se está en presencia de un poder de autotutela declarativa¹⁸ de la Administración en materia de contratación estatal que le permite a las entidades estatales por sí y ante sí, mediante acto administrativo, declarar la ocurrencia del siniestro del incumplimiento para hacer efectiva la garantía contractual en los contratos estatales con independencia del régimen de derecho que les resulte aplicable.⁵⁸

⁵⁷ Ver las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia del 21 de marzo de 2007, Expediente 29102; Sentencia del 8 de abril de 2014, Expediente 25801; Sentencia del 13 de noviembre de 2014, Expediente 40789; sentencia del 6 de julio de 2015, expediente 26901.

⁵⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2312 del 3 de octubre de 2017. Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 8 de abril de 2014, Exp. n.º 25.801 y 13 de noviembre de 2014, Exp. n.º 26.901, esta última con salvamento de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo. / ¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 10 de julio de 1997, Exp. n.º 9286; de 3 de mayo del 2001, Exp. n.º 12724; 14 de abril de 2005, Exp. n.º 14.583; 6 de junio de 2007, Exp. n.º 30.565. / ¹⁸ «Cuando una empresa o administración privada es acreedora de una deuda que no es satisfecha voluntariamente por el obligado al pago, para ejecutarla coactivamente no tiene más remedio que acudir a los Tribunales para que éstos declaren primero que la deuda existe, es líquida y exigible (heterotutela declarativa), y para que después impongan coactivamente al deudor el pago de lo debido (heterotutela ejecutiva); la administración privada no puede ejecutar por sí misma esa deuda, sino que imperativamente precisa de la intervención judicial.

En cambio, cuando la Administración Pública es acreedora de una deuda tributaria no necesita acudir a los Tribunales para que se declare la existencia, liquidez y exigibilidad de la deuda (autotutela declarativa) ni para ejecutarla coactivamente (autotutela ejecutiva). En primera instancia no corresponde a los Tribunales la garantía de la eficacia práctica de las potestades de la Administración Pública, sino que el ordenamiento jurídico confiere a estas últimas una posición de privilegio desde la cual pueden ejecutar inmediatamente sus decisiones sin necesidad de intervención judicial; esa posición de privilegio se conoce como privilegio de ejecución u oficio o autotutela administrativa». (BLANQUER David. Introducción al Derecho Administrativo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998. Pág.140).

Sin embargo, la jurisprudencia contenciosa ha venido cambiando su tesis en el sentido de señalar que una entidad pública sometida al régimen de contratación privado no tiene la potestad para declarar unilateralmente un siniestro y hacer efectivo el amparo de la póliza del seguro de cumplimiento. Ello, por cuanto al estar el contrato sometido a los dictados del Código de Comercio, la entidad debe observar lo dispuesto en el artículo 1077 *ejusdem* y en caso de que la aseguradora objete la reclamación de la póliza y se niegue a pagarla tendrá que acudir al juez del contrato para que sea este el que solucione la controversia que pueda suscitarse.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en Sentencia del 8 de septiembre de 2021, Expediente 25000-23-36-000-2015-00694-02(59378), señaló⁵⁹:

42. Esclarecido el régimen jurídico que disciplinó la relación contractual, esta Sala recuerda, como lo ha señalado el Consejo de Estado en otras ocasiones, que una administración, cuando se gobierna por el derecho común, se debe comportar como lo hacen quienes están sometidos al derecho privado, lo que implica que deba adelantar las mismas actuaciones que el resto de estos sujetos. Así, en lo relativo a los seguros, debe observar los dictados del Código de Comercio, particularmente, el artículo 1077, que señala que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida. Al respecto, esta Corporación ha indicado (se transcribe):

«Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, que indica que le “corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. Así mismo, [...] la entidad demandada “debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida”, y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

⁵⁹ Ver también las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de julio de 2016, Expediente 30698; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 22 de febrero de 2017, Expediente 50254; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de mayo de 2020, Expediente 2005-07646-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 2 de julio de 2021, Expediente 51307; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 19 de junio de 2019, Expediente 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de mayo de 2022, Expediente 55015.

En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios»¹⁹.

43. Esta posición jurisprudencial fue reiterada por la Sección Primera en una reciente providencia²⁰: «una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado debe realizar las mismas actuaciones que el resto de los sujetos y de manera particular, acudir a la regulación contenida en el Código de Comercio del derecho de los seguros, particularmente, el artículo 1077 ibídem que señala que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso».⁶⁰

La Sala estima que el criterio expuesto en el Concepto 2312, si bien se ajustaba a la jurisprudencia vigente en su momento, este debe ser reconsiderado con fundamento en los recientes pronunciamientos de esta Corporación. En efecto, la Sala acogerá la nueva postura que predica *la necesidad de acudir al juez del contrato para que este declare el incumplimiento, en caso de no prosperar un acuerdo con la aseguradora, previo el agotamiento del procedimiento regulado en el Código de Comercio*.

En este orden, en los contratos que se suscriban para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, los cuales se rigen por las normas aplicables para la contratación entre particulares, se deben seguir las reglas establecidas en el Código de Comercio para reportar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la garantía.

Sobre la reclamación para hacer efectiva la garantía, el Código de Comercio establece:

1. La obligación del asegurado de informarle al asegurador sobre la ocurrencia del siniestro⁶¹, dentro de los 3 días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer:

Artículo 1075. Aviso de la ocurrencia del siniestro. El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.

⁶⁰ Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800. / ²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 14 de mayo de 2020, exp. 7646.

⁶¹ Código de Comercio, artículo 1072. «DEFINICIÓN DE SINIESTRO. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado».

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.

2. Con dicha información el asegurado debe acompañar las pruebas tendientes a demostrar la ocurrencia del siniestro:

Artículo 1077. Carga de la prueba. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

[...].

3. La aseguradora tiene un mes contado desde la presentación de la reclamación para efectuar el pago del siniestro. Vencido este término se generarán intereses moratorios:

Artículo 1080. Plazo para el pago de la indemnización e intereses moratorios. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.

4. Finalmente, las acciones judiciales que se derivan del incumplimiento del pago de la póliza prescriben en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio:

Artículo 1081. Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

De lo anterior se concluye, que el director de la UNGRD debe seguir este procedimiento para dar noticia y probar la ocurrencia del siniestro, así como hacer efectiva la póliza que garantice el cumplimiento de las obligaciones del contrato de ejecución de bienes, derechos e intereses del FNGRD.

10. Reflexiones de la Sala sobre algunas disposiciones contenidas en el Manual de Contratación del FNGRD

Llama la atención de la Sala los artículos 25 y 30 de la Resolución 0683 del 20 de junio de 2017, expedida por el director general de la UNGRD⁶², que regulan las «cláusulas excepcionales» y el «trámite de proceso sancionatorio contra contratistas», respectivamente, los cuales se encuentran incluidos dentro del Capítulo Segundo – Régimen General (Parágrafo 3º, artículo 50, Ley 1523 de 2012), y que fueron citados en la consulta.

Por la ubicación de dichas normas en la precitada resolución, entiende la Sala que las cláusulas excepcionales allí reguladas son las que se deben pactar en los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del Fondo, los cuales se rigen por el EGCAP.

Señala el artículo 25 de la Resolución 683 de 2017:

Artículo 25. Cláusulas excepcionales. En los contratos que determine el Director General de la UNGRD en su calidad de ordenador del gasto o FIDUPREVISORA, en su calidad de representante legal y administrador del FNGRD, y en los casos en que su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción de los planes de acción específicos o poner en riesgo la atención de la emergencia, se incluirán en el contrato las cláusulas excepcionales al derecho común de interpretación, modificación y terminación del contrato, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad administrativa.

La competencia para expedir los actos de su declaratoria, le corresponde al Director General de la UNGRD, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 en la Ley 1523 de 2012.

⁶² Esta Resolución actualizó el Manual de Contratación del FNGR contenido en la Resolución 1578 del 30 de diciembre de 2016 expedida por el director general de la UNGRD.

Parágrafo Primero. En todos los contratos que se celebren con cargo a los recursos del FNGRD, se podrán pactar cláusulas de multas, penal pecuniaria, y compensatoria.

Parágrafo Segundo. El procedimiento que el FNGRD adelante en caso de incumplimiento de los contratos, y hacer exigibles las sanciones pecuniarias pactadas de mutuo acuerdo, será el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

De la lectura del artículo transcrito, se observa que las cláusulas excepcionales en los contratos suscritos por La Fiduprevisora S.A. y que se rigen por el EGCAP se deben incorporar «en los casos en que su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción de los planes de acción específicos o poner en riesgo la atención de la emergencia».

Por el contrario, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14, así como la jurisprudencia, definieron cuatro situaciones respecto de la procedencia de las cláusulas excepcionales⁶³:

- i) Contratos en los que es obligatorio pactar dichas cláusulas: son los que tienen por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En estos eventos, se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.
- ii) Contratos en los que es opcional pactarlas y depende del acuerdo de las partes: ellos son los contratos de suministro y de prestación de servicios. En estos casos, si no se pactan no pueden ejercerse.
- iii) Contratos en los que está prohibido pactarlas, y por lo tanto, no proceden: son los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.
- iv) Contratos en los que no es posible el pacto de cláusulas excepcionales por no existir habilitación legal para su inclusión y posterior utilización: conformado por

⁶³ Se pueden consultar las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Radicación 30832; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de junio de 2022, Radicación 05001-23-31-000-2002-04922-01(38756).

aquella tipología de contratos que no se encuentran en ninguna de las situaciones anteriores, como por ejemplo, los contratos de leasing o comodato.

En este sentido, debe indicarse que los manuales de contratación no pueden modificar normas de orden público, ni pueden regular de manera contraria situaciones que están previstas en la ley.

De otro lado, el artículo 30 de la Resolución 0683 del 20 de junio de 2017 citada, que regula el trámite del proceso sancionatorio contra contratistas para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, señala:

ARTÍCULO 30. Trámite de proceso sancionatorio contra contratistas. Para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, así como para la estimación de los perjuicios sufridos por la entidad contratante, y a efecto de respetar el debido proceso al afectado a que se refiere el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad observará el procedimiento establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica por delegación del Ordenador del Gasto del FNGRD mediante Resolución 1578 del 27 de noviembre de 2015, modificada por la Resolución 1446 de 2016 y demás que la modifique o sustituya, será el encargado de tramitar el proceso sancionatorio contra contratistas.

El procedimiento adoptado para la imposición de multas, exigencia de cláusula penal y declaratoria de caducidad se soporta en el principio fundamental del debido proceso y los principios que regulan la función pública, conforme a lo preceptuado en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los principios orientadores de las actuaciones administrativas a que se refiere el Artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado por la Ley, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente si ésta aún era requerida por la entidad. El Supervisor o interventor del contrato, previo a la celebración de la audiencia, mediante informe presentado al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, pondrá en conocimiento de la situación al Ordenador del Gasto.

Debe destacarse que, tal como se indicó, esta norma, según su ubicación dentro del cuerpo normativo, está dirigida a regular tal procedimiento para los contratos suscritos por La Fiduprevisora S.A. regidos por el EGCAP, situación de la cual ya se ocupó el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

No obstante, de concebirse que esta norma (artículo 30) aplica a los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo (Ley 1523 de 2012, artículo 66), cuyo régimen contractual es el del derecho privado, la Sala se formula la siguiente pregunta en relación con la

declaratoria del siniestro por incumplimiento del contrato y la exigibilidad de la póliza constituida a su favor:

*¿Puede La Fiduprevisora S.A. en los contratos para la ejecución de los bienes y derechos del FNGRD, sometidos al derecho privado, **pactar** la utilización del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474, para declarar el siniestro?*

En el Concepto 2312 de 2017 se indicó que si en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pactan formas para hacer efectivas las medidas contractuales acordadas y pretenden que las mismas se consideren una «actuación administrativa» así como regular una «competencia administrativa» se estaría desconociendo el principio de legalidad y de reserva de ley:

Si dicho procedimiento es entendido como una actuación administrativa y pretende regular una competencia administrativa para la expedición de actos administrativos, la cual es de orden público [...] desconocería, de manera ostensible y arbitraria, el principio de legalidad y de reserva de ley [...].

[...] la Constitución Política [en los artículos 6, 29, 121 y 150] [...] asigna al Congreso de la República la competencia para regular los procedimientos, asignar las competencias administrativas a las autoridades y establecer los recursos o medios de defensa que pueden interponerse contra las decisiones por ellas proferidas [...].

De conformidad con lo expuesto, en los contratos para la ejecución de los bienes y derechos del FNGRD, sometidos al derecho privado, no se puede pactar la utilización del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 para declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza. Ello, por las siguientes razones:

- a. El procedimiento administrativo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en sí mismo configura una actuación administrativa, así lo describe, de manera expresa, el literal d) de la misma norma. Resulta inadmisibles la autohabilitación de las partes para que una entidad sometida al derecho privado adopte actos administrativos, pues ello va en contra del principio constitucional de legalidad⁶⁴.
- b. El legislador mediante el citado artículo 86 creó un régimen especial para la declaratoria de ocurrencia de un siniestro y la exigibilidad de la garantía por parte de una entidad pública, cuya contratación está sometida al régimen del

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 30 de agosto de 2024, Radicación 50001233300020140028501 (70.247): «en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca».

EGCAP⁶⁵, dejando el procedimiento establecido, desde 1971, en las normas del Código de Comercio para aquellos contratos que se deban someter al régimen de los particulares.

- c. Las normas del Código de Comercio que regulan el procedimiento «para dar aviso de la ocurrencia del siniestro (1075), así como «el plazo para el pago de la indemnización y para que se genere la obligación de pagar intereses moratorios» (1081), y la que establece el «término de prescripción de las acciones» judiciales que derivan del contrato de seguro (1088) son de orden público y resultan inmodificables para la partes.

Ratifica lo anterior, el artículo 13 del Código General del Proceso (CGP):

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.

Sobre este último punto, los artículos 1162 y 1081 del Código de Comercio indican:

Artículo 1162. Normas inmodificables y modificables solo en sentido favorable. Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1o., 2o. y 4o.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3o.), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1o.), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161.

Artículo 1081. Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

⁶⁵ Zornoza Prieto., H., Comentarios a la garantía única de cumplimiento y al régimen de intermediarios de seguros de las nuevas normas sobre la Contratación Estatal. Estudios sobre la Reforma del Estatuto Contractual. Universidad Externado de Colombia pág.365, los denomina «criterios que deben tener en cuenta las entidades para exigir las garantías».

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes. (subrayas de la Sala).

Por lo tanto, en los contratos sometidos al régimen de los particulares no resulta disponible para las partes el contenido del artículo 1075 citado, esto es, la obligación del asegurado de informarle al asegurador sobre la ocurrencia del siniestro, dentro de los 3 días siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debido conocer. Tampoco resulta objeto de libre disposición el artículo 1081 del Código de Comercio que establece los términos de prescripción.

Finalmente, el plazo de un mes, contado a partir de la presentación de la reclamación, que tiene la aseguradora para el pago de la indemnización o para objetar la reclamación, so pena de que se genere la obligación de pagar intereses moratorios, dispuesto en el artículo 1080, solo puede ser modificado por las partes en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario, situación que no se presenta cuando se pacta el procedimiento establecido para las entidades sometidas al EGCAP.

Los procedimientos establecidos por el legislador para la declaratoria de ocurrencia de un siniestro y la exigibilidad de la garantía, uno para los contratos regulados por el régimen de los particulares en el Código de Comercio, y otro para los contratos sometidos al EGCAP (Ley 1474 de 2011) se diferencian en que:

Procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011	Procedimiento del Código de Comercio
Requiere necesariamente de la celebración de una audiencia, precedida de una citación formal en la que se indiquen: los hechos, las cláusulas vulneradas, las posibles consecuencias para el contratista, así como las pruebas que sustenten el posible incumplimiento.	Solo requiere informarle al asegurador sobre la ocurrencia del siniestro, dentro de los 3 días siguientes a la fecha en que el contratante lo haya conocido o debido conocer.
Está bajo la dirección del jefe de la entidad o su representante, quien	El artículo 1075 indica que está bajo la dirección exclusiva de la aseguradora,

Procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011	Procedimiento del Código de Comercio
valorará las pruebas presentadas por el contratista, e incluso tendrá la posibilidad de suspender la audiencia para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón, debidamente sustentada, resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En este procedimiento la aseguradora solo es una de las partes citadas y no tiene competencia para valorar la ocurrencia del siniestro.	como obligada a responder por el pago de la indemnización.
Establece una carga probatoria para el contratista que se debe debatir en la audiencia, la que será valorada por el jefe de la entidad contratante o su delegado.	El artículo 1077 indica que es deber del asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, correspondiendo al asegurador demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.
La resolución motivada mediante la cual el jefe de la entidad o su delegado declara el incumplimiento es susceptible de recursos tanto en vía administrativa (reposición), como en el contencioso-administrativo (nulidad y restablecimiento del derecho, o controversias contractuales, según corresponda a un acto administrativo o un acto contractual).	El artículo 1081 indica que el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario presente la reclamación y vencido este plazo, sin que se haya objetado la misma, deberá reconocer y pagar al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, intereses moratorios.

En efecto, sobre la mayor facilidad establecida en el procedimiento indicado en el Código de Comercio, frente al establecido para las entidades sometidas al EGCAP, la doctrina ha señalado que :

A diferencia del régimen general de cobro de las prestaciones a cargo del asegurador, el seguro de cumplimiento que se expide a favor de entidades estatales, éste no se lleva a cabo mediante la presentación de un reclamo, ni el asegurador dispone del término de un mes para objetarlo. El artículo 7 de la Ley 1150 dispone que el acaecimiento del siniestro debe ser notificado mediante acto administrativo que lo declare. El mencionado acto debe ser notificado al contratista y a su garante, quienes

disponen de los recursos [...] y por supuesto de las acciones ante la jurisdicción administrativa [...].

Lo que impide la oportunidad de [...] que la entidad contratante reclame el pago de las indemnizaciones formulando el reclamo extrajudicial aparejado de los documentos que sirven para la demostración de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, como desde el año 1971 lo permite el legislador [...].

Es más fácil el cobro extrajudicial de las obligaciones; para ello solo se requiere formular el reclamo y demostrar los presupuestos del artículo 1077, es decir la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, probados los cuales el asegurador debe demostrar las circunstancias que lo exoneran de responsabilidad, objetar o pagar en el término de un mes [...].⁶⁶

Y sobre el riesgo de que transcurra el término de prescripción que establece el artículo 1081 del Código de Comercio, la autora citada señaló:

La expedición del acto administrativo es lo que dificulta el recaudo de la administración a cargo del asegurador; éste debe quedar ejecutoriado antes de que transcurra el término de prescripción que se establece para el contrato de seguro [...] lo cual es muy difícil porque el acto administrativo puede ser recurrido [...] el riesgo que corre la administración es que para cuando se profiera [la decisión del recurso] ya se encuentre prescrita, es decir ya no existan posibilidades de cobrarle al contratista y al garante por esa vía.

En conclusión, el procedimiento establecido por el legislador para la declaratoria de ocurrencia de un siniestro y la exigibilidad de la garantía en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene por finalidad la creación de reglas especiales para las entidades públicas que en su contratación están sometidas al EGCAP, así como regular una competencia administrativa para la expedición de un acto administrativo, por lo que su pacto mediante cláusula contractual, en desarrollo de lo previsto en el artículo 30 del Manual de Contratación del FNGRD, vulnera normas de orden público previstas en el Código de Comercio (1075, 1077 y 1081), en concordancia con el artículo 13 del CGP.

De esta manera, cuando una entidad estatal está sometida al derecho común, se debe comportar como lo hacen quienes están sometidos al derecho privado, lo que implica que deba adelantar las mismas actuaciones que el resto de estos sujetos, que para el caso concreto la obliga a observar los dictados del Código de Comercio, posición que está prohijada, entre otras, en la Sentencia del 19 de junio de 2019, Expediente 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800)⁶⁷.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 400.

⁶⁷ «131. Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, que indica que le «corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la

11. Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre controversias y litigios relativos a los contratos en que sea parte una entidad pública

El artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 señala aquellos procesos cuyo conocimiento es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Concretamente, establece que, entre estos, se encuentran los «relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado». La misma norma especifica en su parágrafo:

Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Como se indicó atrás, La Fiduprevisora S.A. es una sociedad de economía mixta de carácter indirecto y del orden nacional con capital mayoritariamente estatal.

En este marco, la Sección Tercera de esta Corporación ha indicado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer controversias originadas en contratos celebrados por entidades estatales, incluso sometidas a régimen especial, en razón a que se acoge el criterio orgánico o subjetivo:

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza [...].

De este modo, **son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado**, ya sea que se regulen por el Estatuto General de

cuantía de la pérdida, si fuere el caso». Así mismo, tal y como lo indicó el demandante en su recurso de apelación, la entidad demandada «debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida», y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo. // 132. **En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios. // [...].** [negrilla propia del texto].

Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales, y [...] son objeto de control por parte del juez administrativo [...] ⁶⁸. [resaltado de la Sala].

Por lo anterior, tratándose de competencia en asuntos relativos a contratos adquiere relevancia la naturaleza jurídica de cada entidad, si se considera que la misma es entidad pública en los términos del parágrafo del artículo 104, los contratos que dicha entidad celebre deberán tenerse como estatales y sus controversias o litigios serán de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Aun cuando el artículo 105 *ejusdem* prevé excepciones para el estudio de la responsabilidad extracontractual de ciertas entidades públicas, ninguna de ellas es aplicable al presente caso, como se pasa a explicar.

11.1. Excepción a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en asuntos relacionados con controversias relativas a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan carácter de instituciones financieras

El numeral 1º del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 estableció las excepciones a la regla general de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, establecida en el artículo 104, en asuntos relacionados con controversias relativas a los contratos celebrados por entidades públicas, así:

Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas 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, incluyendo los procesos ejecutivos. [...].

Para considerar esta excepción a la regla general, la Sala considera importante citar la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011⁶⁹, en la que se indica la finalidad de incorporar esta excepción a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de agosto de 2015. Expediente 42296. Esta posición ha sido expuesta en otras providencias, entre las cuales se encuentran: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de abril de 2005, Expediente 14519 y Auto de 20 de agosto de 1998. Expediente 14.202.

⁶⁹ Presentada dentro del proyecto de ley 198 de 2009 (en Senado de la República), «[P]or la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo», cuyo texto definitivo fue aprobado en la sesión plenaria del 9 de junio de 2010, publicado en la Gaceta del Congreso de la República gaceta del congreso no. 440/ 2010 y 529/2010. Pág.9.

Con el fin de evitar confusiones acerca de los asuntos sobre los cuales debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siguiendo las orientaciones contenidas en Códigos recientemente expedidos, como el de Costa Rica, en el artículo 101 del proyecto se señalan expresamente algunas materias que no se comprenden dentro del objeto de la jurisdicción, como por ejemplo:

- Las controversias sobre responsabilidad contractual o extracontractual de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de esas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos, dado que tienen una connotación de derecho privado que no corresponde a la especialidad de la jurisdicción. [subrayas de la Sala].

Esta excepción fue prevista para aquellas entidades públicas que:

- a. Tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores, vigiladas por la superintendencia financiera (criterio orgánico); y
- b. Sus controversias extracontractuales o contractuales tengan origen en el «giro ordinario de sus negocios» (criterio material)

Esto último, en el entendido de que dichos asuntos tendrían, como se indicó en la exposición de motivos citada, «una connotación de derecho privado que no corresponde a la especialidad de la jurisdicción».

Al tener La Fiduprevisora S.A. calidad de **entidad pública que realiza una actividad de naturaleza financiera**, y estar sometida a la **vigilancia de la Superintendencia Financiera** se materializa uno de los presupuestos requeridos por el artículo 105 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, para que sus controversias, relativas a contratos no sean del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo: el criterio orgánico.

Sin embargo, para determinar si se configura dicha excepción, debe definirse si la actividad de La Fiduprevisora S.A. **como administradora** de los recursos del FNGRD se origina en actuaciones propias del giro ordinario de sus negocios, y si estas actuaciones tienen «una connotación de derecho privado que no corresponde a la especialidad de la jurisdicción», es decir, el criterio material.

Tal como se indicó en el acápite correspondiente al régimen de contratación del FNGRD, La Fiduprevisora S.A. cuando administra bienes, derechos e intereses del FNGRD **no desarrolla actividades comerciales en competencia** con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, pues, debido

a las barreras de acceso legal, a ninguna otra sociedad fiduciaria le es permitido administrar los bienes, derechos e intereses del FNGRD.

En consecuencia, los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A., en calidad de administradora del FNGRD, están sometidos al EGCAP, de conformidad con el parágrafo 3º del artículo 50 de la Ley 1523 de 2012⁷⁰, y, por lo tanto, su control judicial corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Dicho control se realizará siguiendo la regla especial de competencia establecida en el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, la pregunta formulada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República hace relación a la jurisdicción competente «para conocer de los actos [...] de La Fiduprevisora S.A. en calidad de administradora del FNGRD» .

Los actos administrativos expedidos por el director de la UNGRD, en ejercicio de la competencia establecida en el parágrafo 1º del artículo 48 de la Ley 1523 de 2012, que se generen por virtud y/o en consecuencia de la contratación adelantada por La Fiduprevisora S.A., para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, incluidos aquellos que se expidan en ejercicio de las cláusulas excepcionales previstas en el EGCAP, están sujetos al régimen de derecho administrativo y serán sometidos al control jurisdiccional de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por último, llama la atención de la Sala el hecho de que el artículo 12 de la Resolución 1578 de 2016⁷¹ regula la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales de La Fiduprevisora S.A. como administradora de los bienes, derechos, e intereses del FNGRD. Tal y como está redactada, dicha disposición resulta contraria a normas de orden público, como lo son el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13 de la Ley 1564 de 2013, debido a que asume la competencia sobre materias que son de reserva de ley, de conformidad con el numeral 2 del artículo 150 de la Carta Política.

12.Función administrativa de cobro coactivo de entidades y organismos públicos

⁷⁰ «**Parágrafo 3.** Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la administración de los bienes, derechos e intereses del fondo se someterán al régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, sin perjuicio del régimen de contratación previsto para las situaciones de desastres o de similar naturaleza y a evitar la extensión de los efectos» [subrayas de la Sala].

⁷¹ «[P]or medio de la cual se adoptó el Manual de contratación del FNGRD y se fijan directrices para el ejercicio y desempeño de la interventoría y supervisión en el FNGRD». Esta Resolución fue actualizada por la Resolución No. 0683 de 2017, ambas expedidas por el director general de la UNGRD.

Sobre la función administrativa de cobro coactivo, esta Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, por lo cual reiterará el análisis hecho en el Concepto 2164 de 5 de junio de 2014, que a su vez hizo alusión a lo expuesto en el Concepto 2084 de 9 de agosto de 2012.

El derecho colombiano ha optado por reconocer a la generalidad de entidades estatales la facultad o privilegio de cobrar directamente las obligaciones a su favor sin necesidad de acudir a una autoridad judicial, esto es, de ejercer la potestad de cobro coactivo.

Inicialmente, los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo anterior y el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 le otorgaron dicha potestad a la Nación y demás entidades del orden nacional, a las entidades territoriales y a los establecimientos públicos de cualquier orden. Posteriormente, la Ley 1066 de 2006 la ampliaría a la generalidad de entidades públicas que de manera permanente ejercen funciones administrativas y en virtud de ellas deban recaudar rentas o caudales públicos:

Artículo 5º. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-, complementó y reforzó la Ley 1066 de 2006 al disponer en el artículo 98, lo siguiente:

Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes⁷².

⁷²«Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

(...)Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%».

En efecto, el CPACA ratifica la potestad de que goza la Administración para efectuar directamente el cobro coactivo de las obligaciones a su favor, aunque deja abierta la opción de acudir a los jueces competentes mediante la vía del proceso ejecutivo.

Además, el Título IV de la Parte Primera del CPACA establece el «procedimiento administrativo de cobro coactivo» para las actuaciones que las entidades públicas deben adelantar para cumplir con su deber de «recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo».

12.1. Presupuesto para el cobro coactivo: que la obligación preste mérito ejecutivo. Actos administrativos como título de ejecución

De conformidad con el artículo 99 del CPACA para que proceda el cobro coactivo de la obligación es indispensable que esta conste en un título ejecutivo.

Una de las características más sobresalientes del acto administrativo es su obligatoriedad, lo que apareja su ejecutividad y ejecutoriedad. Para la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁷³, el carácter ejecutivo de un acto administrativo no es otra cosa que la «aptitud e idoneidad del acto administrativo para servir de título de ejecución»; por su parte, la ejecutoriedad consiste en «la facultad que tiene la Administración para que, por sus propios medios y por sí misma, pueda hacerlo cumplir».

En efecto, conforme al artículo 89 del CPACA los actos administrativos que quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo son suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda ejecutar los actos necesarios en orden a su cumplimiento inmediato. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados, la cual se da en los casos que señala el artículo 87 *ibidem*⁷⁴.

Así las cosas, se advierte que es presupuesto del cobro coactivo la existencia, claridad y exigibilidad de una prestación insatisfecha contenida en un título

⁷³ Sentencia de 12 de octubre de 2006, Expediente 14.438.

⁷⁴ «Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo».

ejecutivo, en los términos del artículo 99 transcrito, en concordancia con los artículos 87 y 89 del CPACA.

Los documentos que prestan mérito ejecutivo, los cuales aparecen descritos en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, son:

Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.
2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, o de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
3. **Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento** o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.
4. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.
5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor. [resaltado de la Sala]. (Hasta aquí la Reiteración).

12.2. Naturaleza de los títulos ejecutivos

De acuerdo con lo establecido en el artículo 422 del Código General del Proceso⁷⁵ un título ejecutivo es un documento que contiene una obligación clara, expresa y exigible.

Sobre estas características esenciales de los títulos ejecutivos la Sección Tercera de esta Corporación ha indicado que:

⁷⁵ Ley 1564 de 2012 «Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184».

por expresa debe entenderse que la obligación aparezca manifiesta de la redacción misma del título; es decir, en el documento que la contiene debe estar expresamente declarada [...]. La obligación es clara cuando [...] aparece determinada en el título, de modo que sea fácilmente inteligible y se entienda en un solo sentido. La obligación es exigible cuando puede demandarse su cumplimiento, por no estar pendiente el agotamiento de un plazo o de condición [...]»⁷⁶.

En los títulos ejecutivos «la obligación debe constar: i) en documentos auténticos que provengan del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él, o ii) en providencias emanadas de autoridades competentes que tengan fuerza ejecutiva, conforme a la ley, [...]»⁷⁷.

Según la forma en que se constituyan, los títulos ejecutivos pueden ser simples o complejos. Serán simples cuando la obligación conste en un solo documento y la misma sea clara, expresa y exigible. Por el contrario, serán complejos cuando la obligación conste en varios documentos, que al constituir una unidad jurídica, no puedan hacerse valer por separado como título ejecutivo.⁷⁸

Así las cosas, se concluye que: i) la facultad de cobro coactivo se enmarca en el ejercicio de la función administrativa; ii) que su objetivo es lograr el cumplimiento de una obligación en sede administrativa; y iii) que requiere como presupuesto la existencia, claridad y exigibilidad de una prestación insatisfecha contenida en un título ejecutivo simple o complejo en los términos del artículo 99 transcrito, en concordancia con los artículos 87 y 89 del CPACA⁷⁹.

Como se indicó atrás, el director de la UNGRD como ordenador del gasto puede declarar el incumplimiento mediante actos administrativos, en dos casos:

- i) cuando el contrato que celebre La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD esté sometido al EGCAP, o
- ii) cuando el contrato que celebre La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD se realice bajo el régimen especial de contratación establecido en el artículo 66 de la Ley 1523 de

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de marzo de 2017, Expediente 53819.

⁷⁷ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de marzo de 2017, Expediente 53819 y Autos de 4 de mayo de 2002, Expediente 15679 y del 30 de marzo de 2006, Expediente 30086. En el mismo sentido: Corte Constitucional, Auto 1570 de 2002.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de mayo de 2013. Expediente 18057, Sentencias del 23 de octubre de 2020, Expediente 65.271 y del 20 de noviembre de 2020, Expediente 66.172. Sección Cuarta, Sentencia del 31 de enero de 2008, Expediente 34201.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2002.

2012, y se incluyan cláusulas excepcionales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993. En este supuesto, solamente en la declaratoria de caducidad.

Para adelantar el procedimiento de cobro coactivo se requerirá el título ejecutivo complejo del que habla el numeral 3 del artículo 90 del CPACA: «el contrato [...] junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento [...]».

Ahora bien, en los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, el director de la UNGRD no tiene la potestad unilateral para declarar eventos constitutivos de incumplimiento. Por tal motivo, al no existir un acto administrativo que declare el incumplimiento, este no podrá ejercer la función administrativa de cobro coactivo, ante la imposibilidad de constituir el título ejecutivo complejo establecido en el numeral 3º del artículo 90 del CPACA.

13. Registro Único de Proponentes (RUP)

El Registro Único de Proponentes (en adelante RUP) es un registro público, regulado por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y reglamentado por el artículo 2.2.1.1.1.5.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, en el que se incorpora la información relacionada con las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, con el fin de que puedan participar en los procedimientos de contratación realizados por las entidades públicas.

Ha indicado la Sección Tercera de esta Corporación que dicho registro se establece como «la herramienta de verificación de las condiciones de los proponentes o requisitos habilitantes, como son, la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. De manera que estas condiciones sólo deben ser objeto de verificación por parte de la Administración, con base en la información certificada en el RUP, en aras de que las entidades se centren únicamente en el examen de los aspectos técnicos y económicos de las propuestas»⁸⁰.

El inciso segundo del citado artículo 6º determinó la regla de excepción al registro indicando los casos en que este no se requiere, así: contratación directa, contratos para la prestación de servicios de salud, contratos de mínima cuantía, enajenación de bienes del Estado, contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas y los actos y contratos que tengan por objeto directo las

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de octubre de 2021, Expediente 59925.

actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier tipo; casos en los cuales las entidades están encargadas de verificar directamente los requisitos habilitantes de los proponentes.

La norma estableció en cabeza de las cámaras de comercio la obligación de registrar y certificar las condiciones habilitantes de los proponentes, excepto en los asuntos que la misma legislación eximió, arriba citados, circunstancia ante la cual, las propias entidades deben realizar el examen de dichos requisitos⁸¹.

El artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007 dispone que el RUP es plena prueba de la información que en él se contiene, es decir de las circunstancias que en él se hagan constar y se hayan verificado por las cámaras de comercio, «razón por la cual la verificación de la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes se acreditan de forma exclusiva con este certificado; a su vez, indicó que «sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa»⁸².

El inciso primero del artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015, impone a las entidades estatales el deber de reportar a las cámaras de comercio la información relativa a los actos administrativos ejecutoriados, expedidos con ocasión de incumplimientos presentados en el marco de los contratos estatales que celebran⁸³.

6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados [...].

Esta norma fue reglamentada por el Gobierno nacional en las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro, siendo el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 el que dispuso:

Artículo 2.2.1.1.1.5.7. Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual. Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio, copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Agencia Nacional de Contratación Pública. Colombia compra eficiente. Concepto C-078 del 22 de agosto de 2023.

de los contratos que hayan suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada. El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad.

La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma [...].

En los términos del artículo 6.2 de la Ley 1150 y del artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 son las «entidades estatales» las que están obligadas a enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio, copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes de los contratos que hayan suscrito, y de la información de los procesos de contratación.

Igualmente el artículo 6.2 mencionado estableció que: «[e]l servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta».

Conforme al párrafo 3° del artículo 50 de la Ley 1523 de 2012, los contratos que puede suscribir La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, se rigen por el EGCAP.

Por lo tanto, el director de la UNGRD puede declarar el incumplimiento, mediante actos administrativos, en ejercicio de la función administrativa, lo que configura la obligación de reportar al RUP los actos administrativos en firme por medio de los cuales se impusieron multas y sanciones, así como las inhabilidades resultantes, de conformidad con el artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015.

14. Reflexión final. Reiteración de la necesidad de aplicación práctica de los principios de transparencia, buena fe y moralidad administrativa

El artículo 38 de la Resolución 0683 de 2017, que actualiza el manual de contratación del FNGRD, incorpora «prácticas de transparencia y anticorrupción» en los procesos de gestión contractual del FNGRD.

La Sala ha sostenido de manera reiterada⁸⁴ que todas las entidades públicas en su actividad contractual, en particular, aquellas sometidas a regímenes especiales de contratación, están vinculadas a los principios de la función administrativa, no sólo

⁸⁴ Conceptos 2148, 2150 y 2156 de 2013 y 2227 de 2014, así como 2260 y 2264 de 2015.

incluyéndolos en el articulado de sus manuales de contratación, sino dando aplicación práctica.

La contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios que utilizan las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual [...] debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política^{21 85}.

Los conceptos 2260 y 2264 del año 2015 evidenciaron la incidencia que para la contratación estatal tienen los principios de transparencia, buena fe y moralidad administrativa, para el cumplimiento de los fines constitucionales y del interés público ínsitos en la actividad contractual.

En virtud del principio de transparencia, [...] se procura garantizar [...] la formación del contrato, con plena publicidad [...] de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo, extraña a cualquier factor político, económico o familiar²⁷, libre de presiones indebidas y, en especial, de cualquier sospecha de corrupción en las personas de los funcionarios y los particulares que participan en el proceso^{28 86}.

Así mismo, sobre el principio de buena fe y moralidad administrativa, el Concepto 2260 de 10 de agosto de 2015 señaló:

El artículo 83 de la Constitución Política (C.P.) dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. En el ámbito de la contratación estatal el Consejo de Estado, Sección Tercera²⁹, manifestó que la buena fe se traduce en la obligación de rectitud y honradez

⁸⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2260 de 2015. La siguiente cita es del original del texto: ²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. n.º 24715.

⁸⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2260 de 10 de agosto de 2015. Las siguientes citas son del original del texto: ²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.º 2148 de 2013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación n.º 24715. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088. «Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N)». / ²⁸ En desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (Ley 80/93, artículo 24, num. 8).

recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,³⁰ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad³¹, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido³² [...].

El Decreto 019 de 2012, dispone en su artículo 3, bajo el título de «moralidad», que: «La actuación administrativa debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común. En tal virtud, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas».⁸⁷

En consecuencia y dada la finalidad de interés público y asistencia social para la que fue constituido el FNGRD: «atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre, de calamidad o de naturaleza similar»⁸⁸, en los contratos que se celebren para la administración o ejecución de sus bienes, derechos e intereses resulta imperativo, tanto para La Fiduprevisora S.A como para el director de la UNGRD, acatar y dar aplicación práctica a los principios de transparencia, buena fe y moralidad administrativa.

Es así como con el fin de prevenir y sancionar actos de corrupción en la contratación estatal, el Concepto 2260 de 2015 arriba citado señaló que las entidades contratantes deben hacer aplicación práctica del principio constitucional de moralidad administrativa, adoptando medidas en cada una de las etapas a las que están sometidos los procesos de contratación.

Desde la etapa previa y hasta la ejecución del contrato las entidades estatales deben señalar, de manera explícita:

a. [el] deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal, con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, los principios de transparencia, buena fe [...] y moralidad administrativa; b. [l]a necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la carga de conocimiento, esto es, determinar la calidad con

⁸⁷ *Ibidem*. Las siguientes citas son del original del texto: ²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. nº 24715. También, Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001. / ³⁰ Vid. L. Díez PICAZO, *La Doctrina de los Propios Actos*, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss. / ³¹ Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta. / ³² En este sentido, normas civiles y mercantiles plenamente aplicables a la contratación estatal por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establecen que los contratos deben celebrarse de buena fe (artículo 1603 del Código Civil); y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

⁸⁸ Artículo 47 de la Ley 1523 de 2012.

la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y c. [l]a tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción [...].

Para ello, las entidades contratantes podrán exigir a los proponentes o contratistas que suscriban «pactos o compromisos de integridad», que adjunten, bajo la gravedad de juramento, «la declaración de origen de fondos» de los recursos que comprometerán en la ejecución del contrato, así como, con base en la carga de conocimiento, la presentación de información periódica sobre «la composición del capital social [...], con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial [...], así como la de sus representantes legales».

Igualmente, la entidad contratante podrá requerir al proponente o contratista la autorización expresa para «averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados», obligarle a proveer información, en cualquier momento, sobre la ocurrencia de una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero.

Finalmente, con el fin de proteger los intereses de la Administración, las entidades contratantes pueden incluir «condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción» o cualquier otra circunstancia de la cual pueda derivar un aumento del riesgo de que se vulneren los principios de la contratación estatal. Asimismo, deberán exigir garantías suficientes para mantener cubiertos, durante toda la ejecución del contrato, los riesgos previsibles «de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional».

Ello permite prevenir el riesgo de incurrir en prácticas que propicien actos de corrupción, y contribuye al fortalecimiento de la integridad de las estructuras de gobierno, así como a reforzar la confianza ciudadana en las instituciones.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil

III. RESPONDE:

«1. ¿El régimen jurídico de todos los contratos celebrados por el Fondo Nacional de la Gestión del Riesgo de Desastres es de derecho privado?»

En primer lugar, la Sala precisa que los contratos celebrados con los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD) son suscritos por la Fiduprevisora S.A. y no por el citado Fondo. En consecuencia, se procede a responder la pregunta, en los siguientes términos:

No. De conformidad con el parágrafo 3º del artículo 50, y el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, existen dos regímenes de contratación cuando se celebren contratos con los recursos del FNGRD:

- i) El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) para los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, en los términos expuestos en este concepto.
- ii) El régimen de contratación entre particulares, esto es el derecho privado, con la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, para los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, relacionados directamente con las actividades de respuesta, rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública. En estos contratos se podrán pactar cláusulas excepcionales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, en los términos expuestos en este concepto.

«2. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para expedir un manual de contratación para los contratos del FNGRD, cuya sociedad administradora es La Previsora S.A.?»

Sí. En su condición de ordenador del gasto, el director de la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) tiene la competencia para expedir un manual de contratación para los contratos regidos por el EGCAP, en los términos de la respuesta anterior.

Respecto de los contratos regidos por el derecho privado, el director de la UNGRD tiene la facultad para expedir un manual de contratación como instrumento de auto-organización y de gestión de calidad, el que deberá interpretarse bajo la lógica de las normas civiles y comerciales aplicables a su gestión contractual.

«3. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para adelantar los procedimientos de selección de los proveedores de obras, bienes y servicios con los que la Fiduprevisora S.A. debe celebrar los contratos en calidad de administradora y representante legal del FNGRD?»

Sí. En los contratos que celebre La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, sometidos al EGCAP, el director de la UNGRD, en su condición de ordenador del gasto, es quien tiene la competencia para adelantar la actividad precontractual, y en general, para ejecutar el presupuesto del FNGRD. Por lo tanto, es a él a quien le compete realizar los procesos de selección requeridos para el cumplimiento de su objeto, de conformidad con lo expuesto en el presente concepto.

«4. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene facultad legal para declarar unilateralmente el incumplimiento de los contratos celebrados por la Fiduprevisora S.A. mediante acto administrativo proferido por la UNGRD en aquellos contratos en los cuales se estipularon multas y/o cláusulas penales pecuniarias, o si por el contrario son actos contractuales de la administración?»

Para responder la pregunta, se debe distinguir la estipulación sobre multas y/o cláusulas penales pecuniarias, las cuales dimanen de la autonomía de la voluntad, de su imposición unilateral. Así las cosas:

- i) En los contratos celebrados por La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD (artículo 50, parágrafo 3º de la Ley 1523 de 2012), que son los regidos por el EGCAP, y que contengan tal estipulación, el director general de la UNGRD tiene la potestad para declarar unilateralmente el incumplimiento, mediante acto administrativo, previo el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- ii) En los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD (artículo 66 de la Ley 1523 de 2012), que se rigen por el derecho privado, y que contengan tal estipulación, el director general de la UNGRD no tiene la facultad legal para declarar unilateralmente el incumplimiento. Por lo tanto, la competencia para imponer unilateralmente y hacer efectivas las multas y/o cláusulas penales pecuniarias le corresponde al juez del contrato.

«5. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento

mediante acto jurídico contractual en aquellos contratos en los cuales no se ha pactado expresamente dicha potestad?»

No. De conformidad con la respuesta anterior, numeral ii), en los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD (artículo 66 de la Ley 1523 de 2012), que se rigen por el derecho privado, el director general de la UNGRD no tiene la facultad legal para declarar unilateralmente el incumplimiento, así se pacte expresamente.

«6. ¿Cuál es el procedimiento para el siniestro o efectividad de garantías de las pólizas derivadas de los contratos de seguro que derivan, a su vez, del perfeccionamiento de los contratos estatales que suscribe el FNGRD, en atención a su régimen jurídico, cuando ello no deriva de la aplicación de cláusulas excepcionales de que tratan los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993?»

En los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, cuyo régimen es el EGCAP, el procedimiento para hacer efectiva la garantía única es el señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En los contratos que suscriba La Fiduprevisora S.A. para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD y cuyo régimen es el del derecho privado, resulta imperativo seguir las reglas establecidas en el Código de Comercio (arts. 1075, 1077, 1080 y 1081) para dar noticia y probar la ocurrencia del siniestro, así como para hacer efectiva la póliza que garantice el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

Agotado el procedimiento previsto en las normas citadas, sin que la aseguradora pague el siniestro, debe acudir al juez del contrato para la efectividad de las garantías.

«7. ¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de los actos y contratos de la Fiduprevisora S.A. en calidad de administradora del FNGRD?»

Las controversias originadas en los contratos que celebra La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD serán de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por las razones expuestas en el presente concepto.

También serán de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los actos administrativos expedidos por el director de la UNGRD, que se generen por virtud y/o en consecuencia de la contratación que adelante La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD.

«8. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para adelantar procedimientos administrativos de cobro coactivo derivados de los actos contractuales de declaratoria de incumplimiento?»

La Sala entiende que la pregunta trata de «actos contractuales» que se expiden en los contratos regidos por el derecho privado. En este caso, el director general de la UNGRD, en calidad de ordenador del gasto del FNGRD, no tiene competencia para adelantar los procedimientos administrativos de cobro coactivo.

El procedimiento de cobro coactivo es una prerrogativa exorbitante de la Administración pública y al no existir un acto administrativo que declare el incumplimiento, el director de la UNGRD no podrá ejercer la función administrativa de cobro coactivo, ante la imposibilidad de constituir el título ejecutivo complejo establecido en el numeral 3º del artículo 90 del CPACA.

«9. ¿El Director General de la UNGRD, en calidad de ordenadora (sic) del gasto del FNGRD, tiene la competencia para reportar al Registro Único de Proponentes los incumplimientos declarados en los contratos celebrados por la Fiduprevisora S.A. en calidad de administradora del FNGRD?»

Sí. El director de la UNGRD, en calidad de ordenador del gasto del FNGRD, tiene la competencia para reportar al RUP, exclusivamente, los actos administrativos en firme por medio de los cuales se declare el incumplimiento y se impongan multas y sanciones, así como las inhabilidades, resultantes de los contratos celebrados por La Fiduprevisora S.A. para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD (artículo 50, párrafo 3º de la Ley 1523 de 2012), regidos por EGCAP.

Remítase copia a la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Presidenta de la Sala

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado

JUAN MANUEL LAVERDE ALVAREZ
Consejero de Estado

JOHN JAIRO MORALES ALZATE
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala