

LA DECLARATORIA DEL SINIESTRO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

CAROLINA SERNA OSPINA
SEBASTIAN BETANCUR ALVAREZ

Trabajo de grado para optar por el título de abogados

Asesora
CAROLINA ARIZA ZAPATA
Abogada

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2016

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, 14 de octubre de 2016

AGRADECIMIENTOS

A la doctora Carolina Ariza Zapata, por aceptar ser nuestra asesora de tesis, guiándonos sobre el desarrollo de los diferentes capítulos planteados en la presente monografía, sin lo cual no hubiera sido posible la finalización del mismo.

Al doctor Daniel Vásquez, por su buena disposición para colaborarnos en todo lo que requeríamos para el desarrollo de la presente monografía.

A nuestras madres Gloria Lucia Ospina Benítez y Nancy Álvarez Acevedo por su apoyo moral e incondicional en el transcurso de la monografía.

A nuestro amigo C. Andrés por su incondicionalidad.

Contenido

| | Pág. |
|---|------|
| Introducción | 5 |
| I. Ámbito de aplicación del estatuto general de contratación pública. | 8 |
| II la exorbitancia en el estatuto general de contratación pública. | 14 |
| III. Garantías en el estatuto general de contratación pública, el contrato de seguro y la declaratoria del siniestro en el régimen público y privado. | 20 |
| IV. El acto administrativo que declara el siniestro | 27 |
| V. Competencia para la declaratoria del siniestro | 31 |
| Referencias bibliograficas | 51 |
| Bibliografía | 55 |

Introducción

Esta monografía tiene como principal propósito de estudio analizar el tema de la declaratoria del siniestro en la contratación pública, debido a que existe una interpretación oficial del Consejo de Estado, según la cual la competencia para declarar la ocurrencia del siniestro se encuentra contemplada en los numerales 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, antes numerales 4 y 5 del artículo 68 del Decreto 01 de 1984 y por lo tanto todas las entidades estatales sin importar el régimen por el cual contratan se encontrarían facultadas para declarar el siniestro; posición de la cual nosotros diferimos, ya que en nuestra opinión, dichos artículos no otorgan tal facultad y por lo tanto ésta facultad debería estar reservada solo para las entidades contempladas en el Estatuto General de Contratación Pública.

Debido a lo anteriormente expuesto, nos surgen los siguiente cuestionamientos: A pesar de que el Consejo de Estado en su posición mayoritaria, ha establecido que todas las entidades estatales tienen la potestad para declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo, ¿estamos frente a una potestad exorbitante del Estatuto General de Contratación Pública?, ¿es ésta una posición coherente con relación al tratamiento que esta corporación le ha dado a las demás facultades exorbitantes que ponen en ventaja a la administración?, ¿estamos frente a una potestad exorbitante del Estatuto General de Contratación Pública?, ¿Se encuentran facultadas las entidades públicas sometidas al régimen privado de contratación para declarar el siniestro unilateralmente por medio de un acto administrativo?, ¿El artículo 68 de la Ley 1437 de 2011 contiene una atribución expresa de competencia para que las entidades estatales, sin importar su régimen de contratación declaren el siniestro?, Y además ¿Qué pasa si para declarar el siniestro éstas entidades estatales necesitan de otros actos previos o concomitantes como la

declaratoria de caducidad, la declaratoria de incumplimiento y la liquidación, los cuales comportan el ejercicio de potestades exorbitantes?

Los anteriores interrogantes son de vital importancia ya que involucran el cumplimiento del principio de legalidad por parte del acto administrativo que declara el siniestro y dan sentido y forma a todos los planteamientos tratados en los diferentes capítulos que hacen parte del presente trabajo.

Se encuentran casos en donde entidades estatales exceptuadas del estatuto General de Contratación Pública han declarado unilateralmente la ocurrencia del siniestro y el Consejo de Estado ha considerado que dichas entidades cuentan con la potestad de expedir los actos administrativos que hicieron efectivas las pólizas en virtud de lo dispuesto, para ese momento en el artículo 68.4. del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). Tal es el caso de la sentencia del 27 de marzo de 2014 proferida por el Consejo de Estado, en donde se analiza si TELECOM - EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES tiene la competencia para expedir el acto administrativo que declara unilateralmente la ocurrencia del siniestro, a pesar de que su relación contractual está sometida al derecho privado¹.

Es preciso señalar que frente al tema de la declaratoria del siniestro en la contratación pública existe muy poco desarrollo doctrinal. En nuestra investigación en libros, revistas y artículos de internet solo encontramos temas atinentes a la presunción de legalidad que tiene el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro, información sobre el régimen jurídico del contrato estatal y la asignación de los riesgos contractuales, información sobre los elementos que debe tener el acto administrativo para que sea válido e información sobre la garantía única de

¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de marzo de 2014. M.P. DANILLO ROJAS BETANCOURTH Referencia: Expediente 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).

cumplimiento. Quien ha abordado el tema de la declaratoria del siniestro de manera concreta y específica ha sido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Por lo tanto, las fuentes bibliografías utilizadas en la presente monografía se obtuvieron principalmente de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional y en menor medida se utilizaron artículos de revistas, libros, los cuales brindan información complementaria para el desarrollo de los planteamientos y respuestas a los interrogantes anteriormente descritos.

Es menester señalar que esta tesis contiene los siguientes capítulos:

En el capítulo I se presenta el ámbito de aplicación del Estatuto General de contratación pública.

En el capítulo II se aborda el tema de la exorbitancia en el Estatuto General de contratación pública.

En el capítulo III se analizan las garantías en el Estatuto General de Contratación Pública y se habla acerca del contrato de seguro y de la declaratoria del siniestro en el régimen público y en el régimen privado.

En el capítulo IV se aborda el acto administrativo que declara el siniestro.

En el capítulo V se analiza la competencia para la expedición del acto administrativo que declara el siniestro.

I. Ámbito de aplicación del estatuto general de contratación pública.

Colombia cuenta con un régimen o estatuto de contratación especial para las entidades públicas dentro de su ordenamiento jurídico diferente al régimen de derecho aplicable a los negocios jurídicos que celebran los particulares y que además, cuenta con una jurisdicción especializada encargada de conocer las controversias de las entidades estatales y por consiguiente de los contratos que éstas celebren, a saber, la jurisdicción contenciosa administrativa.

Colombia cuenta entonces con un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus respectivos reglamentos), el cual funciona como marco normativo de la actividad estatal en lo referente al tema de la contratación.

Autores como Aragón Fuentes² dicen que tener un estatuto de contratación especializado para la contratación pública representa una gran ventaja para todas las entidades públicas y para todos los contratistas y garantes, debido a que no tienen que conocer y aplicar una multiplicidad disímil de reglamentos contractuales, además de contar con una jurisprudencia unificada.

En nuestra opinión, la anterior afirmación no es cierta debido a que, en primer lugar, en Colombia, el Estatuto General de Contratación Pública contiene varias disposiciones que remiten al derecho privado, como lo son: el artículo 13 de la Ley 80 el cual prevé que los contratos que celebren las entidades estatales “Se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”, lo que le da a la normatividad civil y comercial un carácter residual respecto del Estatuto General de Contratación

² ARAGÓN FUENTES, Javier José. Estatuto General de Contratación Estatal, El régimen de los seguros en los contratos estatales. Medellín, 1998. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Universidad de Antioquia. Facultad de derecho y ciencias políticas. Capítulo 1 pág. 17.

Pública. Así mismo, los artículos 32³ y 40⁴ de la Ley 80 de 1993, constituyen las cláusulas de apertura a leyes civiles y comerciales que trae consigo el Estatuto General de Contratación Pública.

Por consiguiente, podemos decir que dicha disposición hace del Estatuto General de Contratación Pública un estatuto de contratación mixto al tener que remitirse a la ley civil y comercial en los temas que no están especialmente regulados en dicho estatuto y por lo que la Corte Constitucional ha dicho que “en cada hipótesis contractual el ordenador del gasto deberá indagar primero sobre la eventual existencia de reglas especialmente previstas en el Estatuto General de Contratación Pública para el mejor desarrollo de su gestión, para luego sí, en caso positivo, aplicar los respectivos dispositivos de este Estatuto, y sólo de manera subsidiaria y residual, las normas comerciales y civiles⁵.”

Como lo plantea Ariza⁶, existen algunos temas que la Ley 80 de 1993 regula de forma detallada como lo son, la selección del contratista, los medios de control con que cuentan las

³ **Artículo 32.** *De los Contratos Estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...

⁴ **Artículo 40°.-** *Del Contenido del Contrato Estatal.* Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley. (...)

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 249. M.P Jaime Araujo Referencia: Expediente D- 4869. 16 de marzo de 2004.

⁶ ARIZA ZAPATA, Carolina. Exorbitancia Del Estado En La Contratación Exceptuada Del Estatuto General De Contratación Pública. Artículo Inédito.

entidades estatales para hacer cumplir el objeto contractual, la capacidad para contratar, el régimen de responsabilidad de todos los actores de la contratación pública, la distribución de riesgos, las garantías, la liquidación del contrato, la nulidad del contrato y los mecanismos de solución de controversias. Las materias mencionadas, al estar reguladas de una forma amplia y precisa no dejan lugar a una remisión normativa a la ley civil y comercial, por lo tanto dicha remisión normativa se presenta generalmente en las materias de interpretación de los contratos que la ley civil regula de forma puntual en los artículos 1618 -1624 Código Civil, en el contenido obligacional, en lo concerniente a los elementos propios de cada tipo contractual, entre otros.

A demás, aunque existe un estatuto general de contratación para las Entidades Estatales, en nuestro ordenamiento existen una gran cantidad de entidades estatales y contratos estatales exceptuados de dicho estatuto y por lo tanto tendrán que aplicar la ley civil y comercial o alguna normatividad especial al momento de contratar.

Para saber cuáles son las entidades estatales que están sometidas a dicho estatuto, nos debemos remitir al artículo 2° de la Ley 80 de 1993, ya que en él se encuentran enlistadas las Entidades Estatales, las cuales son: 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; además, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de

la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que no todas las entidades estatales que se encuentran contenidas en dicho artículo 2° están sometidas al régimen de contratación público, debido a que algunas se sometan a disposiciones jurídicas especiales no contenidas en el Estatuto General de Contratación Pública y por lo tanto tienen un régimen especial de contratación como es el caso de las Universidades Públicas⁷; el Banco de la República⁸; las Empresas Sociales del Estado⁹; las Empresas Prestadoras de servicios públicos domiciliarios¹⁰; de aquellas que desarrollan las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad¹¹; de los proveedores de redes y servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones¹²; las Empresas del sector eléctrico y Ecopetrol¹³.

Además, existen también algunas entidades estatales de las contenidas en el artículo 2° de dicho estatuto que éste mismo las exceptúa, como es el caso de “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

⁷ Ley 30 de 1992.

⁸ Ley 31 de 1992.

⁹ Ley 100 de 1993.

¹⁰ Ley 142 de 1994, artículo 31 y Ley 689 de 2001.

¹¹ Ley 143 de 1994, artículo 8.

¹² Ley 1341 de 2009, artículo 45.

¹³ Ley 1118 de 2006.

sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales”¹⁴; las Entidades financieras de carácter Estatal¹⁵ y por último las Entidades del sector Defensa¹⁶.

Por su parte, la Ley 489 de 1998 remitió al derecho privado en materia de contratación, a algunas tipologías de entidades descentralizadas como son las filiales de Empresas Industriales y Comerciales del Estado¹⁷ y las asociaciones entre entidades públicas sin ánimo de lucro¹⁸.

Por último, es necesario precisar que existen algunas entidades con participación del Estado que por no estar incluidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, sus contratos no pueden ser considerados contratos estatales, como por ejemplo, los contratos que realizan las personas jurídicas con participación pública igual o menor al 50%.

Lo anterior, debido a que el Estatuto General de Contratación Pública utiliza un criterio orgánico para definir que es un contrato estatal, al decir que: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”¹⁹, por lo tanto, los actos jurídicos generadores de obligaciones que realicen las entidades que tengan participación del Estado pero que no estén contempladas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, no se pueden considerar contratos estatales.

¹⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 14.

¹⁵ Ley 1150 de 2007, artículo 15.

¹⁶ Ley 1150 de 2007, artículo 16.

¹⁷ Ley 489 de 1998, artículo 94.

¹⁸ Ley 489 de 1998, artículo 95.

¹⁹ Ley 80, artículo 32.

El Estatuto General de Contratación Pública exceptúa algunos contratos que realizan algunas entidades estatales, como es el caso de los contratos que celebren los establecimientos de crédito; los contratos de las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter Estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social²⁰; los contratos de servicios de telecomunicaciones²¹; los convenios especiales de cooperación “Para adelantar actividades científicas y tecnológicas; los contratos de proyectos de investigación y creación de tecnologías”²² y los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables²³.

Así las cosas, se puede afirmar que no necesariamente cuando una Entidad Estatal realiza un Contrato Estatal, éste se encuentra regido por el Estatuto General de Contratación de la administración Pública ya que tanto el contrato como la entidad podrían estar exceptuados de dicho régimen y por ende, tener un régimen privado o un régimen especial de contratación.

Las entidades que por expreso mandato legal se someten a regímenes contractuales exceptuados del Estatuto General de Contratación, en desarrollo de su actividad contractual y acorde con su régimen legal especial, deben aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal los cuales se encuentran contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, además deben respetar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la Contratación Estatal²⁴.

²⁰ Ley 80 de 1993, artículo 32.

²¹ Ley 80 de 1993, artículos 33-36.

²² Decreto 393 de 1991, artículos 6 y 7.

²³ Ley 80 de 1993, artículo 76.

²⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 7.

Es importante resaltar que en nuestra opinión la razón por la cual el Estatuto General de Contratación Pública exceptúa gran número de Entidades Estatales con el fin de que éstas estén en condiciones de igualdad con relación al sector privado y así puedan ser competentes en el mercado en el que desarrollan su actividad.

II. La exorbitancia en el estatuto general de contratación pública.

El Estatuto General de Contratación Pública tiene como finalidad que al celebrar y ejecutar los contratos, las entidades estatales puedan cumplir con los fines del Estado, “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”²⁵.

Para el cumplimiento de los mencionados fines, el estatuto contiene de forma particular una serie de medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y así proteger el interés general y “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos”²⁶, como lo son la interpretación, la modificación y la terminación unilateral del contrato. Además, les otorga la facultad de declarar la caducidad del contrato estatal y el sometimiento a leyes estatales de éstos. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado les impone la inclusión de la cláusula de reversión en el contrato²⁷.

²⁵ Ley 80 de 1993, artículo 3.

²⁶ Ley 80 de 1993, artículo 14.

²⁷ *ibíd.*

Existen otras facultades reguladas por el Estatuto General de Contratación Pública, además de las anteriormente nombradas, las cuales no se encuentran contenidas dentro del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que son, la liquidación unilateral del contrato²⁸, la declaratoria de incumplimiento²⁹, la imposición de multas³⁰ y la potestad para que por medio de un acto administrativo las Entidades Estatales declaren el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías³¹.

Respecto de dichas facultades el Consejo de Estado les ha reconocido el carácter de prerrogativas especiales o privilegios exorbitantes por vía jurisprudencial a algunas de ellas, como ejemplo, el caso de las multas en el cual el Consejo de Estado analizó lo siguiente:

²⁸ Ley 1150 de 2007, artículo 11.

²⁹ Ley 1150 de 2007, artículo 17.

³⁰ *ibid.*

³¹ **Ley 1150 de 2007, artículo 7.** *De las garantías en la contratación.* Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

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.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

La comprensión de que se está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de la multa) de la administración (entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de derecho privado (contratista). ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial; toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva³².

Y analizó frente al carácter exorbitante, que:

“La naturaleza de algo exorbitante, no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo “normal”, debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común³³.”

La sala estima que “la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común³⁴” debido a que según la sala:

³² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de octubre de 2013, C.P: Álvaro Namen Vargas, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de julio de 2008. M. P. Enrique Gil Botero. Referencia: Expediente 05001-23-25-000-1995-01905-01 (21574)

³⁴ *Ibidem*.

Al derecho (común), no le resultan ajenas las manifestaciones unilaterales con efectos jurídicos, bien sea como consecuencia de su contemplación legal, o del ejercicio de la autonomía de la voluntad y a título de ejemplo la sala menciona los derechos de un padre sobre el hijo y la posibilidad de ejercerlos a través de decisiones unilaterales en ejercicio de la patria potestad (Código Civil, artículo 288), así como la posibilidad que detenta un mandante frente a su mandatario, con ocasión de la revocación del mandato³⁵.

Por lo anterior, la sala encuentra insuficiente la característica de unilateral para explicar el carácter de exorbitante, argumentando que “no basta, con la constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos; sino que ésta manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado”³⁶.

En nuestra opinión, las potestades de liquidar unilateralmente el contrato, declarar el incumplimiento, imponer multas y la potestad para que por medio de un acto administrativo las entidades estatales declaren el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías que contiene el Estatuto General de Contratación Pública además de la contenidas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, cuentan con el carácter de exorbitante, debido a que éstas cumplen con las características señaladas por el Consejo de Estado para tener dicha naturaleza, ya que son facultades que se ejercen de forma unilateral a través de un acto administrativo; son exorbitantes

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

en relación al derecho privado debido a que son invariables en el derecho común y se ejercen en virtud de la función administrativa.

Es importante resaltar la suma importancia que representa el principio de legalidad en el ejercicio de las facultades exorbitantes que el Estatuto General de Contratación Pública contiene, debido a que el principio de legalidad constituye un límite a las actuaciones del poder público. Por lo que el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera.

“Conforme a lo dispuesto en los artículos 60, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculen en sentido contrario³⁷”

Por lo tanto, es requisito fundamental el cumplimiento del principio de Legalidad en las facultades exorbitantes para que sean ejercidas de forma válida, ya que dichas facultades tendrán

³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de octubre de 2005. CP. Germán Rodríguez Villamizar. Radicado: Expediente 14.579.

necesariamente que ser atribuidas por el ordenamiento jurídico a un sujeto público o a uno privado en ejercicio de las funciones administrativas en relación a las actividades que éstos realizan con el fin de contribuir a la realización de los fines del Estado.

En conclusión, el tema de la exorbitancia con ocasión a la actividad contractual, debe abordarse necesariamente a la luz del principio de legalidad, ya que como pudimos constatar, las cláusulas excepcionales al derecho común, necesitan de previa y expresa autorización legal por lo que en nuestra opinión sólo es posible que sean incluidas y ejercidas válidamente, en aquellos contratos que estén sometidos al Estatuto General de Contratación Pública.

Sin embargo, es pertinente señalar, que en el caso de la facultad de declarar el siniestro por medio de un acto administrativo, en la práctica, muchas entidades públicas no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública que contratan bajo las reglas del derecho privado, declaran el siniestro mediante la expedición de un acto administrativo; nos preguntamos entonces, ¿por qué si estas entidades no están autorizadas para ejercer otras facultades exorbitantes que contiene el Estatuto General de Contratación Pública, no es claro para ellas que no están facultadas para declarar el siniestro mediante un acto administrativo, desconociendo que esta facultad es inviable en el derecho común y que por lo tanto para su ejercicio requieren de autorización legal?.

III. Garantías en el estatuto general de contratación pública, el contrato de seguro y la declaratoria del siniestro en el régimen público y privado.

El legislador colombiano se ocupó de los riesgos que pueden ocurrir durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales y de su cobertura de una forma amplia y detallada en la Ley 1150 de 2007. El legislador estableció lo siguiente en la nombrada ley:

Artículo 4. De La Distribución De Riesgos En Los Contratos Estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Artículo 7. De Las Garantías En La Contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

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.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Anteriormente, la Ley 80 de 1993 contemplaba que el contratista debía prestar garantía única que asegurara el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato al igual que los proponentes debían prestar garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.³⁸, dicho aspecto fue reglamentado por el Decreto 679 de 1994, el cual estableció que dentro de la garantía única de cumplimiento debían ampararse los riesgos relacionados con el anticipo o pago anticipado; el cumplimiento; los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones; la estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y al correcto funcionamiento de los equipos³⁹.

³⁸ Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 19.

³⁹ Decreto 679 de 1994, artículo 17.

El panorama cambió con Ley 1150 de 2007, ya que impuso la obligación a las entidades estatales de estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles involucrados en la contratación en los pliegos de condiciones o sus equivalente según lo requiera cada tipo contractual, con el fin de señalar la distribución definitiva de éstos⁴⁰ y además mantuvo la obligación a los contratistas de presentar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y a los proponentes prestar garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos⁴¹ contenida en la Ley 80 de 1993.

El Decreto 1082 de 2015 señala cuales son las garantías que se deben otorgar para los contratos estatales; para qué contratos se deben exigir por cuánto tiempo. Éste decreto amplió la lista de riesgos que se deben amparar con ocasión al contrato estatal que contenía el artículo 17 del Decreto 679 de 1994. Los riesgos que deben ser garantizados se encuentran contenidos en la sección tercera del nombrado Decreto, éstos son: Cobertura del Riesgo de Responsabilidad Civil Extracontractual; Garantía del oferente plural; Garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta; Garantía de cumplimiento; Suficiencia de la garantía de la seriedad de la oferta; Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo; Suficiencia de la garantía de pago anticipado; Suficiencia de la garantía de cumplimiento del contrato; Suficiencia de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra; Suficiencia de la garantía de calidad del servicio y suficiencia de la calidad funcionamiento de bienes. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato⁴².

⁴⁰ Ley 1150 de 2007, artículo 4.

⁴¹ Ley 1150 de 2007, primer inciso del artículo 7.

⁴² Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.7. Numeral 8.

En el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ha estado presente la obligación de garantizar los Contratos Estatales desde el Decreto 222 de 1983, artículo 67. Dicho estatuto concede a los oferentes o contratistas la posibilidad de otorgar las garantías del contrato a través de un Contrato de Seguro contenido en una póliza; por medio de Patrimonio Autónomo o de una Garantía Bancaria⁴³.

El Consejo de Estado ha dicho que “Éste requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista.”⁴⁴

Como se estableció anteriormente, el Estado tiene la obligación de obtener el aseguramiento por parte del contratista de todos los riesgos previsible que se pueden presentar en ocasión a su actividad contractual y es el contrato de seguro el mecanismo más utilizado para salvaguardar dichos riesgos.

El contrato de seguro se encuentra regulado en el código de comercio en el título V, en los artículos 1036 - 1162, y aunque éstos no lo definen como tal, le atribuye las características de un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva⁴⁵. Además, el Código de Comercio regula que son partes del contrato de seguro, el asegurador, quien es la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada para ello con arreglo de las leyes y reglamentos; el tomador que es la persona que obrando por cuenta propia traslada los riesgos⁴⁶ y

⁴³ Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.2.

⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de marzo de dos mil catorce (2014), C.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente 29857.

⁴⁵ Código de Comercio, artículo 1036.

⁴⁶ Código de Comercio, artículo 1037.

quien se beneficia del seguro. También, es posible que el seguro sea tomado a favor de un tercero, el cual es denominado beneficiario⁴⁷ y en éste caso, al tomador le incumben las obligaciones y al tercero le corresponde el derecho a la prestación asegurada⁴⁸.

El riesgo lo define el Código de Comercio en su artículo 1054, como todo suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del asegurador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador y establece que son riesgos inasegurables, el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario⁴⁹.

Por lo tanto, podemos de manera general definir el contrato de seguro como aquel contrato por el cual una de las partes llamada “asegurador” se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta, denominada “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto, cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, con el fin de indemnizar al asegurado o al beneficiario por los daños que haya sufrido con ocasión de la ocurrencia del riesgo asegurado⁵⁰.

La realización u ocurrencia del riesgo asegurado⁵¹, se denomina en el código de comercio como el “Siniestro” y su prueba está a cargo del asegurado⁵² en el derecho común. El asegurado o beneficiario se encuentra en la obligación de 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, les corresponde también demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso, como lo indica el Código de comercio.

⁴⁷ Código de Comercio, artículo 1040.

⁴⁸ Código de Comercio, artículo 1039.

⁴⁹ Código de Comercio, artículo 1055.

⁵⁰ Ossa G., (1984), *Teoría General del Seguro*, Bogotá, Colombia: Temis

⁵¹ Código de Comercio, artículo 1072.

⁵² Código de Comercio, artículo 1044.

Cabe resaltar que el Estatuto General de Contratación Pública regula particularmente y de forma distinta ciertos aspectos del contrato de seguro, de la póliza y de la forma en que se constata la ocurrencia del siniestro.

Una de las diferencias que existen entre las garantías constituidas a favor de entidades públicas y las garantías constituidas a favor de particulares es que, mientras que el código de comercio dispone que la mora en el pago de la prima de la póliza produce la terminación automática del contrato y ambas partes tienen derecho a revocar unilateralmente el contrato de seguro, el asegurado en cualquier momento y el asegurador con no menos de diez días de antelación⁵³; el Estatuto General de Contratación pública dispone que la póliza de seguro no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente⁵⁴.

Otra diferencia entre ambos regímenes, es que la regulación mercantil nos dice que la póliza presta mérito ejecutivo “transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada”⁵⁵. Es decir, que el asegurador tiene la facultad de objetar la ocurrencia del siniestro y así negar dicha reclamación; cosa muy distinta ocurre en el ámbito del derecho público en este tema, ya que éste dispone que la entidad pública puede declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo, y hacérselo saber al respectivo asegurador por medio de la notificación de dicho acto⁵⁶. Por lo tanto podemos ver que la compañía aseguradora no puede

⁵³ Código de Comercio, artículos 1068 y 1071.

⁵⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 7.

⁵⁵ Código de Comercio, artículo 1053.

⁵⁶ Ley 1150 de 2007, artículo 7.

enervar la condición del “título ejecutivo” de la póliza mediante la facultad prevista en el régimen privado de objetar la reclamación.

Además, el numeral 3 del artículo 99 del Código Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo dice que los contratos o los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad, al igual que el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual son documentos que prestan mérito ejecutivo siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible.

Por lo anterior podemos decir que la facultad de declarar unilateralmente el siniestro incluye la facultad de declarar la cuantía del daño ya que de lo contrario no surgiría obligación, es decir, que la entidad mediante acto administrativo motivado en los mencionados casos puede establecer las sumas que el contratista le adeuda o establecer el incumplimiento. Ésta situación es diferente al régimen privado donde el asegurador tiene posibilidad de objetar la ocurrencia o acaecimiento del riesgo asegurado y por lo tanto es frente a la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario discute la existencia del siniestro y la cuantía del perjuicio o daño⁵⁷.

Podemos ver entonces, como la principal diferencia entre ambos regímenes es que en el régimen privado el asegurado o beneficiario discute frente a la aseguradora la ocurrencia del siniestro, ya que ésta tiene la posibilidad de objetar su ocurrencia; cosa que no ocurre en el derecho público, donde la administración tiene la posibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo, el cual se presume válido y cuenta con fuerza ejecutoria, lo que “implica que la potestad de la entidad de declarar el siniestro, deja a la aseguradora la posibilidad solo de oponerse mediante el uso de los recursos propios de la vía

⁵⁷ Código de Comercio, artículo 1077.

gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente⁵⁸”, cambiando así todo el panorama de la relación contractual y otorgándole una ventaja a la administración sobre el contratista y sobre la aseguradora debido a que éstos son quienes tendrán que desvirtuar la ocurrencia del siniestro.

En conclusión, se invierte la carga de la prueba en tanto que en el derecho privado, el asegurado debe ir ante la aseguradora y acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida y en el derecho público, el asegurador debe acudir a un proceso judicial para demostrar porqué el riesgo no ocurrió en las condiciones declaradas en el acto administrativo y por lo tanto sí el juez no declara la nulidad del acto administrativo que declara el siniestro no hay lugar al restablecimiento del derecho. Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Si el daño es generado por un acto administrativo ilegal, para que el restablecimiento del derecho y la reparación sean posibles será necesario, de modo previo, dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cobija, sólo será posible con la declaración judicial de anulación del mismo⁵⁹”

IV. El acto administrativo que declara el siniestro

Es preciso tener en cuenta que un acto administrativo es “la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o

⁵⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 9 de julio de 2015. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02756-01(28685)

⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 16 de julio de 2015, C.P: Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00405-01(32301)

extinguendo derechos para los administrados o en contra de éstos; tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados⁶⁰”. Por lo tanto, el acto administrativo es una manifestación unilateral de la voluntad de la administración debido a que genera un efecto jurídico sin haber un acuerdo previo de voluntades.

El acto administrativo se profiere en ejercicio de función administrativa, por lo tanto lo puede profierir “cualquiera de los órganos que integran las ramas del poder público, de los entes autónomos e independientes o de los particulares en cumplimiento de una función administrativa, cuando tienen por objeto la prestación de servicios públicos, la garantía efectiva de los derechos y libertades reconocidos por la ley o el cumplimiento de los cometidos estatales⁶¹”.

Como se dijo anteriormente, todas las actuaciones provenientes del poder público, se encuentran supeditadas al cumplimiento del principio de legalidad contenido en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política. El principio de legalidad, hace referencia a que los servidores públicos solo podrán realizar las funciones a ellos asignadas por medio de la Constitución, de la ley o mediante un reglamento y, por lo tanto, toda autoridad pública que profiera un acto administrativo debe gozar de previa y expresa autorización legal.

El principio de legalidad, “busca asegurarse a través del control de legalidad, en prevención de actuaciones ilegales o arbitrarias del Poder Ejecutivo o de las autoridades que realizan la

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1436 del veinticinco (25) de octubre del año dos mil (2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Referencia: expediente D-2952.

⁶¹ Vidal Perdomo J., (2008). *Derecho administrativo*, décima tercera edición, Bogotá-Colombia: LEGIS EDITORES S.A.

función administrativa⁶².” Por lo tanto, es importante resaltar que en el caso de no cumplir con el principio de legalidad, el acto administrativo nace a la vida jurídica con un vicio lo cual puede y debe conllevar a la nulidad del acto.

Es importante destacar que el acto administrativo, cuenta con presunción de legalidad, lo que quiere decir, que todos los actos administrativos una vez expedidos adquieren carácter obligatorio mientras una autoridad judicial no los anule o suspenda sus efectos; y tiene carácter ejecutorio, lo que significa que “Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional⁶³”.

La presunción de legalidad y el carácter ejecutorio de los actos administrativos “torna en demandante a quien quiere controvertir su validez debido a que la relación jurídica es modificada unilateralmente y pasa a ser ejecutada directamente por la administración⁶⁴” por lo tanto, en el caso del acto administrativo que declara el siniestro, solo queda a la aseguradora o al contratista utilizar los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente y teniendo en cuenta además, que mediante dicho acto administrativo la administración tiene la facultad de cuantificar el valor del siniestro como se explicó anteriormente.

Es preciso señalar que antes de demandar la nulidad de un acto administrativo ante la jurisdicción, se debe agotar la vía gubernativa en virtud del principio de autotutela administrativa, ya que según éste “debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816/11. M.P: Mauricio González Cuervo. Referencia: Expediente D-8473. Noviembre 1 de 2011.

⁶³ Ley 1437 de 2011, artículo 89.

⁶⁴ Vidal Perdomo J., (2008). *Derecho administrativo*, décima tercera edición, Bogotá-Colombia: LEGIS EDITORES S.A.

pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales⁶⁵”. Sin embargo, es importante resaltar que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, dispone que “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”. Por lo cual, en el caso del acto administrativo que declara el siniestro, el administrado podría acudir directamente a la Jurisdicción debido a que el recurso de reposición no es obligatorio como lo dispone el último inciso del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

Para que dicho acto administrativo nazca de acuerdo a derecho y no resulte afectado por una causal de nulidad debe cumplir de lleno con los elementos estructurales que la ley le atribuye, como lo son: los sujetos, el objeto, los motivos, el fin, la forma y los procedimientos. Si alguno de estos elementos no está conforme a la ley, se genera una causal de nulidad del acto administrativo, en los términos del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

No obstante lo anterior, en el evento que se genere una causal de nulidad, no hay que perder de vista que el acto administrativo de todas maneras tiene la posibilidad de nacer a la vida jurídica, generar efectos jurídicos y adquirir carácter de obligatoriedad, basado en el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, (...). En consecuencia, es necesario obtener el pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa mediante la cual declare la respectiva nulidad⁶⁶.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-792/06, M.P: Rodrigo Escobar Gil, Referencia: expediente D-6246.

⁶⁶ Acto administrativo, *Aspectos generales del acto administrativo colombiano*, Ediciones Uninorte, Barranquilla Colombia, año 2007, HERRERA ROBLES Aleksey, capítulo 1, título IV, teoría general del acto administrativo, página 240.

Cabe resaltar que los elementos del acto administrativo que nos interesa abordar para el desarrollo del problema jurídico de la presente monografía, son la competencia y el objeto del acto administrativo a través del cual se declara el siniestro.

V. Competencia para la declaratoria del siniestro.

Como dijimos anteriormente, la competencia es uno de los elementos del acto administrativo necesarios para que este sea válido, es decir, que sea legal. El Consejo de Estado ha precisado en reiteradas oportunidades que “La competencia de las autoridades estatales constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquéllas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley”⁶⁷. Así mismo lo dispone el artículo 6 de la Constitución Política, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y el artículo 121 ibídem que dice “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.

El Consejo de Estado a su vez ha reiterado por vía jurisprudencial que “El vicio por incompetencia es el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y, por tal razón, ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto

⁶⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de febrero de 2006. C.P: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente. 13414.

administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso”⁶⁸. Es decir, que según lo expuesto por el Consejo de Estado en varias de sus sentencias, la competencia constituye un elemento fundamental para que el acto administrativo sin importar cuál sea la entidad que lo profiera tenga validez en la vida jurídica.

Viendo la importancia que constituye la competencia y por ende el principio de legalidad para la expedición de todo acto administrativo, nos llama la atención el tratamiento diferenciado sobre la competencia que el Consejo de Estado le otorga a la facultad para imponer multas y hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias de manera unilateral, con respecto al tratamiento que le confiere al tema de la declaratoria del siniestro, frente al cual, en nuestra opinión vulnera el principio de legalidad.

En relación a las multas y a la cláusula penal, el Consejo de Estado ha protegido con esmero la aplicación del principio de legalidad al reconocer que éstas facultades nombradas, constituyen facultades excepcionales concedidas a la administración, y que éstas facultades dependen de forma exclusiva de la ley, “pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negócias”⁶⁹.

Cabe resaltar, que en el decreto 222 de 1983 se encontraba expresamente regulado, lo concerniente a las multas y a la cláusula penal pecuniaria para los contratos de la administración pública. El decreto 222 de 1983 disponía que las entidades estatales, estaban en la obligación de

⁶⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO Sentencia del 23 de junio de 2010, C.P: Enrique Gil Botero. Expediente. 16.367

⁶⁹ "En materia de facultades excepcionales de la Administración éstas dependen de la ley y son de manera privativa las que se precisan en ésta, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables". COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de diciembre de 1994 con ponencia del Magistrado Carlos Betancur Jaramillo, Expediente. 7879.

pactar la cláusula de multas y la cláusula penal pecuniaria en sus contratos, con excepción a los contratos de empréstito⁷⁰. El anterior panorama cambió con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, debido a que ésta no reguló expresamente dichas figuras y por lo tanto durante la vigencia de la misma, se suscitaron diferentes conflictos en torno a la competencia para hacer uso de dichas facultades. El Consejo de Estado adoptó diferentes posiciones en relación con dichos conflictos de competencia, como lo expondremos a continuación:

En un primer momento, la sala anuló de manera oficiosa cláusulas que autorizaban la imposición de multas en ausencia de autorización legal, estableciendo lo siguiente:

La nulidad aparece palpable en la forma como está concebida la cláusula. Y es nula no porque se hayan pactado multas por incumplimiento (pacto válido incluso en cualquier contrato de derecho privado), sino porque la cláusula le permite a la administración ejercer una potestad que no tiene en este tipo de contratos; o sea la de calificar unilateralmente el incumplimiento del contratista por acto administrativo, para hacerlo merecedor a la sanción, con efectos ejecutorios y exigible por jurisdicción coactiva⁷¹.

Es decir, que para el Consejo de Estado lo exorbitante es la facultad para imponer unilateralmente las cláusulas, pues las entidades estatales pueden válidamente pactar multas y cláusulas penales pecuniarias en ausencia de expresa autorización legal en virtud del principio de autonomía de la voluntad con total independencia del régimen contractual al que estén sometidas⁷², debido a que "conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la

⁷⁰ Decreto-Ley 222 de 1983, artículos 71 y 72.

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de diciembre de 1994, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente. 7879.

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Concepto del 15 de mayo de 2006. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Referencia: Radicación 7.879.

autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del Código Civil, "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Por lo tanto, en el derecho privado las partes pueden pactar válidamente cláusulas que contengan multas y cláusulas penales pecuniarias, ya que lo exorbitante radica en la posibilidad de imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral, por lo cual, el Consejo de Estado ha establecido que:

En el derecho privado ninguna de las partes puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo a lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del cumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso⁷³.

Se advierte que en algún momento el Consejo de Estado flexibilizó su posición frente al principio de legalidad y tomó una posición contraria a la propuesta anteriormente frente a un

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de diciembre de 1994 M.P Carlos Betancur Jaramillo, Expediente. 7879.

caso en el que una Empresa Industrial y Comercial del Estado declaró el incumplimiento de su contratista, para lo cual se pronunció de la siguiente manera:

Se advierte entonces, que a través de las resoluciones acusadas la entidad contratante, empresa industrial y comercial del estado del nivel distrital sujeta a las disposiciones del derecho privado en cuanto al contrato de prestación de servicios objeto de la presente Litis, declaró por sí y ante sí el incumplimiento de su contratista quien a la luz del régimen legal aplicable al mismo, celebró el negocio jurídico con dicha entidad en pie de igualdad y tenía derecho a que fuera el juez del contrato quien definiera su comportamiento contractual y lo relativo a la ejecución de las obligaciones a su cargo⁷⁴

Más recientemente el Consejo de Estado volvió a su posición inicial, anulando oficiosamente las cláusulas de multas y de cláusula penal pecuniaria, como ocurre en un contrato de comercialización celebrado por una Empresa Industrial y Comercial del Estado; EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ⁷⁵, debido a que la Ley 80 de 1993, la cual estaba vigente al momento de la celebración del contrato, no autorizaba su inclusión ni su ejercicio unilateral.

Encuentra la Sala que el contrato 009 de 1995 se celebró bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007-, época para la cual la Administración no tenía la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se declarara el incumplimiento del contrato, toda vez que para ello debía acudir al juez de contrato, tal como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corporación

⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 19 de agosto de 2004. M.P Ramiro Saavedra Becerra. Referencia. 12.342.

⁷⁵ La Empresa de Licores del Caquetá es una empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental, creada mediante ordenanza 09 de 1985, de la Asamblea Departamental del Caquetá.

desde el año 2005, cuyo lineamiento permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007⁷⁶.

Actualmente, el legislador consagró expresamente en la Ley 1150 de 2007 que las facultades de imponer multas y la facultad de hacer efectivas las cláusulas penales pecuniarias están reservadas solo para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como lo indica el artículo 17 de dicha ley.

Ahora bien, como ya lo planteábamos anteriormente, la posición que toma el Consejo de Estado frente a la competencia para imponer multas y hacer efectivas las cláusulas penales pecuniarias durante la Ley 80 de 1993, la cual no contemplaba dichas prerrogativas, es una posición que respeta y protege el principio de legalidad en la medida en que anula dichas cláusulas al no tener la debida competencia, en vigencia de la mencionada ley, para pactarlas y hacerlas efectivas unilateralmente.

En el caso de la facultad para declarar el siniestro por medio de un acto administrativo, se suscitan una serie de controversias en cuanto a, si las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública, están facultadas o no para proferir dicho acto administrativo, escenario en el cual el Consejo de Estado ha sostenido que:

Tal facultad de declarar la ocurrencia del siniestro a través de una decisión unilateral reflejada en un acto administrativo, con la finalidad de hacer efectiva la respectiva póliza de seguros -como aquella contentiva de la garantía de cumplimiento de un contrato-, no es exclusiva de los contratos estatales sujetos a las normas de la Ley 80 de 1993, sino que se trata de una competencia otorgada en general a la administración pública respecto de

⁷⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de abril de 2014. C.P: Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 18001-23-31-000-1997-01006-01(27096).

todas las pólizas de seguro constituidas a su favor, tal y como lo concluyó la Sección en providencia⁷⁷.

Lo anterior se debe a que el Consejo de Estado sostiene que la competencia en este caso proviene de los numerales 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, antes numerales 4 y 5 del artículo 68 del Decreto 01 de 1984. Dicho artículo dispone que prestan mérito ejecutivo para su cobro coactivo los siguientes documentos:

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.

Así es como el Consejo de Estado establece que cualquier autoridad pública tiene competencia para declarar la ocurrencia del riesgo asegurado, con independencia del régimen jurídico al cual estén sometidos los contratos que celebra. Al referimos a cualquier autoridad pública se está haciendo énfasis en que esta facultad no está reservada solo para las entidades definidas por el Estatuto General de Contratación Pública, sino para “Todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles,

⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de octubre de 2011. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Referencia: Radicación 1995-1555.

a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas”⁷⁸.

Así por ejemplo, “estando vigente el Decreto 01 de 1984, cuyo contenido reprodujo con algunos ajustes la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado avaló la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales una entidad estatal, La Caja de Crédito Agrario, Industrial Y Minero, ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento a pesar de que el contrato no estaba sometido al Estatuto General de Contratación Pública”⁷⁹.

En esa ocasión el juez administrativo estableció que el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 no derogó la competencia de las autoridades públicas para declarar el siniestro, sino que lo que el nombrado artículo derogó fue el hecho de que dichos actos presten merito ejecutivo, es decir, que derogó la potestad de cobrar el crédito que surge con la declaración del siniestro por la vía de la “jurisdicción coactiva”, pues el inciso primero del art. 75 de la Ley 80 de 1993 exigió que, en adelante, se adelantaran los cobros derivados de los contratos estatales a través de un juicio ejecutivo. Por lo tanto, la administración conservó la potestad de declarar por medio de acto administrativo el siniestro de las garantías, aunque su exigibilidad sólo sea posible por la vía ejecutiva judicial. Es decir, que:

“Menguó el atributo de ejecutoriedad propia o plena de este tipo de actos administrativos, en la medida en que, a partir de ese momento, la administración debe concurrir al juez de lo contencioso administrativo, para cobrar mediante los trámites del

⁷⁸ Ley 1437 de 2011, artículo 2.

⁷⁹ COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de octubre de 2011. C.P: Danilo Rojas Betancourth, Radicado Número: 20070-25000-23-26-000-1995-0155501

proceso ejecutivo, las garantías que se otorgan a su favor con ocasión de la actividad contractual”⁸⁰.

Así mismo, cabe destacar que la facultad conferida por la Ley 1437 de 2011 a éstas autoridades públicas para hacer efectivas las garantías otorgadas a su favor, responde al poder de autotutela del que gozan las autoridades públicas, el cual consiste en:

La decisión unilateral y ejecutoria de la que gozan todas las entidades estatales en ejercicio de función administrativa, prerrogativa del poder público de la que goza la administración y de acuerdo con la cual, aquellas pueden, unilateralmente, resolver a través de actos administrativos aquellas cuestiones en las cuales se encuentran involucradas, sin necesidad de acudir al juez para que autorice o corrobore su actuación, tomando decisiones que resultan obligatorias y que ellas mismas pueden ejecutar de manera directa para su efectivo cumplimiento, imponiendo su voluntad en forma coactiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la facultad que les asiste a los afectados de impugnar tales actos ante la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, también es claro que para poder ejercer esta facultad de proferir actos administrativos, las autoridades estatales deben contar con la facultad expresa de hacerlo, es decir, con la competencia constitucional o legalmente atribuida para actuar⁸¹.

El Consejo de Estado a lo largo de su línea jurisprudencial hace un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Decreto 01 de 1984, con el cual afirma que, “partiendo de la

⁸⁰ COLOMBIA: CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de Julio de 2012. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp.19.519.

⁸¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de octubre de 2011. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Referencia: Radicación 1995-1555.

vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo⁸² y “el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.⁸³”

Por consiguiente:

Para la Sala, estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.⁸⁴

En conclusión,

Lo anterior significa que las garantías otorgadas para amparar las obligaciones que emergen del contrato estatal no sólo pueden hacerse exigibles por la administración a través de los actos administrativos de liquidación, de terminación unilateral o de caducidad del contrato, como lo prevé el numeral 4 del artículo 68 C.C.A., sino que

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de octubre de 2011. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Referencia: Radicación 1995-1555.

también pueden hacerse exigibles a través del acto administrativo que declara la existencia de la obligación, pues el numeral 5 ibídem no hace exclusión alguna y, por lo tanto, comprende todas las hipótesis que no están contempladas por aquella disposición; de esta manera, las normas se complementan entre sí, para cumplir la finalidad perseguida por el legislador: salvaguardar el interés público y el patrimonio de la administración que se intenta preservar ante la ocurrencia de los riesgos amparados por las garantías otorgadas a favor de las entidades públicas⁸⁵.

Una vez expuesta la posición que ha adoptado el Consejo de Estado acerca de la competencia para el ejercicio de las facultades de imposición de multas, cláusula penal pecuniaria y de la declaratoria del siniestro, vemos pues como el Consejo de Estado en el caso de multas y cláusula penal pecuniaria, en nuestra opinión, es bastante estricto en cuanto al principio de legalidad dado que considera que éstas facultades nombradas, constituyen facultades exorbitantes concedidas a la administración, y que como se dijo anteriormente “éstas facultades dependen de forma exclusiva de la ley, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables”⁸⁶ y por lo tanto ha anulado de forma oficiosa cláusulas que autorizan la imposición de multas y de cláusulas penales pecuniarias en ausencia de autorización legal.

Y en el caso de la declaratoria del siniestro, podemos constatar, como el Consejo de Estado ha sido bastante laxo en cuanto a la aplicación del principio de legalidad, debido a que, le atribuye al artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 la consagración de dicha facultad sin poner demasiada

⁸⁵ COLOMBIA: CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de Julio de 2012. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp.19.519.

⁸⁶ "En materia de facultades excepcionales de la Administración éstas dependen de la ley y son de manera privativa las que se precisan en ésta, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables". COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de diciembre de 1994 con ponencia del Magistrado Carlos Betancur Jaramillo, Expediente. 7879.

atención a que la competencia como se dijo anteriormente debe ser expresa, lo cual en el artículo 99 no aparece claramente, ya que dicho artículo establece el efecto que le otorga a ciertos documentos a favor del Estado pero no atribuye expresamente la competencia a ningún órgano o funcionario público como tal, es decir, que no podemos confundir una norma que atribuye una competencia con una norma que indica el efecto de dicho acto. La consecuencia de dicha interpretación es que la facultad de declarar el siniestro por medio de un acto administrativo queda extendida a todas las entidades públicas regidas por la Ley 1437 de 2011, sin importar su régimen de contratación.

Al mismo tiempo, aunque la facultad para declarar el siniestro mediante un acto administrativo, es una facultad que se ejerce de forma unilateral; es inviable en el derecho común y se ejerce en virtud de un función administrativa; y por lo tanto cumple con las características que se requieren para ser una facultad exorbitante; el Consejo de Estado ha pasado por alto dicha naturaleza de la que goza la mencionada facultad, en la medida en que, al reconocer el carácter exorbitante de la facultad en mención no podríamos aceptar que ésta sea utilizada en los casos en que la administración actúa en pie de igualdad con los particulares y por lo tanto dicha facultad estaría reservada únicamente para las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación Pública. Por lo que cabe recordar que el Consejo de Estado ha dicho en reiteradas ocasiones que, “los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que esta por fuera de discusión que todas las actuaciones del estado se rigen por el principio de legalidad⁸⁷”

⁸⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. C.P: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicado numero: 25000-23-26-000-2001-01008-01 (30832)

Por lo anteriormente expuesto, podemos decir que aunque el Consejo de Estado ha sido claro en decir que la facultad de declarar el siniestro corresponde a todas las autoridades públicas, constan razones suficientes para pensar que Entidades Estatales sometidas a regímenes distintos del Estatuto General de Contratación Pública no tienen competencia para ejercer dicha facultad.

Además, existe otra situación que debemos considerar al momento de cuestionarnos si la Entidades Estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública tienen o no competencia para expedir el acto administrativo que declara el siniestro y es la siguiente: Si aceptamos la posición del Consejo de Estado en la cual la competencia para expedir el acto administrativo que declara el siniestro proviene de los numerales 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 y por ende, dicha competencia le esta atribuida a todas las entidades públicas sin importar su régimen contractual, entonces nos preguntamos qué pasa con las entidades públicas que tienen un régimen privado de contratación cuando para declarar el siniestro es necesario que la entidad expida otros actos administrativos previos o concomitantes como en es el caso del acto administrativo que declara la caducidad, el que declara la terminación unilateral, el que declara el incumplimiento del contrato o el que liquida unilateralmente el contrato, debido a que éstos actos administrativos son proferidos en virtud de potestades excepcionales al derecho común, las cuales están reservadas únicamente para las entidades que contratan bajo el régimen público, como lo ha dicho en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado.

El pacto de facultades exorbitantes o excepcionales solo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar en la mera autonomía de la voluntad de las partes a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de

los preceptos constitucionales antes citados, (*artículos 6, 121 y 122*) lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículo 1502, 1519 y 1741) en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la administración y vulneran el orden jurídico que por razones superior y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito⁸⁸.” (Cursiva fuera del texto)

En el caso objeto de estudio de la citada sentencia, el Consejo de Estado declara la nulidad absoluta por objeto ilícito de las cláusulas en las que se pactan facultades exorbitantes o excepcionales en los casos en que no hay previa y expresa autorización legal, ya que el objeto sobre el cual decide el acto “debe ser determinado y ajustarse a todas las normas jurídicas superiores, se trata de un elemento especial para la validez del acto⁸⁹”

Según el análisis finalístico que el Consejo de Estado ha hecho sobre los numerales 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, ha considerado que la atribución legal para declarar el siniestro contempla la competencia para la expedición de cualquier acto administrativo que declare la existencia de la obligación, esto con el fin de que ellas mismas puedan declarar el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva. Es decir, que según este análisis se abre la posibilidad a las entidades estatales que contratan bajo las reglas del derecho privado de expedir actos administrativos como el que declara el incumplimiento; el que declara la caducidad; o el que liquida unilateralmente el contrato; los cuales materializan potestades exorbitantes, es decir, situaciones inviables en el derecho común. A continuación daremos cuenta de lo que el Consejo de Estado ha dicho sobre el tema en cuestión:

⁸⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. C.P Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 15476.

⁸⁹ PENAGOS, Gustavo. *El acto administrativo*. Tercera edición. Bogotá, 1981. Pag134.

En relación a las multas y la cláusula penal, el Consejo de Estado ha sido claro en indicar que las entidades que se encuentran exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública no se encuentran facultadas para la imposición de éstas, toda vez que son potestades exorbitantes al derecho común las cuales están dispuestas solo para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y además así lo consagró el legislador expresamente en el artículo 17 de Ley 1150 de 2007.

Con respecto a la terminación y liquidación unilateral del contrato, no encontramos ninguna sentencia en donde el Consejo de Estado revista de competencia a las entidades que se encuentran exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública para que expidan el acto administrativo a través del cual se liquida o se termina el contrato unilateralmente. Lo cierto es que la lectura del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, hace alusión a que prestan merito ejecutivo los documentos en que constan las garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento, la caducidad, la liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual. Sin embargo como lo expresamos anteriormente, en nuestra opinión, en este artículo no se encuentra consagrado expresamente la competencia para expedir el acto administrativo que declara la terminación y la liquidación unilateral del contrato sino que simplemente le atribuye mérito ejecutivo a los nombrados documentos.

Por otro lado, es importante dar cuenta de que en la práctica, entidades estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública han declarado el incumplimiento de las obligaciones del contrato en virtud del mencionado análisis de los numerales 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, como es el caso del IDEMA, en el que el Consejo de Estado le permitió declarar el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del siniestro, manifestando lo siguiente:

La declaración del siniestro de “*anticipo*” y la consecuente exigibilidad de la garantía otorgada a favor de la entidad pública necesariamente están precedidas del incumplimiento de las respectivas obligaciones a cargo del contratista, de modo que, en estricto sentido, es el hecho del incumplimiento el constitutivo del siniestro y, por consiguiente, su declaración es la que permite concretar la obligación a cargo del garante que asume los riesgos, como sucede en este caso específico, a través de la póliza única de seguro de cumplimiento⁹⁰.

Ahora bien, podemos observar como el Consejo de Estado en relación a la potestad para declarar el incumplimiento, le otorga suma importancia al análisis finalístico que hace de la citada norma, ya que avala la expedición de actos administrativos que declaran el incumplimiento en virtud de la atribución legal para declarar el siniestro con el fin de que las entidades estatales puedan declararlo, y hacerlo exigible en forma efectiva. Cabe destacar que, no hemos encontrado algún caso en donde el Consejo de Estado haya aceptado que las entidades exceptuadas del Estatuto de Contratación Pública declaren la caducidad de un contrato amparadas en la facultad que tienen, según la misma corporación, para declarar el siniestro.

En nuestra opinión, la posibilidad que le ha dado el Consejo de Estado a las entidades que se encuentra exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública para que declaren el incumplimiento del contrato, viola tajantemente el principio de legalidad, toda vez que éstas entidades no tienen atribución legal que les permita proferir dicho acto y permite que éstas entidades hagan uso de facultades exorbitantes lo cual transgrede los límites de actuación y del

⁹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de julio de 2012. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente 19.519.

poder del Estado, poniendo así al particular en una posición de desventaja la cual no se espera de dicha relación contractual ya que ésta está basada y sometida a las reglas del derecho común.

En el caso de que el Consejo de Estado le concediera la competencia a la entidades que se encuentran exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública para que por medio de un acto administrativo declaren la caducidad del contrato, se estaría violando aún más el principio de legalidad, debido a que la caducidad es una potestad exorbitante, la cual constituye la sanción más grave que se le puede imponer al contratista por parte de la administración, toda vez que “si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la ley⁹¹. Al respecto el Consejo de Estado ha dicho más recientemente que:

Si bien es cierto que en los contratos celebrados por la Administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la Administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 14 de 1991.⁹²

⁹¹ Ley 80 de 1993, artículo 18.

⁹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. C.P Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 15476.

Además, es pertinente señalar que el Consejo de Estado ha reiterado que el vicio por incompetencia es el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y que por lo tanto el juez debe declarar siempre la nulidad de dichos actos, incluso de manera oficiosa, asimismo, en relación a las facultades excepcionales al derecho común en sus más recientes sentencias ha expresado que:

La incompetencia se erige en la más grave ilegalidad; precisamente en atención a las facultades unilaterales y especialmente aquellas de carácter sancionatorio de que disponen las entidades estatales en materia contractual, resulta necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen sobre el punto⁹³

Por último, podemos decir que con el análisis que el Consejo de Estado ha hecho sobre el artículo en mención, deja de cumplir la finalidad que se busca con los poderes exorbitantes, los cuales solo deben ser utilizados por las entidades que se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación Pública con el fin de proteger el patrimonio público y los derechos de los administrados.

Con relación al principio de legalidad y la fuerza ejecutoria de la facultad en comento, el Consejo de Estado, aunque en una *–obiter dictum–* de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2014 se pronunció de la siguiente manera:

“La presunción de legalidad y la fuerza ejecutoria de los actos administrativos a través de los cuales se declara el siniestro o se hace efectiva una garantía, establecida con apoyo en el numeral 5to del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, sustituido por el numeral 3 del artículo 99 del CPACA, aspecto legal por virtud del cual la entidad

⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de abril de 2014. C.P: Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 18001-23-31-000-1997-01006-01(27096).

estatal goza de una facultad excepcional consistente en declarar el siniestro en los eventos en que la ley lo permite y, a su vez, la imposibilidad de que la compañía aseguradora pueda enervar la condición de título ejecutivo de la respectiva póliza mediante la presentación de las objeciones previstas en el artículo 1053 de Código de Comercio, sin perjuicio del derecho de defensa que naturalmente puede desplegar durante la actuación administrativa correspondiente, como en el cobro judicial respectivo⁹⁴”.

La citada Obiter dictum nos permite dilucidar que el Consejo de Estado comienza a aceptar que al hablar de declaratoria de siniestro nos encontramos ante una facultad excepcional, como ya anteriormente lo habíamos anotado y que por lo tanto es necesario que esta facultad tenga expresa autorización legal y sola pueda ser utilizada en aquellos casos que autoriza la ley.

Asimismo, un fallo reciente del Tribunal Administrativo de Antioquia, con ponencia del Magistrado Jorge León Arango Franco, anuló el acto administrativo por medio del cual Empresas Públicas de Medellín E.S.P declaró unilateralmente la ocurrencia del riesgo- siniestro de estabilidad- por tratarse de un Contrato Estatal sometido al derecho privado, y reconoció la naturaleza exorbitante de la facultad para declarar el siniestro por medio de un acto administrativo de la siguiente manera:

“La naturaleza de prerrogativa pública o facultad exorbitante, implicada en la competencia de las entidades para declarar la realización del riesgo en un contrato de seguro, permite a la sala concluir, que dicha facultad escapa de la esfera de los particulares pues se trata de una competencia imposible de predicar respecto de las

⁹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de marzo de 2014. C.P Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 29205.

relaciones contractuales regidas por el derecho privado, régimen que orienta a las empresas de servicios publico domiciliarios⁹⁵.”

Cabe mencionar la posición del abogado José Andrés O’Meara, quien en una publicación realizada por el periodo *Ámbito Jurídico* manifestó que con la finalidad de proteger las finanzas, se hace imperativo extender las potestades excepcionales al derecho común para todos los contratos estatales y no solo para aquellos que hoy se rigen por la Ley 80 de 1993, fundamentando su propuesta en cuatro principios jurídicos, que son: la autotutela administrativa, la prevalencia del interés general sobre el interés particular del contratista, el de los fines esenciales del Estado y el de la supremacía constitucional⁹⁶. Al respecto nosotros diferimos de dicha posición, ya que consideramos que se deben respetar y garantizar todo los principios que hacen parte de la administración pública, por lo tanto al extender las potestades excepcionales al derecho común para todos los contratos estatales y no solo para los que se encuentran regidos por la Ley 80 de 1993, se estaría atentando contra principios fundamentales como el principio de legalidad, la protección del interés económico, el derecho de contradicción y de defensa del contratista, el equilibrio económico del contrato, el debido proceso, entre otros. Por lo tanto, todas las entidades estatales deben respetar el principio de legalidad, desarrollando las formalidades que la ley exige para la aplicación de las potestades exorbitantes o cláusulas excepcionales, expidiendo solo aquellos actos para los cuales tienen competencia, todo con miras a garantizar el cumplimiento del principio de legalidad, el cual constituye una garantía para todas las entidades que contratan con el Estado.

⁹⁵ COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA. Sentencia del 27 de junio de 2013. Referencia: Radicados acumulados. 05001233100020080046700 y 001333101520070029100.

⁹⁶ Todo Contrato Estatal Debe Tener Potestades Exorbitantes. (25 de abril al 8 de mayo de 2016). *Ámbito Jurídico*, p.2.

Referencias bibliográficas.

Acto administrativo, *Aspectos generales del acto administrativo colombiano*, Ediciones Uninorte, Barranquilla Colombia, año 2007, HERRERA ROBLES Aleksey.

ARIZA ZAPATA, Carolina. Exorbitancia Del Estado En La Contratación Exceptuada Del Estatuto General De Contratación Pública. Artículo Inédito.

Todo Contrato Estatal Debe Tener Potestades Exorbitantes. (25 de abril al 8 de mayo de 2016). *Ámbito Jurídico*, p.2.

ARAGÓN FUENTES, Javier José. Estatuto General de Contratación Estatal, El régimen de los seguros en los contratos estatales. Medellín, 1998. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Universidad de Antioquia. Facultad de derecho y ciencias políticas.

Ossa G., (1984), *Teoría General del Seguro*, Bogotá, Colombia: Temis

Vidal Perdomo J., (2008). *Derecho administrativo*, décima tercera edición, Bogotá-Colombia: LEGIS EDITORES S.A.

PENAGOS, Gustavo. *El acto administrativo*. Tercera edición. Bogotá.

Código de Comercio

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de diciembre de 1994, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente. 7879.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 19 de agosto de 2004. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Referencia. 12.342.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de octubre de 2005. CP.

Germán Rodríguez Villamizar. Radicado: Expediente 14.579.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de febrero de 2006. C.P:

Ramiro Saavedra Becerra. Expediente. 13414.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Concepto del 15 de mayo de 2006. M.P. Carlos

Betancur Jaramillo. Referencia: Radicación 7.879.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. C.P:

Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicado numero: 25000-23-26-000-2001-01008-01 (30832)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de julio de 2008. M. P. Enrique

Gil Botero. Referencia: Expediente 05001-23-25-000-1995-01905-01 (21574)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO Sentencia del 23 de junio de 2010. C.P: Enrique

Gil Botero. Expediente. 16.367

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. C.P

Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 15476.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de octubre de 2011. C.P.

Danilo Rojas Betancourth. Referencia: Radicación 1995-1555.

COLOMBIA: CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de Julio de 2012. C.P. Carlos

Alberto Zambrano Barrera. Exp.19.519.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de octubre de 2013. C.P:

Álvaro Namen Vargas, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de marzo de 2014. M.P Danilo Rojas Betancourth. Referencia: Expediente 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de marzo de 2014. C.P Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 29205.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de abril de 2014. C.P: Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 18001-23-31-000-1997-01006-01(27096).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 9 de julio de 2015. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02756-01(28685)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 16 de julio de 2015. C.P: Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00405-01(32301)

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1436 del veinticinco (25) de octubre del año dos mil (2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Referencia: expediente D-2952.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 249. M.P Jaime Araujo Referencia: Expediente D- 4869. 16 de marzo de 2004.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-792/06, M.P: Rodrigo Escobar Gil, Referencia: expediente D-6246.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816/11. M.P: Mauricio González Cuervo. Referencia: Expediente D-8473. Noviembre 1 de 2011.

COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA. Sentencia del 27 de junio de 2013. Referencia: Radicados acumulados. 05001233100020080046700 y 001333101520070029100.

Decreto 393 de 1991

Decreto-Ley 222 de 1983

Decreto 679 de 1994

Decreto 1082 de 2015

Ley 30 de 1992.

Ley 31 de 1992.

Ley 80 de 1993.

Ley 100 de 1993.

Ley 142 de 1994.

Ley 143 de 1994.

Ley 489 de 1998.

Ley 689 de 2001.

Ley 1118 de 2006.

Ley 1150 de 2007.

Ley 1341 de 2009.

Ley 1437 de 2011.

Bibliografía.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 14 de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente.13.599.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 22 de abril de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Expediente. 14667.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 23 de Junio de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente.16.494.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de Marzo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente. 20917.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 24 de Julio 24 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente.27.505.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de Marzo 27 de 2014. Expediente.29.857, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.