

2024IE02528

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: **OSCAR JAVIER CASTRO LEON**
Coordinador Grupo de Apoyo Financiero y Contable

DE: **JORGE ALEJANDRO MALDONADO GUTIERREZ**
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

1. ASUNTO: Respuesta a radicado 2024IE02105 que trata de solicitud de concepto respecto a
la obligación de pago en el contrato No. 677-PPAL001-1394-2022

2. TEMA: MANIPULACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO- Omisión de la obligación de pago derivada de la presunta/ MANIPULACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO.

3. FECHA: 23/04/2024

Cordial Saludo Dr. Castro,

De manera atenta y de conformidad con la solicitud del asunto, la Oficina Asesora Jurídica – en adelante OAJ - de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres – en adelante UNGRD - se permite dar respuesta así:

4. CONSULTA

Mediante comunicación interna el Coordinador Grupo de Apoyo Financiero y Contable de la Secretaría General solicita a la OAJ conceptuar sobre lo siguiente:

Dado lo anterior, y teniendo en cuenta que estamos frente a una presunta manipulación de documentos emitidos por la UNGRD, solicitamos respetuosamente a su despacho emitir concepto jurídico en el cual se establezca:

1. Si es Viable el pago de las dos (2) cuentas del contratista **PROYECTOS URBANOS Y CONSTRUCCIONES DEL CARIBE SAS**, teniendo en cuenta que el contratista subsanó la documentación objeto de la presunta manipulación.

5. ANTECEDENTES

Son principales antecedentes fácticos del motivo de consulta los siguientes:

- Que el 27 de octubre de 2022 se suscribió contrato 9677-PPAL001-1394-2022 entre el FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES en adelante FNGRD, quien actúa a través de FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora, y PROYECTOS URBANOS Y CONSTRUCCIONES DEL CARIBE SAS, cuyo objeto es *“Consultoría especializada que tiene por objeto realizar los estudios, evaluaciones, diagnósticos y recomendaciones para obtener los insumos necesarios para la realización de la demolición de obra sobre el proyecto: Aquarela Multifamiliar-VIS”* por valor de \$241.147.550.
- Que el seguimiento y control del mentado contrato Consultoría es realizado a través del interventor CONSORCIO INTERVENTORÍA ESTUDIOS TÉCNICOS ACUARELA con NIT. 901.616.669-1, quien celebró contrato de interventoría No. 9677-PPAL001-1397-2022 con el FNGRD el pasado 28 de octubre de 2022 para *“realizar la interventoría integral (técnica, administrativa, financiera, contable, jurídica y ambiental) a la “consultoría especializada que tiene por objeto realizar los estudios, evaluaciones, diagnósticos y recomendaciones para obtener los insumos necesarios para la realización de la demolición de obra sobre el proyecto: Aquarela Multifamiliar-VIS.”*
- Que el contrato se inició el 23 de enero de 2023 con un plazo de ejecución de tres (3) contados a partir de la suscripción del acta de inicio, teniendo como fecha final inicial hasta el 23 de abril de 2023.
- Que el contrato tuvo modificación No. 1 en el sentido de PRORROGAR el plazo de ejecución por el término de DOS (02) MESES, contados a partir del 24 de abril de 2023, quedando como fecha de finalización el día 23 de junio de 2023.
- Que el contrato tuvo modificación No. 2 en el sentido de PRORROGAR el plazo de ejecución por el término de TRES (03) MESES, contados a partir del 24 de junio de 2023, quedando como fecha de finalización el día 23 de septiembre de 2023.
- Que el contrato tuvo modificación No. 3 en el sentido de PRORROGAR el plazo de ejecución por el término de DOS (02) MESES, contados a partir del 24 de septiembre de 2023, quedando como fecha de finalización el día 23 de noviembre de 2023.
- Que la cuenta No.1 de 3 soportada con la factura PUCC No. 1028 y la cuenta No. 2 de 3 soportada con la factura PUCC No. 1063 del contrato 9677-PPAL001-1394-2022 -PROYECTOS URBANOS Y CONSTRUCCIONES

DEL CARIBE S.A.S. fue radicada por la Subdirección General en el GAFC el 16 de febrero del 2024.

- El 22 de febrero de 2024, el GAFC realiza devolución de las cuentas por el siguiente motivo: *"El Registro de Compromiso anexo en los soportes se evidencia que el número de RC no corresponde al número del CDP estipulado en el contrato"*
- El 12 de marzo de 2024, el GAFC notifica al Grupo de Fiscalización, a la Secretaria General, a la Subdirección General y a la Oficina de Control Interno de la UNGRD, una supuesta manipulación de los documentos, específicamente el Registro del Compromiso — RC radicado en el GAFC para realizar el desembolso.
- El 14 de marzo de 2024, la Subdirección General radica nuevamente las dos (2) cuentas en mención con las correcciones del tema; sin embargo, el GAFC notifica que hasta tanto no exista un concepto por la OAJ frente al tema, no se procederá con el trámite de la misma
 - Informa el Coordinador del GAFC que la revisión de este tipo de pagos se realiza, en el marco de los establecido en el *Procedimiento a Contratistas FNGRD*, con código PR-1605-GF-24, previa validación del Grupo de Fiscalización y de las áreas misionales.
 - El interventor del contrato ha informado a la entidad sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y ha autorizado los pagos 1 y 2 pactados en el contrato.

6. COMPETENCIA

La OAJ de la UNGRD es competente para resolver la consulta con fundamento en los numerales 1 y 5 del art. 12 del decreto ley 4147/2011 al corresponderle a este despacho *"1. Asesorar al Director General, y a las Dependencias de la Unidad en los asuntos jurídicos relacionados con la entidad y emitir los conceptos legales que se le requieran."* y *"5. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia y de la Unidad."*

7. PROBLÉMA JURÍDICO A RESOLVER

De conformidad con el pedido, esta oficina identifica que el problema jurídico consiste en determinar si presumir la existencia de falsedad en documento público tiene la entidad o

fuerza suficiente para eximir al FNGRD del pago de la obligación en virtud del contrato 9677-PPAL001-1394-2022.

8. ANÁLISIS JURÍDICO

Con el propósito de responder este principal problema nos apoyaremos en el estudio de (1) la naturaleza y régimen jurídico del contrato suscrito, (2) la fuerza vinculante y alcance de las obligaciones contraídas, (3) causales que pudieran eximir a los contratantes del cumplimiento de sus obligaciones, (4) la ejecución de buena fe de los contratos estatales, y (5) el deber de denuncia.

8.1. Naturaleza y régimen jurídico aplicable al contrato 9677-PPAL001-1394-2022.

En relación con la naturaleza del contrato tenemos que, en Colombia y según el artículo 32 de la ley 80 de 1993 *“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 (...)”* por lo que, en sintonía con el criterio reiterado de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en nuestro sistema normativo se adoptó un criterio orgánico o subjetivo para determinar que son considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza, y por tanto, todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben considerarse como contratos de naturaleza estatal.

Bajo este supuesto, el contrato No. 9677-PPAL001-1394-2022 suscrito por el FNGRD quien actúa a través de FIDUPREVISORA S.A, en calidad de vocera y administradora, se identifica como un contrato estatal, y pese a su naturaleza de estatal, distinto puede ser su régimen, pues la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico o viceversa.

Sin embargo, de conformidad con la cláusula vigésima tercera el régimen legal del contrato es el contenido en el Estatuto General de Contratación Pública dispuesto en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y decreto 1082 de 2015, y demás normas concordantes, en tal virtud, se encuentra plenamente identificado con lo dispuesto en los artículos 13, 32, 39 y 40 de este, que señalan entre otros, que:

“(...) se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” – refiriéndose a la ley 80 de 1993.

“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. (...)

Así el contrato estatal es guiado, en todo caso y entre otros, por el principio de la autonomía de la voluntad que consiste en el poder de las partes para autorregular sus propios intereses y determinar su contenido dentro de las distintas relaciones económico-sociales en que se manifiestan, encontrándose también vinculado al principio tutelar del **“pacta sunt servanda”** según el cual las estipulaciones acordadas por las partes, deben prevalecer durante todo el término de ejecución y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo, tal como lo consagra nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 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”**

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2013, ha manifestado:

*“es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que **las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato)”***

En otras palabras, el acuerdo de voluntades resulta tan obligatorio para las partes, como si se tratase de una ley y en caso de incumplimiento la parte perjudicada puede demandar su cumplimiento, o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Lo anterior quiere decir que las partes deben procurar las acciones suficientes y adecuadas para no poner en riesgo los intereses de su co-contratante.

8.2. La fuerza vinculante y alcance de las obligaciones contraídas en el contrato 9677-PPAL001-1394-2022.

En hilo de lo anterior, es la prevalecía del principio *pacta sunt servanda* el que imprime la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio de respeto a la palabra empeñada, que nos permite entender que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato.

En atención a ello, podemos detenernos analizar la consagración normativa del mentado principio en las condiciones del artículo 1602 pues sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia se han detenido para puntualizar lo que debe entenderse por “legalmente celebrado” encontrando que de conformidad con el artículo 40 de la ley 80 de 1993, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, es decir, involucran de suyo, la solemnidad de la forma escrita para materializar el vínculo jurídico, tal como lo ha entendido el Consejo de Estado¹ así:

“Así, la forma como se materializa el vínculo jurídico con la administración es escrita, como la ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Sección (...) Esta norma en forma imperativa revistió a la forma escrita de un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus, al predicar que el acto o negocio jurídico solo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad.”

Así también, por mandato expreso del artículo 39 de la ley 80 de 1993, el contrato estatal debe constar por escrito para reputarse existente, según señala la norma:

“Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.”

Respecto a la naturaleza solemne, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo², ha sostenido:

“En materia de contratación estatal, la exigencia del contrato escrito constituye un requisito ad substantiam actus, puesto que un contrato de

¹ CE. SCA. S3. Sentencia del 19 de septiembre de 2011, exp. 18726

² CE. SCA. S3. Sentencia del 22 de agosto de 2013, C.P., Mauricio Fajardo Gómez, exp. 2002-00371

la Administración sólo surge al ámbito jurídico en la medida en que las partes efectivamente lo suscriben y se cumplen los requisitos de perfeccionamiento, tal y como ordena la ley; e implica así mismo un requisito ad probationem, puesto que para acreditar su existencia sólo es admisible la aportación del o de los documentos contentivos del contrato escrito, tal y como sostiene la doctrina sobre los contratos solemnes (...) en aquellos casos en los cuales la solemnidad se encuentra expresamente establecida en la ley sustancial para la existencia de los contratos en cuya celebración participa la Administración Pública, se tendrá la imposibilidad de probarlos a través de medios de acreditación distintos a la propia formalidad legalmente exigida, pues serán las disposiciones especiales que de dicha materia se ocupan, que en el caso no son otras diferentes a las contenidas en la Ley 80 de 1993 a las que ya se hizo alusión, las que tendrán aplicación prevalente.”

Sin embargo, mas allá del cumplimiento de la formalidad o de su naturaleza solemne, invocando lo que la doctrina autorizada en voces del Dr. Juan Carlos Expósito Vélez, podemos decir que existen presupuestos de validez del contrato estatal como negocio jurídico que es, y por tanto, al ser el reflejo del acuerdo de voluntades que tiene como finalidad convenir los derechos y obligaciones de las partes, estos deben ser válidos lo que supone el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 1502 del código civil³, *“en efecto, los elementos esenciales de toda declaración de voluntad manifestada a través de un contrato sea este privado o público, son la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, sin perjuicio del deber de adecuada planeación del contrato”*⁴ por lo que cumplidos todos ellos, el contrato tiene fuerza vinculante al haberse reunido todos los requisitos legales esenciales para el efecto.

En el caso particular, las partes del contrato 9677-PPAL001-1394-2022 habiendo suscrito los acuerdos cumpliendo con tales presupuestos, se considera que el contrato es ley para ellas, y se otorga plena validez a los acuerdos hechos.

Agotado lo anterior, el alcance de las obligaciones surgidas del contrato, en especial, en el asunto que es objeto problemático consistente en la obligatoriedad del pago del contrato por parte del FNGRD pese a haber observado hechos que le hacen presumir algún tipo de falsedad en documento público habiendo el contratista aportado dentro de los documentos para el pago un registro presupuestal presuntamente alterado, debemos detenernos en el contenido de las obligaciones asumidas por las partes y el término establecido en el contrato para su cumplimiento, es decir para el pago.

³ “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

⁴ Juan Carlos Expósito Vélez. *Forma, formalidades y contenido del Contrato Estatal*. Serie de Derecho Administrativo No. 034. Universidad Externado de Colombia. 2021. Pág. 132.

Tenemos entonces que la cláusula tercera contempla una serie de obligaciones así:

“TERCERA. - OBLIGACIONES DE FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES - FNGRD: En virtud del presente contrato el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres - FNGRD se obliga a:

1. Pagar el valor del contrato dentro del término establecido para el efecto, previa instrucción de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres” (...)

De la lectura del pacto de observa, por una parte, que el FNGRD se obligó a pagar el valor del contrato dentro del término, previa instrucción de la UNGRD, de allí, que siguiendo los trámites internos propios para el cumplimiento de la obligación, el Grupo de Apoyo Financiero y Contable realice las verificaciones correspondientes para autorizar e instruir el mismo desde la entidad.

Por otra parte, observamos en la cláusula octava que se pactó una forma de realizarse el pago, dividiéndolo en tres (3) momentos, el primero con el recibo a satisfacción por parte de la interventoría y visto bueno del supervisor del PRODUCTO 1 definido en el anexo técnico de la consultoría, momento en el cual se pagaría el treinta por ciento (30%) por valor del contrato. Un segundo momento, con el recibo a satisfacción por parte de la interventoría y visto bueno del supervisor del PRODUCTO 2 definido en el anexo técnico de la consultoría, momento en el cual se pagaría el sesenta por ciento (60%) por valor del contrato, y un tercer y último momento, una vez perfeccionada el acta de liquidación del contrato de consultoría, con el que se pagaría el diez (10%) por ciento restante del valor del contrato.

Para ello, el Interventor CONSORCIO INTERVENTORÍA ESTUDIOS TÉCNICOS ACUARELA con NIT. 901.616.669-1 debió, entre otros asuntos, revisar las facturas, órdenes de desembolso y soportes presentados por el contratista para el pago de las cuentas con el fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el FNGRD-SAPII y la normatividad vigente. En especial, según los documentos aportados en la solicitud de concepto, para los pagos 1 y 2 pactados, el interventor da cuenta de que se encuentran cumplidos los requisitos para efectuarlos y realiza autorización para el mismo.

Por su parte, frente a la obligatoriedad del *Procedimiento a Contratistas FNGRD* con código PR-1605-GF-24 por parte del contratista, observamos que en los numerales 29 y 31 del numeral I de la cláusula segunda que se previó su observancia y acatamiento al endilgarle al contratista la obligación de:

“29. Conocer la organización y las disposiciones normativas internas de la UNGRD/FNGRD para su aplicación dentro de los procedimientos contractuales. Así mismo tramitar la correspondencia utilizando los formatos y procedimientos establecidos y cumplir con las disposiciones contenidas en circulares, resoluciones, decretos y normatividad en general que se relacionen con el ejercicio de la Interventoría.

(...)

31. Tramitar la correspondencia utilizando los formatos y procedimientos establecidos y cumplir con las disposiciones contenidas en circulares, resoluciones, decretos y normatividad en general que se relacionen con el ejercicio de la Consultoría.” (Destacados propios del suscrito)

8.3. Causales que pudieran eximir a los contratantes del cumplimiento de sus obligaciones: fuerza mayor o caso fortuito.

Invocando lo que en su momento, majestuosamente, expuso el Dr. Fernando Hinestrosa⁵ frente a las obligaciones *“Cualquiera que haya sido la fuente de donde haya surgido una relación crediticia, el hecho es que el deudor debe acomodar su conducta a los dictados del título, en orden a satisfacer el interés -patrimonial o no, pero legítimo- del acreedor, quien fundamentalmente espera ese sometimiento voluntario del obligado y, por ende, la colaboración de este, determinada por las estipulaciones del título y la naturaleza de la prestación (...)*

Pudiendo el deudor adecuar su comportamiento al mandamiento obligatorio o contrariarlo en la forma y medida que sea, el acreedor cuenta para su tranquilidad, primeramente, con el pundonor del deudor, seguidamente, con la presión social que lo invita a ser cumplido y lo retrae del incumplimiento y, en últimas, pero con una visión nítida de esa posibilidad desde un comienzo, con la acción ejecutiva específica o in natura de la prestación (débito primario - perpetuatio obligationis), en el caso de serle aún útil e interesante y, además, posible; o con la acción ejecutiva por el equivalente o subrogado pecuniario (aestimatio pecunia) de la prestación inicial (débito secundario), obviamente en el supuesto de que la prestación no hubiera sido pecuniaria desde el principio. Y en ambos casos con derecho a reclamar indemnización de los daños y perjuicios sufridos por él a causa del incumplimiento del deudor. Que es en su conjunto lo que se llama "responsabilidad".”

Con esta introducción literal respecto del débito y la responsabilidad contractual, se quiere resaltar lo que párrafos atrás se ha dicho con fundamento en el artículo 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 que corresponde en todo caso a las partes, acudir a su cumplimiento. Por una parte, el contratista, con la prestación de los servicios contratados en las condiciones exigidas en

⁵ Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. 2019. DOI [10.18601/01234366.n36.0](https://doi.org/10.18601/01234366.n36.0).

el mismo contrato, y por otra, el contratante, con las suyas, entre ellas, el pago oportuno de la obligación cumplida.

Ahora bien, la fuerza mayor y caso fortuito son en la ley civil modos de extinguir las obligaciones y constituyen eximentes de responsabilidad. Sin embargo, en voces del Consejo de Estado⁶, *“en materia de contratación estatal, más allá de la exoneración de las obligaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito son institutos que obligan a hacer distinciones en razón de su naturaleza, su intensidad y sus efectos. En efecto, hay eventos de fuerza mayor de carácter externo, irresistible e imprevisible, cuya intensidad lleva a que se produzca una terminación anormal del contrato por imposibilidad en su continuación. Pero también hay situaciones calificadas como fuerza mayor, que no imposibilitan la continuación en la ejecución del contrato sino que la hacen excesivamente gravosa y de las que emerge el derecho de las partes al mantenimiento de la ecuación económica del contrato. Estas alteraciones están relacionadas con la teoría del hecho del príncipe y de la imprevisión. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en materia de distribución de riesgos previsibles a que se refiere el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007.”*

Postulados que, en consideración de este despacho, no se cumplen en el caso concreto al no estar presentes los presupuestos normativos que permitan determinar sin lugar a dudas que los hechos que se relatan como antecedentes de la problemática en el trámite de pago del contrato 9677-PPAL001-1394-2022 son los propios de una fuerza mayor o un caso fortuito, pues están ausentes su carácter externo, irresistible e imprevisible.

Por lo que en principio no existen causales legales que permitan al FNGRD sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones.

8.4. La ejecución contractual guiada por la buena fe.

En Colombia, la regla general es la presunción de la buena fe según se observa de la lectura del artículo 769 del código civil según el cual *“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.”*

En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que ***los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.***

Por su parte, el artículo 871 del código de comercio estableció que *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los*

⁶ CE. SCSC. Concepto del 5 de julio de 2016, expediente 2278.

mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” y en concordancia con el artículo 863 de esa misma codificación se ordena que *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*, precepto este que nos permite entender su presencia en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción.

Así entonces, en materia de contratación estatal implica un mandato de obligatorio acatamiento tanto a la administración pública como a los particulares contratistas, quienes deberán actuar bajo las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos guiando su comportamiento no solo a lo fijado en el contrato sino también a los cuidados generales usuales entre las personas honorables, quienes atienden aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento, que, aunque no han sido explicitados, se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico, como es el caso del deber de información contractual o actuar con apego a la normatividad vigente, entre otros. Esto en la medida que, el principio de buena fe, se traduce en reglas de conductas con deberes específicos de hacer o no hacer, que deberán ser cumplidos durante todo el desarrollo del contrato.

En el caso específico tenemos que, por una parte, el contratista consultor ejecutó todas las actividades tendientes al cumplimiento de la obligación principal, lo cual ha sido avalado por el interventor. Sin embargo, por la otra, observamos que existe dudas frente al comportamiento del contratista comoquiera que el Grupo de Apoyo Financiero y Contable de la UNGRD, en su labor de verificación, evidenció que el Registro de Compromiso anexo en los soportes para el pago de la factura evidencia que el número de RC no corresponde al número del CDP estipulado en el contrato, pues en las cuentas radicadas se adjunta el RC 14659, sin embargo, la información registrada en dicho formato es, presuntamente, manipulada.

Hecho que se torna en grave en la medida en que tal puede corresponder a una conducta típica de delitos contra la fe pública descrita en el código penal colombiano en el título IX, frente a lo cual corresponde a los servidores públicos el cumplimiento de su obligación de denuncia, lo que nos permite introducir el siguiente título.

8.5. Del deber de denuncia del servidor público.

De conformidad con el numeral 25 del artículo 38 de la ley 1952 de 2019 se atribuye como deber de todo servidor público el denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley, deber que se explica desde los postulados que dan contenido al Estado Social de Derecho fundado en la solidaridad, en el que existen derechos y deberes, dentro de los que se incluye el deber de denuncia.

Sin embargo, el “deber” descrito es una verdadera obligación para el servidor público, en tanto y en cuanto, abstenerse a denunciar puede configurar el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia en las condiciones previstas en el artículo 417 penal así: *“El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular.”*

En este punto, debe aclararse que si bien la obligación de denuncia debe ser cumplida por parte del GAFC, la autoridad para realizar las investigaciones a que haya lugar, la individualización del actor del hecho punible, su imputación y juzgamiento, corresponde a la rama judicial en cabeza de la Fiscalía y los jueces penales, quienes en virtud de la autoridad endilgada se pronunciarán frente a la responsabilidad penal.

Pese a esto, se advierte que el adelantamiento de investigaciones penales por parte de las autoridades competentes en nada impide el cumplimiento de las obligaciones a cargo del FNGRD adquiridas en virtud del contrato 9677-PPAL001-1394-2022 con el consultor PROYECTOS URBANOS Y CONSTRUCCIONES DEL CARIBE SAS.

9. RESPUESTA

Estas resumidas reflexiones nos permiten responder, de la siguiente manera, a la pregunta ¿presumir la existencia de falsedad en documento público tiene la entidad o fuerza suficiente para eximir al FNGRD del pago de la obligación en virtud del contrato 9677-PPAL001-1394-2022?

Respuesta: Según lo expuesto con anterioridad, este despacho informa que si bien, existen hechos que permiten al Coordinador del Grupo de Apoyo Financiero y Contable de la Secretaría General presumir la comisión de un hecho punible, la investigación, individualización, imputación y juzgamiento corresponde a los jueces y hace parte de la responsabilidad penal personal de quienes así hayan actuado, correspondiéndole cumplir con su obligación legal de denuncia.

Sin embargo, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, del alcance y la fuerza vinculante de los pactos realizados en este, y de las acciones positivas correspondientes a la ejecución de buena fe, debe el FNGRD proceder al cumplimiento de sus obligaciones de pago contraídas con PROYECTOS URBANOS Y CONSTRUCCIONES DEL CARIBE SAS, por virtud de las responsabilidades contractuales, frente a lo cual, según el art. 26 de la ley 80 de 1993 los servidores públicos *“1o. (...) están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.”* y *“2o. (...) responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por*

razón de ellas.” Por lo que se insta a que, en caso de que el contratista haya cumplido con los requisitos para el pago, se proceda de conformidad con lo pactado en el contrato.

Comoquiera que el Coordinador Grupo de Apoyo Financiero y Contable de la Secretaría General conoce a detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar frente a hechos que pudieran atentar o haber atentado contra la fe pública, que tiene juicio de reproche en nuestro sistema de normas penales según lo prescribe el código penal colombiano en el título IX, se insta a la presentación de la denuncia y una vez lo anterior, remitir copia de la misma a este despacho.

Finalmente se recuerda que los conceptos jurídicos son una opinión o juicio o apreciación sobre un tema de carácter particular o general, a la que se llega después de un análisis de los hechos, de la normatividad, jurisprudencia y doctrina vigentes y aplicables al tema en estudio, que generalmente se expone en términos de conclusiones, por lo que, al ser instrumentos de información, no tienen la entidad suficiente para definir o modificar una situación jurídica concreta debido a que no son vinculantes, no definen algún derecho subjetivo particular (individual o colectivo), no asignan obligaciones, no generan, crean o extinguen responsabilidades ni tampoco definen asuntos, actividades o funciones de trámite ordinario del desempeño de las labores de dependencias.

Este concepto jurídico se emite y suscribe en los términos del art. 28 de la ley 1437 de 2011, en virtud del cual, estos, son recomendaciones de carácter no vinculante, no serán de obligatorio cumplimiento, y constituyen simplemente un criterio orientador, por lo que, no pueden considerarse una justificación, ni mucho menos una autorización para la toma de decisiones de las áreas competentes.

En espera de que haya sido respondida de forma integral su petición, se suscribe la presente con deferencia y respeto,

Atentamente,

JORGE ALEJANDRO MALDONADO GUTIERREZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Elaboro: Nubia D. García Valencia – Asesora Jurídica OAJ - UNGRD
Revisó:

Actualización: formato GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS CODIGO: G-1200-OAJ-01 v2.