

FACULTADES UNILATERALES – Contratos – Regímenes exceptuados - No regidos – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Procedencia – Principio de autonomía de la voluntad - Norma Especial- Alcance – No es cláusula excepcional

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que en los contratos que no se rigen por Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pueden estipularse facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, como concreción del principio de la autonomía de la voluntad, lo que en manera alguna las equipara a las prerrogativas públicas de las que están investidas las entidades contratantes por ministerio de la ley.

CONTRATO ESTATAL – Regímenes exceptuados – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Facultad – Imposición – Multa – Incumplimiento contractual – Procedencia – Autonomía de la voluntad de las partes

En ese orden de ideas, el pacto sobre la facultad para aplicar multas en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista es procedente, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, toda vez que en un acuerdo expreso entre las partes y no se trata de una prerrogativa pública con las características y el alcance de las prevista en la Ley 80 de 1993.

[...] [R]esulta oportuno hay que precisar que, si bien en la Ley 1523 de 2010 se le otorga al director de la UNGRD la facultad de expedir actos administrativos necesarios para el desarrollo de la actividad contractual, entre ellos previstos para hacer efectivas las cláusulas excepcionales, decisiones que ahora se cuestionan no se inscriben en este marco sino en el de la autonomía de la voluntad de las partes del contrato.

PRINCIPIO DE RELATIVIDAD- Terceros relativos en contratos

Principio de relatividad de los contratos, su flexibilización y efectos en los terceros relativos Destaca la Sala que, si bien, con apoyo en el principio de relatividad que rige los negocios jurídicos, estos solo producen efectos entre quienes los suscriben, de manera reiterada, la jurisprudencia ha precisado que este postulado no es absoluto y que se puede llegar a flexibilizar, en tanto que pueden existir terceros relativos en los contratos.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A**

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)

Actor: UB S.A.S.

**Demandado: UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE
DESASTRES -UNGRD- Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: ACTOS UNILATERALES EN LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO - la jurisprudencia ha previsto que es posible que en los contratos regidos por el derecho privado se pacten prerrogativas a favor de una de las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad / NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS QUE SE PROFIEREN EN EJERCICIO DE LAS PRERROGATIVAS UNILATERALES PACTADAS EN LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO – los actos que se expiden en ejercicio de las prerrogativas unilaterales que se pactan en la convención no son actos administrativos sino actos jurídicos contractuales / CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS CONTRACTUALES QUE SE PROFIEREN EN LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO – al no ser actos administrativos, no es posible estudiarlos bajo la pretensión de nulidad sino a través de la pretensión de incumplimiento del contrato.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de mayo de 2022, por medio de la cual la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S.A. y negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Se cuestiona la nulidad del acto a través del cual la UNGRD declaró el incumplimiento parcial del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 e impuso una multa a la contratista, así como el acto a través del cual esa Unidad Administrativa Especial confirmó su decisión, al considerar que se expidieron con falta de competencia, toda vez que se aplicó el procedimiento sancionatorio dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que, según lo afirmado por la parte actora, solo estaba previsto para contratos regidos por el EGCAP y no para negocios regulados por el derecho privado, como es el caso del acuerdo que ahora se discute.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de
Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 21 de junio de 2021, UB S.A.S, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres y Fiduciaria La Previsora S.A., con el fin de que se declarara la nulidad de la resolución No. 0523 del 7 de septiembre de 2020, a través de la cual se le impuso una multa, y de la resolución No. 0536 del 14 de septiembre de 2020, por medio de la cual se confirmó la decisión¹.

2. Los hechos

Como fundamentos fácticos, en síntesis, se narraron los siguientes:

El 11 de junio de 2020, el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres - FNGRD- que actúa a través de Fiduciaria La Previsora S.A., en calidad de vocera y administradora, suscribió el contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 con la sociedad UB S.A.S., para la *“adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de ventiladores para fortalecer la capacidad instalada de unidades de cuidados intensivos en todo el territorio nacional, para atender la emergencia ocasionada por la pandemia del COVID 19”*, con cargo a la subcuenta para la mitigación de emergencias COVID 19, acuerdo que, luego de ser sometido a tres otrosíes, se prorrogó hasta el 30 de septiembre de 2020.

El 26 de agosto de 2020, la UNGRD citó a la empresa contratista para asistir a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el supuesto incumplimiento parcial del contrato, con el fin de iniciar el trámite de imposición de multas, con fundamento en el informe de la interventoría que daba cuenta del retraso en la sustitución de algunos de los equipos de ventilación que presentaron fallas.

El 28 de agosto de 2020 inició la audiencia referida, la cual se suspendió y, posteriormente, se reanudó el 31 de agosto de la misma anualidad, para finalmente

¹ Índice electrónico No. 2 de SAMAI.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

retomarse el 7 de septiembre de 2020, día en que se dio lectura a la Resolución No. 0523 de la misma fecha, a través de la cual la UNGRD declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 e impuso una multa a la contratista por \$1.637'637.750.

Tanto la contratista como el garante del contrato interpusieron recurso de reposición contra la decisión, que fue sustentado en audiencia del 9 de septiembre de 2020 y resuelto el 14 de septiembre del mismo año, con la lectura de la Resolución No. 0536, en la que la UNGRD decidió no reponer la resolución cuestionada².

3. Concepto de violación

La parte actora argumentó que las resoluciones cuestionadas fueron expedidas con falta de competencia material, toda vez que el contrato objeto de discusión no se rige por lo previsto en la Ley 80 de 1993, en tanto se suscribió con cargo a la subcuenta para la mitigación de emergencias COVID 19 del FNGRD, por lo que el marco legal aplicable es el del derecho privado, de conformidad con el Decreto Ley 559 del 15 de abril de 2020 -a través del cual se creó esa subcuenta- y la Resolución 0296 del 4 de mayo de 2020 -manual de contratación de la subcuenta-.

Se precisó que en esa normativa se permite la imposición de multas, pero con apego a las reglas previstas para los particulares y no mediante el procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establecido para las entidades sometidas al EGCAP, como erradamente lo aplicó la entidad, por lo que concluye que la UNGRD carecía de competencia para adelantar el procedimiento sancionatorio en el caso objeto de controversia y para expedir los actos administrativos que ahora se cuestionan.

De igual forma, planteó como causales de nulidad la “falsa motivación por error en la apreciación y valoración de la prueba” y la “falsa motivación de los actos administrativos por aplicación indebida”, esta última referida a la aplicación de la norma, lo que tiene incidencia en la tasación de la sanción que consideró errónea³.

² Ibidem.

³ Ibidem.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

4. Contestación de la demanda

La UNGRD se opuso a las pretensiones de la demanda y argumentó que tenía plena competencia tanto para adelantar el procedimiento sancionatorio, como para expedir los actos ahora cuestionados, dado que, si bien la normativa y el contrato de compraventa No. 9677-MECOV19-540-2020 son claros en precisar que el régimen aplicable al acuerdo es el derecho privado, también es cierto que el manual de contratación de la subcuenta para la mitigación de emergencias COVID 19 permite que se incluyan cláusulas para declarar el incumplimiento de las obligaciones y para imponer sanciones pecuniarias en los contratos, de conformidad con el procedimiento que dispongan las partes o el contemplado en los manuales y guías que tenga el FNGRD.

Así las cosas, como en el contrato no se acordó un procedimiento para la imposición de multas, adujo que resulta aplicable lo previsto en la Resolución 683 de 2017 que actualiza el manual de contratación del FNGRD, el cual remite al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por su parte, la Fiduciaria La Previsora S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que ni esa entidad ni el FNGRD participaron en la expedición de los actos administrativos que ahora son objeto de controversia.

5. Sentencia de primera instancia

El *a quo* encontró acreditada la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A., toda vez que no participó en la expedición de los actos demandados.

Frente al cargo por falsa motivación por indebida valoración probatoria, el tribunal encontró que en este caso no se configuró, dado que la imputación del incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista estaba sustentada en el informe de la interventoría, en el que se documentaban los retrasos en el cambio de equipos y en su instalación y, además, precisó que UB S.A.S. no logró desvirtuar estas afirmaciones con las pruebas aportadas y, por otra parte, tampoco presentó la fórmula aritmética que consideraba correcta para calcular la multa impuesta.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

Así mismo, el tribunal de primera instancia determinó que el cargo referido a la falta de competencia de la UNGRD para adelantar el procedimiento sancionatorio y para expedir los actos demandados no se encontraba fundado, tras considerar que era viable observar el procedimiento establecido en los manuales de contratación del FNGRD, que remitía al procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la imposición de multas.

Finalmente, en la sentencia de primera instancia se condenó en costas a la demandante⁴.

6. Recurso de apelación

La demandante UB S.A.S interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. En cuanto al cargo de la falta de competencia para la expedición de las resoluciones demandadas, argumentó que compartía lo planteado en la providencia frente al régimen jurídico del contrato de compraventa, y que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes podían pactar cláusulas accidentales, tales como la de la imposición de multas.

Lo que discutía era que en este caso la demandada no podía imponer la multa de manera unilateral a través del procedimiento administrativo sancionatorio que utilizó, previsto solo para las entidades sometidas al EGCAP.

Sostuvo que se debió acudir al juez del contrato para hacer efectiva la sanción, de conformidad con lo previsto en la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, en torno a los contratos regidos por el derecho privado, por lo que reitera la falta de competencia de la UNGRD para expedir los actos demandados.

La recurrente no cuestionó lo decidido por el tribunal de primera instancia en relación con el incumplimiento de sus obligaciones, en tanto que no se refirió a los hechos ni a los cargos que dieron lugar a la imposición de la multa que ahora es objeto de discusión en este proceso⁵.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, pues, a partir de un análisis del régimen jurídico del contrato de compraventa No. 9677-MECOV19-540-2020, encontró que los actos cuestionados fueron expedidos con apoyo en el principio de legalidad, con competencia y en cumplimiento de las obligaciones y las cláusulas pactadas en el acuerdo, que se estipularon en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes⁶.

III. CONSIDERACIONES

Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, la Subsección evidencia el cumplimiento de los presupuestos procesales: competencia, demanda en tiempo y legitimación en la causa.

1. El objeto del recurso de apelación interpuesto

De acuerdo con la impugnación, se evidencia que la parte actora cuestionó específicamente lo relacionado con el cargo que se refiere a la falta de competencia de la UNGRD para adelantar el procedimiento sancionatorio para la imposición de multas, previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y para expedir los actos que ahora son objeto de controversia, por lo que la Sala restringirá el análisis al estudio de esos cuestionamientos, puesto que los cargos referidos al contenido de los actos, propuestos en la demanda, fueron abordados por el tribunal de primera instancia, sin que la accionante hubiese presentado oposición frente a la decisión adoptada al respecto.

2. Cargo único de la apelación - sobre la competencia de la UNGRD para expedir las decisiones acusadas

En relación con el cargo de nulidad sobre la falta de competencia de la UNGRD para expedir las resoluciones No. 523 y 536 de 2020, en la sentencia de primera

⁶ Índice electrónico No. 14 de SAMAI



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

instancia se analizó el régimen jurídico aplicable al contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 y se concluyó que este acuerdo se regía por el derecho privado, con observancia de los principios de la función administrativa y gestión fiscal y el control especial del despacho del Contralor General de la República.

Advirtió el Tribunal que el funcionario que adelantó el procedimiento sancionatorio tenía la competencia para hacerlo, según lo previsto en el artículo 1 de la Resolución No. 1330 de 2017, a través de la cual el director de la UNGRD delegó en uno de sus asesores la facultad de iniciar el trámite sancionatorio y de expedir los actos administrativos relativos a la declaratoria de incumplimiento y la imposición de multas.

El *a quo* concluyó que en este caso la competencia de la UNGRD para proferir los actos censurados estaba sustentada en lo pactado por las partes en el contrato No. 9677-MECOVID19-540-2020 y en la normativa a la cual hizo alusión y que, si bien el acuerdo estaba regido por el derecho privado, las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, acordaron la posibilidad de la imposición de multas como sanción frente al incumplimiento de las obligaciones acordadas, a la par con lo que sostuvo que la demandada cumplió con su deber de agotar el debido proceso previo a la imposición de la sanción, al implementar el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En desacuerdo con lo anterior, la demandante cuestionó los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, al considerar que la UNGRD carecía de competencia para expedir los actos demandados, en tanto que el contrato No. 9677-MECOVID19-540-2020 se regía por el derecho privado, por lo que la demandada debió acudir al juez del contrato para imponer la sanción y no aplicar el procedimiento previsto en la Ley 1474 de 2011, al ser este dirigido únicamente a las entidades sometidas al EGCAP.

Pasa la Sala a ocuparse de los cargos de la apelación, antes de lo cual examinará las particularidades del contrato en cuestión.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

i) El contrato No. 9677-MECOVID19-540-2020 y las entidades involucradas

El contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 fue suscrito por UB S.A.S. y el FNGRD, a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del fondo, con cargo a la subcuenta para la mitigación de emergencias COVID 19.

El FNGRD es un fondo cuenta especial de la Nación⁷, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, cuya representación y vocería, por disposición legal, se encuentra a cargo de la Fiduciaria La Previsora S.A., la que administra los bienes y derechos de la Nación que hacen parte del fondo, los cuales constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica, de manera independiente a los bienes de la sociedad fiduciaria⁸.

De igual forma, resulta importante destacar el rol de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, en relación con el FNGRD, por ser aquella la entidad que, en el marco de la ejecución del contrato, suscribió los actos demandados.

La UNGRD es una Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica y patrimonio propio, con autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República⁹, que tiene a su cargo la dirección y coordinación del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, así como la función de articular y proponer las políticas, planes, programas, proyectos y procedimientos, en el marco de este sistema, por lo que tiene gran incidencia en la destinación y el manejo de los recursos del FNGRD.

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.

⁷ El Fondo Nacional de Calamidades fue creado a través del Decreto 1547 de 1984, modificado por el Decreto 919 de 1989, cuya denominación cambió a Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, de conformidad con lo previsto en la Ley 1523 de 2012.

⁸ Ley 1523 de 2012. *Artículo 49: Patrimonio autónomo. Los bienes y derechos de la Nación que hacen parte del Fondo Nacional 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.*

⁹ La UNGRD fue creada a través del Decreto 4147 de 2011.

¹⁰ Ley 1523 de 2012. *Artículo 48. Administración y representación. El Fondo Nacional de Gestión del 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*



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

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.

De igual forma, se resalta que en la Ley 1547 de 1984, norma de creación del Fondo Nacional de Calamidades -hoy FNGRD-, también se estableció la constitución de la sociedad fiduciaria que tendría a su cargo la representación y administración de ese fideicomiso estatal de creación legal y se previó que la administración de esos bienes se regiría por lo dispuesto en esa misma norma y por la reglamentación que expidiera el Gobierno Nacional¹², disposición que con posterioridad fue reiterada en

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.

¹² **“ARTÍCULO 3º** De la administración y representación del Fondo. El Fondo Nacional de calamidades será manejado por una sociedad fiduciaria de carácter público. Para tal fin, autorízase a La Previsora S. A., compañía de seguros y a otras entidades públicas cuyos estatutos y normas orgánicas tengan relación con el objeto del Fondo, para Constituir dicha sociedad fiduciaria, conforme lo determine el Gobierno Nacional La sociedad que se cree estará vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Los bienes y derechos de la Nación integrantes del Fondo Nacional de Calamidades constituyen un patrimonio autónomo destinado específicamente al cumplimiento de las finalidades señaladas por el presente Decreto.

Dichos bienes y derechos se manejarán y administrarán por la sociedad fiduciaria que se constituya en los términos del presente artículo en forma completamente separada del resto de los activos de



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

el artículo 275 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993, en relación con la regulación de la Fiduciaria La Previsora.

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.

Destaca la Sala que, si bien, con apoyo en el principio de relatividad que rige los negocios jurídicos, estos solo producen efectos entre quienes los suscriben, de manera reiterada, la jurisprudencia ha precisado que este postulado no es absoluto y que se puede llegar a flexibilizar¹³, en tanto que pueden existir terceros relativos en los contratos.

Si bien la UNGRD no suscribió el contrato objeto de estudio, no es un ente extraño al negocio jurídico celebrado por el FNGRD y UB S.A.S., sino que, por disposición legal, tiene intereses legítimos en los contratos que celebra el fondo, al punto de que en esos acuerdos se pactan obligaciones y responsabilidades a su cargo, que, en este caso, no resultaron ajenas a la contratista, dado que, quedaron expresas en

la misma sociedad, así como también de los que integren otros fideicomisos que esa entidad reciba en administración.

Para todos los efectos legales la representación de dicho fondo la llevará la mencionada sociedad fiduciaria.

Por la gestión fiduciaria que cumpla, la sociedad percibirá, a título de comisión, la retribución que corresponde en los términos que señale la Superintendencia Bancaria.

El Fondo Nacional de Calamidades se tendrá como un fideicomiso estatal de creación legal en consecuencia, la administración de los bienes y recursos que lo conforman se regirá, en todo lo aquí no previsto, por las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional" (se destaca).

¹³ Entre otras, se destacan las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de febrero de 2016, rad. No. 54001-31-03-003-2008-00064-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de febrero de 2016, rad. No. 05001-31-03-010-2011-00338-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2021, rad. 44.687, C.P. María Adriana Marín.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

la invitación a contratar¹⁴ y en el acuerdo suscrito por las partes¹⁵, además de que, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, la ahora demandante tenía una interlocución directa y reiterada con la UNGRD para efectos de la coordinación de las actividades derivadas del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020¹⁶.

ii) El régimen jurídico del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 y la naturaleza jurídica de los actos cuestionados

Resulta complejo definir el régimen jurídico que rige la contratación del FNGRD, no solo por la multiplicidad de actores que participan en los negocios que celebra, como ya se expuso en el acápite precedente, sino también en la medida en que para su definición se conjugan diversos factores, como el objeto de los contratos o las circunstancias o necesidades que rodean esos acuerdos, dado que, en unos casos, para la administración de los bienes, derechos e intereses del fondo se debe acudir al régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado¹⁷, pero,

¹⁴ “3.11.4. OBLIGACIONES DE LA UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES EN CALIDAD DE ORDENADORA DEL GASTO DEL FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES – SUBCUENTA COVID 19: ...2. Ejercer el control sobre el cumplimiento del contrato a través del supervisor designado para el efecto, exigiendo al CONTRATISTA, la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado... 7. Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias, para lo cual el supervisor dará aviso oportuno a la UNGRD sobre la ocurrencia de hechos constitutivos de mora o incumplimiento”. Este es el texto de la invitación a contratar dirigida a UB S.A.S. Anexos de la contestación de la demanda. Expediente digital en el índice electrónico No. 2 de SAMAI.

¹⁵ “CUARTA – OBLIGACIONES DE LA UNIDAD PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES -UNGRD- EN SU CALIDAD DE ORDENADOR DEL GASTO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES: En virtud del presente contrato LA UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES UNGRD se obliga a:

“1. Suscribir el acta de inicio.

“2. Suministrar al contratista, en caso que este lo requiera, los elementos necesarios para la ejecución del objeto contratado.

“3. Ejercer la supervisión del contrato a través del ordenador del gasto del Fondo o por quien este designe, quien será el canal de comunicación entre contratante y el contratista, en los aspectos no cubiertos con INTERVENTORÍA, si a ello hubiese lugar.

“4. Dar respuesta oportuna a través del supervisor a las peticiones del contratista

“5. Las inherentes a la naturaleza del contrato”.

¹⁶ De conformidad con lo pactado en el contrato, se evidencia que varias de las obligaciones generales a cargo de la contratista se debían cumplir con apego a las instrucciones dadas por la UNGRD o en favor de esta unidad especial, como, por ejemplo, las siguientes: “...3. Cumplir con las condiciones técnicas, económicas, de gestión y demás relacionadas y presentadas en su propuesta, en atención a lo requerido en los documentos de justificación y garantizar su ejecución dando pleno cumplimiento a los lineamientos y políticas establecidas por la UNGRD y a las instrucciones que este imparta a través del supervisor... 9. Atender los lineamientos dados por la UNGRD en materia de procesos y procedimientos...12. Constituir la garantía a favor de la UNGRD-FNGRD-FIDUPREVISORA por los valores y con los amparos previstos en el mismo y mantenerla vigente durante el término establecido por la entidad”.

¹⁷ Ley 1523 de 2012. “Artículo 50. 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”.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

en otros eventos, ante la declaratoria de situaciones de desastre o calamidad pública, los convenios solo estarán sometidos a los requisitos y formalidades que exige la ley para la celebración entre particulares, con la posibilidad de incluir las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993¹⁸.

No obstante, el caso objeto de estudio reviste una particularidad, en la medida en que fue celebrado con cargo a una subcuenta del FNGRD que en su norma de creación previó un régimen de contratación propio.

De acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política y de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional a través del Decreto 417 de 2020, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el país, como consecuencia de la pandemia del COVID 19, se expidió el Decreto Legislativo 559 del 15 de abril del 2020, por el cual se creó la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19 en el FNGRD y se establecieron las reglas para su administración, teniendo en consideración las necesidades particulares de la coyuntura en materia de salubridad.

Así las cosas, con el fin de atender de manera ágil y expedita las demandas para enfrentar la crisis sanitaria y evitar la extensión de sus efectos, el mismo decreto previó que los contratos que se celebren para la ejecución de los bienes y derechos e intereses de la subcuenta solamente estarán sometidos a las normas que rigen los negocios de los particulares, con observancia de los principios de la función administrativa y el control especial del despacho de Contralor General de la República¹⁹.

¹⁸ Ley 1523 de 2012. “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”.

¹⁹ “ARTÍCULO 4. Régimen contractual. Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias-COVID19 , se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con observancia de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y con el control especial del Despacho del Contralor General de la Nación”.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

En el caso concreto, como el contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 se celebró con cargo a la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19, se puede concluir que ese negocio se regía por el derecho privado y así lo manifestaron las partes de forma expresa en la cláusula vigésimo cuarta del acuerdo que suscribieron²⁰, cláusula en la que, además, las partes convinieron su ejecución con arreglo a lo dispuesto en el Manual de Contratación del Fondo²¹, el que, a su turno, dispuso que el procedimiento sancionatorio podía hacerse con observancia de las etapas previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011²².

De igual forma, el FNGRD y la sociedad UB S.A.S., al suscribir el acuerdo, pactaron las sanciones que podrían llegar a ser aplicadas a la contratista, entre ellas, la multa frente al incumplimiento de las obligaciones a su cargo, con la posibilidad de que el Fondo descontara su valor del saldo a favor de UB S.A.S. o la cobrara por vía judicial o acudiendo a la jurisdicción coactiva²³.

En línea con lo anterior, las partes acordaron que la facultad para adelantar el trámite sancionatorio encaminado a la imposición de multas, ante el incumplimiento del contratista, estaría en cabeza de la UNGRD. Así quedó previsto en la invitación

²⁰ “VIGÉSIMA CUARTA – RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: La sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19, se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con observancia de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad enunciadas en el artículo 209 y con el control especial del Despacho del Contralor General de la Nación; **así como lo dispuesto en el artículo 3 del Manual de Contratación de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19 en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres -FNGRD y se adoptan otras disposiciones**”.

²¹ “ARTÍCULO 3 del Manual de Contratación de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19. MARCO LEGAL Y RÉGIMEN APLICABLE. La celebración y ejecución de los contratos sujetos al presente Manual de contratación deben someterse a las normas de derecho privado y demás disposiciones civiles y comerciales, aplicando los principios de la función administrativa y gestión fiscal. Conforme a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Ley 559 del 15 de abril del 2020. En lo no previsto en el presente Manual de contratación, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Contratación del FNGRD, Resolución No. 0683 de 2017, y demás normas concordantes y complementarias”.

²² “ARTÍCULO 30 del Manual de Contratación de FNGRD recogido en la Resolución 683 de 2017. TRÁMITE DE PROCESO SANCIONATORIO CONTRA CONTRATISTA. 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.**

²³ “DÉCIMA TERCERA: SANCIONES. A. MULTAS: La mora por parte del contratista en el cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones del contrato, dará lugar a la aplicación de multas sucesivas por una suma equivalente a uno por ciento (1%) del valor del contrato por cada día de atraso y que, sumadas no superen el veinticinco por ciento (25%) del valor total del mismo. El contratista y el FONDO acuerdan que el valor de las multas se descontará por el FONDO del saldo a favor del contratista si los hubiere, previa comunicación escrita al contratista. Sin perjuicio de los anterior, el FONDO adelantará las acciones pertinentes ante la jurisdicción competente cuando así se requiera. Lo anterior salvo en el caso en que el contratista demuestre que su tardanza o mora obedecieron a hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados. Las multas se pactan sin perjuicio de que el FONDO pueda acudir a los mecanismos de compensación y a su cobro por vía judicial o mediante Jurisdicción coactiva”.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

a contratar remitida por la UNGRD a UB S.A.S., aceptada expresamente por la unión temporal²⁴, documento en el que textualmente se indicó que era esta unidad especial la encargada de adelantar las gestiones para el cobro de las sanciones impuestas a la contratista por el incumplimiento de sus obligaciones²⁵.

Dicho esto, cabe precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que en los contratos que no se rigen por el EGCAP pueden estipularse facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, como concreción del principio de la autonomía de la voluntad, lo que en manera alguna las equipara a las prerrogativas públicas de las que están investidas las entidades contratantes por ministerio de la ley. En este orden de ideas, esta Sección ha considerado que este tipo de consensos debe plasmarse de manera expresa y clara²⁶, diferenciando estas facultades de las potestades unilaterales previstas en la Ley 80 de 1993²⁷.

En ese orden de ideas, el pacto sobre la facultad para aplicar multas en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista es procedente, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación²⁸, toda vez que es un acuerdo expreso entre las partes y no se trata de una prerrogativa pública con las características y el alcance de las previstas en la Ley 80 de 1993.

²⁴ A través de comunicación del 2 de junio de 2020. Expediente digital en el índice electrónico No. 2 de SAMAI

²⁵ “3.11.4. OBLIGACIONES DE LA UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES EN CALIDAD DE ORDENADORA DEL GASTO DEL FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES – SUBCUENTA COVID 19: ...2. Ejercer el control sobre el cumplimiento del contrato a través del supervisor designado para el efecto, exigiendo al CONTRATISTA, la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado... 7. Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias, para lo cual el supervisor dará aviso oportuno a la UNGRD sobre la ocurrencia de hechos constitutivos de mora o incumplimiento”. Este es el texto de la invitación a contratar dirigida a UB S.A.S. Anexos de la contestación de la demanda. Expediente digital en el índice electrónico No. 2 de SAMAI.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, rad. 65.978.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de julio de 2021, rad. 50.289, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2017, rad. 57.394, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. “En conclusión, teniendo en cuenta que el ejercicio de las facultades de imposición de multas y de liquidación unilateral por parte de la entidad, podía convenirse en desarrollo del postulado de la autonomía dispositiva, que además su ejercicio se previó en el contrato y que dichas estipulaciones no comportan el ejercicio de potestades excepcionales al derecho común, ni la transgresión de una norma imperativa, es conclusión obligada que no son ilegales las provisiones en ese sentido de las Condiciones Generales de Contratación, ni las similares del contrato, ni los actos contractuales que con fundamento en esas estipulaciones se expidieron”. Esta postura jurisprudencial se reitera, entre otras, en la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, rad. 66.700, C.P. Alberto Montaña Plata.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

Así pues, en virtud de lo convenido en la cláusula décima tercera del contrato y de lo consignado en el numeral 3.11.4 de la invitación a contratar remitida a UB S.A.S., que fue aceptada expresamente por esta empresa, ante el supuesto incumplimiento de las obligaciones de la contratista, por la demora injustificada en la entrega de los equipos y en la reposición de los que no pudieron entrar en funcionamiento, la UNGRD inició el procedimiento sancionatorio descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que concluyó con la expedición de las resoluciones que ahora son demandadas.

Al respecto, se debe reiterar que tanto la Resolución No. 0523, del 7 de septiembre de 2020, a través de la cual se declaró el incumplimiento de la contratista y se le impuso una multa, como la resolución No. 0536, del 14 de septiembre de 2020, fueron proferidos por la UNGRD en el marco de la ejecución del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 que se rige por el derecho privado.

Tanto la imposición de la multa como su confirmación tienen sustento en la convención y no en una autorización legal, toda vez que en este caso no existe una habilitación legal de esta unidad especial para proferir actos administrativos con el fin de imponer sanciones en el terreno específico de los acuerdos que celebre con cargo a la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID19.

En ese orden de ideas, resulta oportuno precisar que, si bien en la Ley 1523 de 2012 se le otorga al director de la UNGRD la facultad de expedir los actos administrativos necesarios para el desarrollo de la actividad contractual, entre ellos los previstos para hacer efectivas las cláusulas excepcionales, las decisiones que ahora se cuestionan no se inscriben en este marco sino en el de la autonomía de la voluntad de las partes del contrato.

Así las cosas, en tanto el instrumento por el cual se declaró el incumplimiento y se aplicó la multa no participa de la naturaleza de acto administrativo, resulta procedente abordar el análisis de la controversia desde la perspectiva de la responsabilidad contractual²⁹, para determinar si se presentó o no algún incumplimiento en relación con el ejercicio de la cláusula convenida en el contrato sobre la imposición de multas.

²⁹ Al respecto se destacan, entre otras las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2022, rad. 66.594; Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, rad. 66.700, C.P. Alberto Montaña Plata.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

Procede entonces la Sala a referirse al:

iii) Supuesto incumplimiento frente a la imposición de la multa y su confirmación

De conformidad con la conclusión respecto de la naturaleza jurídica del contrato y de los actos cuestionados y frente a las consecuencias jurídicas que ello implica, la Sala considera que es necesario abordar el análisis de los argumentos expuestos por UB S.A.S. en el recurso de apelación asociado a la falta de competencia de la UNGRD, que es lo que se cuestiona en esta instancia, pero desde la óptica del incumplimiento contractual y no bajo la pretensión de nulidad.

Como se ha expuesto, la contratista considera que la ahora demandada se excedió en el ejercicio de la facultad otorgada en el contrato de compraventa No. 9677-MECOV19-540-2020, al sostener que carecía de competencia para adelantar el procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1474 de 2011 para la imposición de la multa que ahora es objeto de discusión, dado que, según lo afirmó, para hacer ejercicio de esta cláusula, debió acudir al juez del contrato.

Así las cosas, resulta necesario realizar un estudio de los términos en los que se acordó la imposición de la multa como sanción frente al incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista, en orden a determinar si existió o no el incumplimiento endilgado a la ahora demandada.

Las partes acordaron la siguiente cláusula, en relación con la multa:

“DÉCIMA TERCERA: SANCIONES. A. MULTAS: La mora por parte del contratista en el cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones del contrato, dará lugar a la aplicación de multas sucesivas por una suma equivalente a uno por ciento (1%) del valor del contrato por cada día de atraso y que, sumadas no superen el veinticinco por ciento (25%) del valor total del mismo. El contratista y el FONDO acuerdan que el valor de las multas se descontará por el FONDO del saldo a favor del contratista si los hubiere, previa comunicación escrita al contratista. Sin perjuicio de lo anterior, el FONDO adelantará las acciones pertinentes ante la jurisdicción competente cuando así se requiera. Lo anterior salvo en el caso en que el contratista demuestre que su tardanza o mora obedecieron a hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados. Las multas se pactan sin perjuicio de que el FONDO pueda acudir a los mecanismos de compensación y a su cobro por vía judicial o mediante Jurisdicción coactiva”.

Del contenido de la cláusula referida se desprende que la contratista le otorgó al contratante -en este caso esta facultad estaba a cargo de la UNGRD, de



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

conformidad con lo establecido desde la propia invitación a contratar- la facultad de aplicar multas sucesivas por cada día de atraso en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, hasta llegar a un límite respecto del valor total del negocio y, frente al ejercicio de esta sanción, las partes convinieron que este valor podría ser descontado directamente por el FNGRD del saldo a favor de la contratista, siempre y cuando existiera una comunicación escrita previa; también se dejó abierta la posibilidad de acudir a otros mecanismos para hacer efectivas las multas, como la compensación, el cobro coactivo o por la vía judicial.

En el caso objeto de estudio, la UNGRD acudió a lo previsto en el manual de contratación de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19 -*Decreto 296 del 4 de mayo de 2020-*, incorporado al contrato por acuerdo entre las partes, que en su artículo 18³⁰ no solo previó la posibilidad de incluir cláusulas de incumplimiento en los contratos celebrados con cargo los recursos de la subcuenta, sino que también dispuso que para hacer efectivas esas sanciones se podría establecer un procedimiento o acoger el establecido previamente por el FNGRD a través de sus manuales o guías, aplicable a la contratación entre particulares.

La Unidad, para declarar el incumplimiento e imponer la multa, acudió entonces al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en desarrollo de lo previsto en el artículo 30 del Manual de Contratación del FNGRD -*Resolución 683 de 2017-* .

En línea con lo expuesto, se puede afirmar que al cumplir con las ritualidades y las etapas previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la UNGRD aplicó un estándar alto de requisitos previos para imponer la multa³¹, lo que se traduce en el

³⁰ *“Artículo 18 del Manual de Contratación de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID. OBLIGACIONES PECUNIARIAS E INCUMPLIMIENTOS – En los contratos que se suscriban con el FNGRD – Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -COVID 19- podrán preverse cláusulas de incumplimiento parcial o definitivo y obligaciones pecuniarias, con el fin de que el proveedor o contratista ejecute las prestaciones de dar, hacer o no hacer a las que está obligado en virtud del respectivo contrato.*

Para la declaratoria de incumplimiento e imposición de sanciones pecuniarias se acogerá el procedimiento que para el efecto se establezca en el contrato o el que tenga establecido previamente el FNGRD a través manuales o guías y que sea aplicable a la contratación entre particulares”.

³¹ En el proceso obra prueba de las citaciones enviadas el 26 de agosto de 2020 a la contratista y al garante, para que asistieran a la audiencia para iniciar el trámite de la imposición de la multa y como anexo se incluyó el informe presentado por la interventora del contrato en relación con el posible incumplimiento de las obligaciones a su cargo, así como las grabaciones de la audiencia adelantada el 28 de agosto de 2020, en la que la UNGRD le expuso los cargos de incumplimiento endilgados y tanto UB S.A.S. como el garante del contrato tuvieron la oportunidad de presentar sus descargos y aportar las pruebas que consideraron pertinentes -en 260 folios- y, posterior al traslado de esos documentos, en la reanudación de la audiencia el 31 de agosto de 2020, la contratista tuvo el espacio para exponer su pertinencia y conducencia. Finalmente, la UNGRD, en audiencia del 7 de septiembre



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

reconocimiento pleno del derecho al debido proceso para UB S.A.S., en tanto que tuvo la oportunidad de conocer los incumplimientos que se le atribuían, para que pudiera controvertir esas afirmaciones en audiencia, con sustento en las pruebas que pudo presentar y de controvertir las que se enrostraban en su contra.

Así las cosas, se puede concluir que los actos proferidos por la UNGRD para multar a la contratista son actos jurídicos contractuales que se profirieron en el marco de un procedimiento adelantado con garantía del debido proceso, el derecho de audiencia y de defensa con base en la norma antes referida y que, al acudir a este, la ahora demandada no incumplió ni abusó de la facultad otorgada en la convención; por el contrario, respetó el derecho al debido proceso de la contratista.

Por lo anterior, la Sala concluye que en este caso no existió un incumplimiento por parte de la contratante en relación con el ejercicio de la cláusula décima tercera del contrato de compraventa No. 9677-MECOV19-540-2020, lo que lleva a confirmar la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

3. La condena en costas en segunda instancia

De conformidad con el artículo 188 del CPACA³² adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y con la disposición especial del artículo 365³³ del CGP, para el caso particular procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, es decir, UB S.A.S.

de 2020, procedió a dar lectura de la decisión frente a la declaratoria de incumplimiento y la imposición de la multa, la cual UB S.A.S. pudo controvertir y obtener un nuevo pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos en el recurso que presentó. Lo anterior, de conformidad con las pruebas que obran en el índice electrónico No. 2 de SAMAI.

³² “Artículo 188. *Condena en costas* (adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021). *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil (actualmente Código General del Proceso)*”

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

³³ “Artículo 365. *Condena en costas*. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código [...]*”.

Sobre la fijación de agencias en derecho -en segunda instancia- respecto de la parte procesal que no actuó de forma directa, pero que contaba con apoderado judicial para la gestión de sus intereses, se pueden consultar las siguientes providencias: [i] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de octubre de 2020, expediente No. 54.114; [ii] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de noviembre de 2020, expediente No. 55.710; [iii] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de noviembre de 2020, expediente No. 58.954 y [iv] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, expediente No. 59.287.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riegos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*³⁴.

En cumplimiento del artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se efectuará de manera concentrada en la primera instancia.

De otro lado, las costas incluyen las agencias en derecho³⁵, que se fijan a partir de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, así como con observancia de la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o por la parte que litigó personalmente³⁶, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales³⁷.

En atención a lo señalado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016, en los procesos declarativos la tarifa de las agencias en derecho dependerá de que el asunto tenga o no cuantía y de su monto³⁸, regla en virtud de la cual, en los procesos de controversias contractuales en segunda instancia, el rango de las agencias será entre 1 y 6 smmlv.

³⁴ De acuerdo con la Corte Constitucional, *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”*. Sentencia C-157/13. MP. Mauricio González Cuervo.

³⁵ El artículo 361 del CGP señala que *“[l]as costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*.

³⁶ A juicio de la Subsección, esta regla es aplicable a las entidades, al margen de que el apoderado fuese de planta, pues, si bien en tal escenario no incurren en gastos adicionales a los de nómina, no es menos cierto que sí tuvo que destinar alguno de sus funcionarios para atender el asunto, quien ejerce tales funciones de manera onerosa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2022, expediente 67.700).

³⁷ El numeral 4 del artículo 366 del CGP señala: *“4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”*.

³⁸ De conformidad con el artículo 5 de tal normativa, si las pretensiones son de menor cuantía la tarifa por agencias en derecho de primera instancia será *“entre el 4% y el 10% de lo pedido”* y si es de mayor cuantía el rango oscilará *“entre el 3% y el 7.5% de lo pedido”*.

Mientras que, en la segunda, al margen de la cuantía, las costas oscilarán entre 1 y 6 smmlv.



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

Así las cosas, la Subsección, con observancia de la actuación desplegada por la entidad demandada durante el trámite del presente proceso, fijará en su favor y a cargo de la demandante, el monto mínimo³⁹ de la tarifa de agencias en derecho, es decir, 3 smmlv.

Finalmente, en cumplimiento del artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas, con inclusión de las agencias en derecho, se efectuará de manera concentrada en la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de mayo de 2022, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, por la segunda instancia, a UB S.A.S. Para el efecto, las agencias en derecho de la segunda instancia se fijan en 3 smmlv, en favor de la parte demandada.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia electrónicamente, en atención a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA⁴⁰.

³⁹ Al respecto, la Sala tomó en consideración el hecho de que la normativa establecida por el Consejo Superior de la Judicatura tiene un monto mínimo y un límite un máximo, de ahí que el monto deba oscilar entre esos puntos, con observancia de los demás factores establecidos en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, que señala: “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas” (se destaca).

En el *sub lite* se fija el monto mínimo en atención a que la actuación en el proceso de la entidad estuvo determinada por la comparecencia a la audiencia inicial y la apelación del fallo de primera instancia, sin que se interviniera en actuaciones adicionales, sin perjuicio de la vigilancia del trámite que tienen a su cargo las partes.

⁴⁰ “Artículo 203. Notificación de las sentencias. Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada



Radicación: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996)
Actor: UB S.A.S.
Demandado: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres -UNGRD- y Fiduciaria La Previsora S.A.
Referencia: Medio de control de controversias contractuales

CUARTO: Por intermedio de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, en firme la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente de este proceso al Tribunal de origen y, acto seguido, **FINALIZAR** y **ARCHIVAR** esta actuación en la plataforma tecnológica SAMAI del Consejo de Estado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF

por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha [...] [énfasis añadido].