

Concepto sobre contratos estatales con régimen especial celebrados con recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y la competencia del ordenador del gasto de dicho Fondo para la imposición unilateral de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, el marco de un régimen excepcional al Estatuto General de la Contratación Pública – EGCP.

Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil
Concepto 11-001-03-06-000-2024-00559-00 (2527)
C.P. Juan Manuel Laverde Alvarez



Foto Procuraduría

1

¿Qué pasó?

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre la competencia que pudiese ostentar el director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD), en su calidad de ordenador del gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD), con relación a la facultad unilateral de imposición de multas y sanciones en el marco de un régimen excepcional al Estatuto General de la Contratación Pública.

2

¿Qué tuvo en cuenta la Sala de Consulta y Servicio Civil?

La Sala de Consulta consideró los siguientes elementos:

- Marco normativo aplicable: Se analizaron, entre otras disposiciones, los artículos 50 y 66 de la Ley 1523 de 2012, relacionados con los dos regímenes de los contratos celebrados con los recursos del FNGRD: los artículos 14 a 18 del EGCP, que regulan las cláusulas excepcionales de la Administración; el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento en contratos regidos por el EGCP; los artículos 1075 a 1080 del Código de Comercio, relacionados con el procedimiento para la efectividad de garantías en contratos de derecho privado y los artículos 99 y 104 del CPACA, sobre los documentos que prestan mérito ejecutivo y la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respectivamente.
- Naturaleza jurídica del FNGRD: La Sala reiteró que el FNGRD es un fondo cuenta sin personería jurídica, constituido como patrimonio autónomo de creación legal, representado por La Fiduprevisor S.A. En consecuencia, los contratos celebrados con cargo a sus recursos deben distinguirse entre aquellos de administración y los de ejecución, cada uno con un régimen jurídico diferente.
- Competencias del director de la UNGRD: Se analizó el rol del director como ordenador del gasto del FNGRD, con base en el artículo 48 de la Ley 1523 de 2012 y el Decreto Ley 4147 de 2011. Se concluyó que tiene competencia para expedir manuales de contratación, pero se precisó el alcance si se trata de contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de aquellos regidos por el derecho privado. También determinó que el director de la UNGRD tiene competencia para declarar el incumplimiento en contratos regidos por el EGCP, pero no en aquellos sometidos al régimen de derecho privado.
- Jurisprudencia relevante del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional relacionada, entre otros temas, con la naturaleza jurídica del FNGRD como patrimonio autónomo de creación legal, la competencia del director de la UNGRD en la ejecución contractual del FNGRD, la naturaleza jurídica de los actos unilaterales y el procedimiento para hacer efectivas las garantías en contratos regidos por el derecho privado y la constitucionalidad del régimen especial de contratación para situaciones de desastre.
- Análisis, desde el punto de vista de los contratos regidos por el EGCP y los de derecho privado, de las facultades para la imposición unilateral de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, el procedimiento sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la efectividad de las garantías, el procedimiento de cobro coactivo y los títulos ejecutivos.

3

¿Qué decidió la Sala de Consulta y Servicio Civil?

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó, en primer lugar, que los contratos celebrados con los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (FNGRD) son suscritos por la Fiduprevisor S.A. y no por el citado Fondo; no obstante, el director de la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD), en su calidad de ordenador del gasto de los recursos del Fondo, es quien tiene la capacidad para adelantar los procesos precontractuales respectivos.

Hecha tal precisión, la Sala indicó que existen dos regímenes de contratación cuando se celebren contratos con los recursos del FNGRD. De un lado, los contratos que se celebren para la administración de los bienes, derechos e intereses del FNGRD deben regirse por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y de otro, aquellos contratos que se celebren para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del FNGRD, relacionados directamente con las actividades de respuesta, rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública deben conducirse por el régimen de contratación entre particulares, esto es el derecho privado, con la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y el sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Igualmente, la Sala señaló que el director de la UNGRD, en su condición de ordenador del gasto, tiene la competencia para expedir el manual de contratación para aquellos contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y para los contratos regidos por el derecho privado, el director de la UNGRD tiene la facultad para expedir un manual como instrumento de auto-organización y de gestión de calidad, el que debe interpretarse bajo las normas civiles y comerciales aplicables a su gestión contractual.

Asimismo, el director de la UNGRD tiene la potestad para declarar unilateralmente, mediante acto administrativo, el incumplimiento de los contratos que estén regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como para hacer efectiva la garantía, pero no tiene dichas competencias respecto de los contratos regidos por el derecho privado, pues estas son propias del juez del contrato. La Sala también respondió interrogantes relacionados con los incumplimientos de los contratistas del Fondo y el ejercicio del cobro coactivo que pudiera tener lugar, como fruto de la deuda.

Por último, la Sala puso de presente el riesgo de corrupción en materia contractual, por lo cual resaltó la incidencia que para la contratación estatal tienen los principios de transparencia, buena fe y moralidad administrativa, para el cumplimiento de los fines constitucionales y del interés público inherentes en la actividad contractual. Resaltó la finalidad de interés público y asistencia social para la que fue constituido el FNGRD: «atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre, de calamidad o de naturaleza similar», por lo que resulta imperativo tanto para La Fiduprevisor S.A. como para el director de la UNGRD acatar y dar aplicación a dichos principios.

NORMAS ASOCIADAS

Normas constitucionales:

- Artículos 209, 267

Normas legales:

- Decreto Ley 222 de 1983
- Decreto Ley 1547 de 1984
- Decreto Ley 919 de 1989
- Decreto 663 de 1993
- Ley 80 de 1993
- Decreto 111 de 1996
- Decreto reglamentario 2378 de 1997
- Ley 489 de 1998
- Ley 1150 de 2007
- Decreto reglamentario 066 de 2008
- Decreto reglamentario 2474 de 2008
- Decreto 3576 de 2009
- Decreto Ley 4102 de 2010
- Decreto Ley 4147 de 2011
- Ley 1437 de 2011
- Ley 1474 de 2011
- Ley 1562 de 2012
- Ley 1523 de 2012
- Decreto reglamentario 1510 de 2013
- Decreto 1082 de 2015
- Código Civil
- Código de Comercio

Jurisprudencia constitucional:

Sentencias C – 101 de 1996, C – 283 de 1997, C – 365 de 2001, C – 649 de 2002, C – 193 de 2011,

Jurisprudencia del Consejo de Estado

Sentencias 68996, 36054, 50199, 24715, 52055, 42003, 53049, 10247, 58562, 69109, 44420, 9288, 12342, 24639, 15476, 36907, 53862, 36597, 44707, 57822, 53862, 38237, 46589, 64471, 39800, 57537, 66729, 29102, 40789, 26901, 25801, 9286, 12724, 14583, 30565, 59378, 30698, 52254, 21307, 39800, 55015, 7646, 38756, 42296, 14519, 14202, 14483, 53819, 15679, 30086, 18057, 65271, 66172, 34201, 59925, 24715

Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil:

1106, 2222, 2227, 2257, 1293, 2157, 2312, 2164, 2084, 2148, 2150, 2156, 2274, 2264, 2260

Ponente:

Juan Manuel Laverde Alvarez

Concepto: 11-001-03-06-000-2024-00559-00

(Radicación: 2527)

Fecha del concepto: 30 de octubre de 2024



i

Información importante