

2023IE07962

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: **ALETHIA CAROLINA ARANGO GIL**
Subdirector para la Reducción del Riesgo

DE: **DIANA PAOLA ARIZA DOMINGUEZ**
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

- 1. ASUNTO:** Respuesta a su Comunicación Interna 20231E06148
- 2. TEMA:** Solicitud concepto jurídico silencio administrativo positivo Contratos de
de
Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021
- 3. FECHA:** 08/11/2023

Cordial saludo,

De manera atenta y de conformidad con la solicitud de la referencia, la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres se permite dar respuesta en los siguientes términos:

4. CONSULTA:

Mediante comunicación interna 20231E06148, la Subdirección para la Reducción del Riesgo de Desastres solicita de la Oficina Asesora Jurídica conceptúe sobre las acciones pertinentes en razón a la continuidad o liquidación de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021.

5. ANTECEDENTES:

La Subdirectora para la Reducción del Riesgo de Desastres solicita a esta OAJ conceptuar sobre los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, teniendo en cuenta, la siguiente situación fáctica:

“De manera atenta nos permitimos informar que la Contraloría General de la Nación, efectuó actuación especial de fiscalización a las obras de mitigación de riesgos en el municipio de Mocoa, Departamento del Putumayo, respecto de las cuencas de los ríos Mulato, Sangoyaco, Mocoa y la quebrada Taruca, en el cual determinó los siguientes hallazgos y actividades:

- 1. Hallazgo ítem 55 — H3:** *Proceso No. FNGRD-SDG-C-037-2020 contrato de consultoría Nro. 9677-PPAL001-606-2021. (A y D). El proceso entre la fase precontractual y el inicio del contrato tomó un periodo de tiempo de un año ocho meses y trece días desde que se tuvo la designación por parte de la OCAD y la aceptación por parte de la UNGRD.*

Actividad: Mesa de trabajo para evaluar y presentar orientaciones respecto a la ejecución del contrato de consultoría 9677-PPAL001-606-2021.

En tal sentido, solicitamos de su valiosa colaboración de conceptuar una vez expuesta la génesis y desarrollo de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021.

Dentro de las recomendaciones hechas por CORPOAMAZONÍA en el desarrollo del contrato 0485 de 2017, se planteó la necesidad de organizar la IDENTIFICACIÓN DE LOS USOS Y OCUPACIONES DEL SUELO EN LA FAJA PARALELA Y DE RONDA HÍDRICA DE LOS RÍOS MULATO Y SANGOYACO DEL MUNICIPIO DE MOCOYA, lo anterior con el fin de organizar administrativamente el tema de la recuperación de ronda hídrica de inmuebles afectados en esta avenida torrencial. Para este propósito, se trazó el siguiente objetivo: "IDENTIFICACIÓN DE LOS USOS Y OCUPACIONES DEL SUELO EN LA FAJA PARALELA Y DE RONDA HÍDRICA DE LOS RÍOS MULATO Y SANGOYACO DEL MUNICIPIO DE MOCOYA", como proceso complementario jurídico y técnico al contrato de consultoría No. 0485 de 2017, en el marco del proyecto No. 06-086-001-05-02-01-007-17, desarrollado por la entidad ejecutora CORPOAMAZONÍA."

En consecuencia, para la "IDENTIFICACIÓN DE LOS USOS Y OCUPACIONES DEL SUELO EN LA FAJA PARALELA Y DE RONDA HÍDRICA DE LOS RÍOS MULATO Y SANGOYACO DEL MUNICIPIO DE MOCOYA", se estima inventariar 1.483 predios urbanos, los cuales se encuentran dentro de la faja de los ríos Mulato y Sangoyaco. Para lograr el objeto de identificar los suelos y ocupaciones de los mismos en la faja paralela y de ronda hídrica de los ríos Mulato y Sangoyaco del Municipio de Mocoa se debe realizar una gestión predial que consiste en el procedimiento de compra por parte del MUNICIPIO DE MOCOYA o, quién este delegue, de las franjas de terreno necesarias para la construcción de obras de infraestructura y mitigación del riesgo, que comprende las siguientes actividades: • Elaboración de las fichas prediales • Estudios de títulos • Práctica de avalúos y • Negociación de los predios requeridos El producto esperado de esta consultoría es realizar la oferta de compra, notificación y la posterior inscripción de oferta de compra de cada predio inventariado ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Mocoa, en la correspondiente matrícula inmobiliaria del predio, aplicando la normatividad vigente sobre la materia. Conforme lo expuesto, la secretaría técnica del Órgano Colegiado de Administración y Decisión-OCAD de Mocoa mediante acuerdo 028 del 30 de diciembre de 2019, acuerdo viabilizar, priorizar y aprobar el siguiente proyecto de inversión y designar la entidad pública ejecutora y la instancia encargada de adelantar la contratación de la interventoría y aprobar las vigencias futuras (si aplica), por valor de \$5.519.637.908, para la Consultoría y \$480.260.200, destinado a la Interventoría.

Por consiguiente, se han materializado la suspensión contractual así:

- *Con fecha veintinueve (29) del mes de diciembre del año 2020, los Representantes Legales de las empresas GRUPO EMPRESARIAL E&T SAS (NIT. 900.412.065-1) y BIOALCO SAS (NIT. 900.117.149-7), suscribieron el Acta de Constitución de la UNIÓN TEMPORAL MOCOYA INTERVENTORÍA, con el propósito de participar en el proceso de selección No. FNGRD-SDG-I-119-2020, aperturando por el FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES — FIDUPREVISORA S.A. / UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL*

RIESGO DE DESASTRES -UNGRD-, en la cual se designa Representante Legal al Arquitecto MARIO ALBERTO ESCOBAR MEDINA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.556.862 expedida en la ciudad de Santa Marta, departamento del Magdalena.

- *Con fecha doce (12) del mes de mayo del año 2021, la Vicepresidencia Jurídica de FIDUCARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora, suscribe con la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA, el Contrato de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, cuyo objeto es la "Realizar la Interventoría técnica, administrativa, financiera, ambiental y jurídica al contrato suscrito para realizar la identificación de usos y ocupaciones del suelo en la faja paralela y de ronda hídrica de los ríos Mulato y Sangoyaco del municipio de Mocoa, departamento del Putumayo".*
- *Con fecha trece (13) del mes de septiembre del año 2021, el Supervisor designado por la Dirección General de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, Ingeniero WILSON EDUARDO PORRAS ESTRADA, y el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA suscribieron el Acta de Inicio del Contrato de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021.*
- *Con fecha ocho (8) del mes de noviembre del año 2022, el Arquitecto MARIO ALBERTO ESCOBAR MEDINA, actuando en calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA, remite a la Dirección General de la UNGRD el Comunicado No. 091 / 2022 (Radicado No. 2022ER14925), en el cual, se solicita a la entidad contratante la SUSPENSIÓN de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, por las razones expuestas en el comunicado referenciado. De la anterior petición, no se generó respuesta alguna.*
- *Con fecha quince (15) del mes de noviembre del año 2022, el Arquitecto MARIO ALBERTO ESCOBAR MEDINA, actuando en calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA, remite a la Subdirección para la Reducción del Riesgo de la UNGRD el Comunicado No. 093 / 2022 (Radicado No. 2022ER15279), en el cual a través de Derecho de Petición se solicita la suscripción de las actas de SUSPENSIÓN de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, por las razones expuestas en el comunicado referenciado, de la anterior petición, no se generó respuesta alguna.*
- *Con fecha veintiuno (21) del mes de noviembre del año 2022, el Arquitecto MARIO ALBERTO ESCOBAR MEDINA, actuando en calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA, remite a la Subdirección para la Reducción del Riesgo de la UNGRD el Comunicado No. 094 / 2022 (Radicado No. 2022ER15878) la solicitud de CITA PRESENCIAL URGENTE, con el propósito de tratar temas relacionados con el desarrollo de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, entre ellos lo inherente a la SUSPENSIÓN de los negocios jurídicos mencionados, no se generó respuesta alguna.*
- *Con fecha veintiocho (28) del mes de noviembre del año 2022, el Arquitecto MARIO ALBERTO ESCOBAR MEDINA, actuando en calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA, remite a la Subdirección para la Reducción del Riesgo de la UNGRD el Comunicado No. 095 / 2022 la reiteración de la solicitud de CITA*

PRESENCIAL URGENTE, con el propósito de tratar temas relacionados con el desarrollo de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, entre ellos lo inherente a la SUSPENSIÓN de los negocios jurídicos mencionados. de la anterior petición, no se generó respuesta alguna.

- *Con fecha ocho (8) del mes de diciembre del año 2022, el Arquitecto MARIO ALBERTO ESCOBAR MEDINA, actuando en calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA, remite a la Subdirección General, la Subdirección de Reducción del Riesgo, a la Secretaría General y a la Oficina Jurídica de la UNGRD las Acta de Suspensión de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021 (Radicado No. 2022ER17191), debidamente suscrita por la Interventoría del proyecto, a efectos de obtener la refrendación de la entidad contratante. De la anterior petición, no se generó respuesta alguna.*
- *Con fecha siete (7) del mes de julio del año 2023, el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA presentó ante la Notaría 40 del Círculo de Bogotá DECLARACIÓN JURAMENTADA tendiente a cumplir con los preceptos legales establecidos en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011 en lo atinente al proceso de invocación de la institución jurídica del silencio administrativo positivo.*
- *Con fecha primero (1°) del mes de agosto del año 2023, la Notaría 40 del Círculo de Bogotá expide la Escritura Pública No. 1889 por medio de la cual de protocoliza los documentos y declaración juramentada para invocar el silencio administrativo positivo relacionado con la solicitud de suspensión de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021.*

Consecuentemente se encuentra las actas 9 y 10, las cuales no han sido canceladas por valor de \$427.639.015.71 correspondiente al contrato 9677-PPAL001-606-2021 y 37.188.699,50 al contrato de interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021.

Consideramos prudente que, se emita concepto en razón a las acciones encaminadas a:

Evaluar y determinar las acciones pertinentes en razón a la continuidad o liquidación de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, se anexa informe y soportes del interventor.”

6. COMPETENCIA:

La competencia de la Oficina Asesora Jurídica [OAJ] de la UNGRD, para atender peticiones y consultas tiene fundamento en los numerales 1 y 5 del artículo 12 del Decreto Ley 4147 de 2011, modificado por el artículo 3 del Decreto Ley 2672 de 2012.

En este caso la petición guarda relación con un asunto que es producto de la contratación adelantada por el FNGRD, previa instrucción del Director General de la UNGRD o su delegado, ordenador del gasto del FNGRD en los términos establecidos en el artículo 48 de la Ley 1523 de 2012.

En virtud de lo anterior, se advierte que, como el objeto de la consulta guarda relación directa con las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico al ordenador del gasto del FNGRD, esto es al Director General de la UNGRD o su delegado, la OAJ es competente para responder la solicitud presentada por la Subdirección para la Reducción del Riesgo de Desastres de esta Unidad.

7. PROBLEMA JURÍDICO:

Del contexto fáctico y normativo de la solicitud de consulta y de la pregunta formulada por la Subdirección para la Reducción del Riesgo de Desastres, el problema jurídico a resolver consiste en: ¿Determinar las acciones pertinentes en razón a la continuidad o liquidación de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, una vez se establezca la procebilidad o no del silencio administrativo positivo, contemplado en el numeral 16 del artículo 25 la Ley 80 de 1993, con ocasión de las solicitudes de suspensión efectuadas por el contratista de interventoría, en desarrollo de los contratos celebrados bajo un régimen excepcional?

8. ANÁLISIS JURÍDICO:

A efectos de resolver el problema jurídico enunciado, esta oficina considera necesario consultar el clausulado dispuesto en los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, en concordancia, con lo establecido en el Manual de Contratación del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres -FNGRD-, para luego exponer las consideraciones conclusivas y generales frente al particular.

Por lo tanto, nos proponemos describir algunos asuntos que son necesarios y se desarrollarán para una mejor comprensión del tema en el siguiente orden: *5.1. Del régimen jurídico aplicable a los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021; 5.2. De los manuales de contratación en régimen excepcional; 5.3. Del Manual de Contratación del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres -FNGRD-; 5.4. Del clausulado establecido en los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021; y 5.5. De la procedibilidad de la figura del silencio administrativo positivo en los regímenes excepcionales.*

5.1. Del régimen jurídico aplicable a los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021

A raíz de los efectos causados el 31 de marzo de 2017 a las 11:30 de la noche, en el municipio de Mocoa, capital del Departamento de Putumayo, con ocasión de un evento de avenida fluviotorrencial, acaecido por fenómenos naturales, originados por lluvias de alta intensidad y larga duración que superaron los picos históricos de pluviosidad en la zona, generando cambios súbitos en la dinámica fluvial de los ríos Sangoyaco, Mulato y quebrada Taruca, entre otras, produciendo la pérdida de 290 vidas humanas, 200 desaparecidos, 332 heridos, afectación de 1.518 familias, 25 barrios, 9 vías del casco urbano, una vía departamental y destruyendo 7 puentes, la subestación eléctrica, así como equipamiento comunitario.

Por lo anterior, la Gobernadora del Departamento de Putumayo y el señor Alcalde del municipio de Mocoa, en su momento, mediante los Decretos 0068 del 4 de abril de 2017 y 056 del 1 de abril de 2017, respectivamente, declararon la situación de calamidad pública, estableciendo en su artículo 3 del mencionado acuerdo municipal, que se requiere la acción de las entidades

competentes para contribuir en los procesos de respuesta, rehabilitación, reparación, reconstrucción y recuperación, que deben someterse al régimen normativo especial para situaciones de calamidad pública contemplado en el Capítulo VII de la Ley 1523 de 2012.

Posteriormente, el 12 de agosto de 2018, en el municipio de Mocoa, se genera un nuevo evento entre las 11:30 pm hasta las 5 am, en el que la lluvia alcanzó una intensidad de 150 mm, causando el desbordamiento de los ríos Mulato, Sangoyaco, Mocoa, la taruca, quebrada San Antonio, Rumiyaco, Caliyaco, generando inundaciones; así mismo se causaron deslizamientos de tierra, afectando los barrios, San Agustín, La independencia, Bolívar, Álamos, la Peña, José Homero bajo, Avenida 17 de julio, Miraflores, Acacias, La Reserva, Los Pinos, El Progreso, Obrero, San Francisco, Los Sauces, La Loma y las veredas La Colina, Puerto Limón, Pueblo Viejo, Monclart, Planadas, Caliyaco, Rumiyaco, Bajo Afan, el colapso de viviendas, colapso de tres puentes peatonales, daño en suelo de cimentación del puente militar en la vía de salida hacia Pitalito, daños en estribos de box couverts, bocatoma del acueducto Municipal (palmeras, almorzadero y libano), acueducto barrios unidos, dejando sin servicio de acueducto a toda la ciudadanía de Mocoa, daño en redes de acueducto y alcantarillado, destrucción de la capa de rodadura de vías urbanas no pavimentadas, vías rurales de la tebaida la Florida, condagua a yuguillo, socavación del estribos puente tilinguara en yuguillo, destrucción de gaviones, destrucción de jarillones de protección, deslizamientos de tierra sobre la escuela Desayok del medio afán, inundaciones de la IE Fidel de Monclart, daños en cultivos.

Que, dada la magnitud de las afectaciones que se presentaron y que dieron lugar a la reafectación en los mismos sitios por la avenida fluviotorrencial del pasado 31 de marzo de 2017 y que causaron afectaciones en sitios diferentes; conllevaron a que los integrantes del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres de Mocoa en reunión del 12 de agosto de 2018 avalaran por unanimidad la solicitud del Municipio de Mocoa, para que se declarará una nueva Declaratoria de Calamidad Pública por un periodo de 6 meses, con el fin de mitigar el riesgo inminente de Desastre por inundación, deslizamientos y emergencias presentadas, para la atención de la situación de emergencias por inundación con respecto a ríos Rumiyaco, Mocoa, Caliyaco y avenida torrencial en las quebradas Taruca, ríos Mulato, Sangoyaco y deslizamientos.

Que con el apoyo de los estudios realizados en la zona por CORPOAMAZONIA, según contrato 0485 de 2017, se concluye que las características de estos suelos, desencadenan movimientos en masa en la parte alta y media de las microcuencas de los ríos Sangoyaco y Mulato y la quebrada Taruca; Situación que provoca el represamiento y colmatación de los cauces principales de las fuentes hídricas mencionadas, generando en el transcurso de la historia, avenidas torrenciales con flujo de lodos y detritos.

Que, el decreto presidencial 599 de 2017, ordena en su artículo 4, numerales 7 y 9, que la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, procederá a elaborar, con base en el Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – Decreto 308 de 2016 – un Plan de Acción Especifico para el manejo de la situación de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la ley 1523 de 2012, que comprenderá diversas líneas de acción, entre ellas, modificaciones al ordenamiento territorial y la ejecución de obras de emergencia y obras de prevención y mitigación en la zona.

Que de conformidad con la política ambiental establecida en la Ley 99 del 1993, en particular en el numeral 5 del artículo 31 sobre las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales manifiesta que deben: *“participar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito*

de su jurisdicción en los procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta con las decisiones que se adopten” y el PARAGRAFO 3, de este mismo artículo, contempla que “Cuando una Corporación Autónoma Regional tenga por objeto principal, la defensa y protección del medio ambiente urbano, podrá adelantar con las administraciones municipales o distritales programas de adecuación de áreas urbanas en zonas de alto riesgo, tales como control de erosión, manejo de cauces y reforestación; así mismo podrá administrar, manejar, operar y mantener las obras ejecutadas o aquellas que le aporten o entreguen los municipios o distros para esos efectos”.

A su turno, el artículo 62 de la Ley 1523 de 2012 dispone: *“Participación de Entidades. En el acto administrativo que declare la situación de desastre o calamidad pública, se señalarán, según su naturaleza y competencia las entidades y organismos que participarán en la ejecución del plan de acción específico, las labores que deberán desarrollar y la forma como se someterán a la dirección, coordinación y control por parte de la entidad o funcionario competente. Igualmente, se determinará la forma y modalidades en que podrán participar las entidades y personas jurídicas privadas y la comunidad organizada en la ejecución del plan.”*, situación que fue contemplada en el plan de acción específico que acompaña la declaratoria de calamidad pública donde se establecen competencias de la UNGRD - FNGRD y CMGRD.

Es así como, bajo los compromisos, establecidos en el Plan de Acción Específico para la Recuperación de la emergencia presentada en los meses de marzo-abril del año 2017 en el municipio de Mocoa, con CORPOAMAZONIA realizó los estudios y diseños de ejes ambientales para los procesos de planificación, gestión ambiental y del riesgo de desastres sobre la cuenca del río Mulato en el municipio de Mocoa (Putumayo), en el marco del proyecto No I06-086-001 05-02-01 007-17.

Que el Presidente del Órgano Colegiado de Administración y Decisión-OCAD Mocoa, mediante oficio No. DM0312, solicita a la UNGRD aceptar la designación como entidad pública ejecutora del proyecto viabilizado, priorizado y aprobado mediante Acuerdo N° 028 del 30 de diciembre de 2019.

Que mediante comunicación No. 2019EE13049 del 31 de diciembre de 2019, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres en cabeza del Director General, como Ordenador del Gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres - FNGRD, emite aceptación como ejecutor del Proyectos relacionados anteriormente, en aplicación de los artículos 47 y 48 de la Ley 1523 de 2012.

Que referente a las medidas especiales de contratación, el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, ordena que *“salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, **se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares**, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993”.*

Que adicional a esto, de conformidad con el artículo segundo del Decreto de Retorno a la Normalidad No. 141 de 2019: *“Se continuarán aplicando en su totalidad las normas especiales contempladas en el capítulo VII de la Ley 1523 de 2012, con respecto a las líneas de acción establecidas en este Decreto y hasta por el término que contemple el Plan de Acción Específico para la Recuperación, aprobado por el comité municipal de gestión del riesgo.”*

Que, así las cosas, existe un régimen especial mediante el cual el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres - FNGRD se encuentra facultado para contratar con las formalidades que exige la Ley entre particulares, observando en todo caso, los principios de la gestión administrativa y la gestión fiscal, por lo que además la presente contratación se hace bajo los considerandos y postulados de la austeridad del gasto, así como del estatuto anticorrupción.

Como resultado de lo anterior, surgió la necesidad de adelantar la contratación de la **CONSULTORÍA**¹ cuyo objeto es: *“REALIZAR LA IDENTIFICACION DE LOS USOS Y OCUPACIONES DEL SUELO EN LA FAJA PARALELA Y DE RONDA HIDRICA DE LOS RIOS MULATO Y SANGOYACO PARA EL CONOCIMIENTO DEL RIESGO EN EL MARCO DE LA DECLARATORIA DE CALAMIDAD PUBLICA No.176 DEL 12 DE AGOSTO DE 2018, PRORROGADA MEDIANTE DECRETO No. 027 DEL 12 DE FEBRERO DE 2019 Y EN DESARROLLO DEL PLAN DE ACCIÓN ESPECIFICO PAE ESTABLECIDO EN EL DECRETO No.1 41 DEL 12 DE AGOSTO DE 2019 DE RETORNO A LA NORMALIDAD DEL MUNICIPIO DE MOCOA DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO”* y su consecuente **INTERVENTORÍA**², dando aplicación al régimen especial para Situaciones de Desastre y Calamidad Pública consagrado en el capítulo VII de la Ley 1523 de 2012.

Esto quiere decir que, prima la autonomía de la voluntad en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, en especial, lo indicado en el art. 1602 del código civil en concordancia el art. 864 del código de comercio, por lo que en cada caso concreto habrá de consultarse el querer de las partes manifestado en lo convenido y se desarrollarán con arreglo a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la ley.

Entonces, previa habilitación legal, sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, **el derecho privado**, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 EGCP y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la norma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación.

5.2. De los manuales de contratación en régimen excepcional

¹ EI FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, a través de FIDUPREVISORA, celebró el Contrato de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 con la UNIÓN TEMPORAL SERVICIONAL CSAL, representada legalmente por el Señor DIEGO FERNANDO BARROS MORA.

² EI FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, a través de FIDUPREVISORA, celebró el Contrato de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, con la UNIÓN TEMPORAL MOCOA INTERVENTORÍA, representada legalmente por el Arquitecto MARIO ALBERTO ESCOBAR MEDINA.

En relación con los manuales de contratación, siguiendo las directrices de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente como ente rector del sistema de compra pública, estos contienen los principios y reglas generales de contratación que deberán observar los actores del proceso de gestión contractual del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres-Subcuenta Colombia Vital, desde su iniciación hasta su finalización efectiva de acuerdo con lo previsto en la normatividad vigente de acuerdo al régimen de contratación aplicable, los Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación, y las disposiciones del Modelo Integrado de Planeación y Gestión-MIPG conforme a la Resolución 1499 de 2017, o la que la modifique o sustituya, y los Sistemas que articulan el MIPG (NTC-ISO 9001:2015, NTC-ISO 14001:2015, OHSAS 18001:2007) o los que los modifiquen o sustituyan; en particular las contenidas en el Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano — MECI 1000:2005, todo en virtud de la potestad de configuración reglamentaria derivada del Decreto 1082 de 2015 en el que se establece la obligación legal que estas cuenten con un manual de contratación³.

Sin embargo, pese a la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, esta no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, pues deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias.

En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación⁴.

Por su parte, este ente rector también ha dicho que *“Las Entidades Estatales sometidas a regímenes especiales de contratación deben incluir en su Manual de Contratación una descripción detallada de los Procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía.”*

Por tanto, cuando una entidad de régimen especial quiera adelantar un proceso pre contractual — contractual o poscontractual deberá aplicar la que se haya establecido en su manual de contratación excepcional, situación que deberá revisarse en cada caso concreto, de manera que, si en el manual no se establece un procedimiento específico, la entidad estará en presencia de un vacío.

3 Decreto 1082 de 2015, "Artículo 2.2.1.2.5.3. Manual de contratación. Las Entidades Estatales deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente".

4 Concepto C – 049 de 2022 de Colombia Compra Eficiente

A la entidad estatal de régimen especial o excepcional, le es dable determinar conforme a su manual de contratación excepcional y los procedimientos allí establecidos, llenar el vacío que se le presenta y de esa manera optar por el procedimiento que resulte más garantista, toda vez que los manuales de contratación - incluyendo los de régimen especial -, deben estar orientados a que en los procesos de contratación se garanticen los principios de la administración pública como lo indica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política⁵.

5.3. Del Manual de Contratación del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres - FNGRD-

Comoquiera que, los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021 fueron suscritos en el año 2021, se tiene que el Manual de Contratación que le aplica, es el dispuesto mediante Resolución 532 del 10 de septiembre de 2020.

Así las cosas, resulta pertinente abordar las definiciones que contiene el Manual de Contratación del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres –FNGRD, en lo atañe a la suspensión y reinicio del contrato, a las actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato y a la supervisión e interventoría del contrato, con el fin esclarecer el planteamiento aquí suscitado.

Bajo este contexto, se tiene que dicho Manual en su numeral 58.4, respecto de la Suspensión y reinicio del contrato dispone:

“(…) 58.4. Suspensión y reinicio del contrato. En desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y atendiendo a las circunstancias, el ordenador del gasto del FNGRD o su delegado y el contratista podrán de mutuo acuerdo, suspender la ejecución del contrato cuando se presente alguna circunstancia que imposibilite continuar con la ejecución del mismo.

La finalidad de la suspensión del contrato estatal es una medida excepcional, y esta no podrá ser indefinida, por tanto, debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición.

Para la suspensión del contrato se requiere además de la instrucción del ordenador del gasto del FNGRD o su delegado, lo siguiente:

- a) Manifestación escrita de suspensión por parte del contratista en donde se manifiesten las razones por las cuales se considera necesario acudir a esta figura.*
- b) La solicitud de suspensión del contratista deberá contener la aprobación del ordenador del gasto del FNGRD o su delegado, y visto bueno del supervisor.*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, sentencia del 10 de mayo de 2018 con radicación número: 11001-03-25-000-2011-00502-00(1.938): “el desarrollo de la actividad contractual del Estado sigue siendo una manifestación del ejercicio de la administración pública y de la gestión fiscal por lo que deviene obligatoria la sujeción a los principios que las regulan a efectos de evitar decisiones caprichosas, negligentes o parciales que atenten contra el interés general y la teleología que desde la Constitución Política se ha trazado dentro del Estado social y democrático de derecho”.

- c) *Informe del supervisor y/o interventor que contenga los datos de seguimiento del contrato, así como la justificación y concepto, bajo el cual se recomienda la suspensión del contrato y se expongan las razones de índole técnico, social, jurídico y financiero, entre otros, que soportan la misma; se debe indicar expresamente el término durante el cual el contrato estará suspendido (fecha de inicio y terminación de la suspensión).*

Superados los hechos que llevaron a la suspensión del contrato, las partes deberán suscribir el acta de reinicio, de la cual se deberá remitir copia a la Compañía Aseguradora a fin de actualizar las garantías que respaldan el contrato.

A su turno, señala las actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato, así:

“ARTICULO 34. ETAPA POS CONTRACTUAL. *Contempla las actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato, o en el acto que lo da por terminado de manera anticipada.*

Esta etapa comprenderá:

- *Liquidación del contrato*
- *Acción judicial*
- *Seguimiento a garantías*

Esta etapa hace referencia al proceso que deberá adelantarse con posterioridad al vencimiento del plazo pactado en el contrato, y comprenderá la liquidación del mismo, con el fin de establecer entre las partes el balance jurídico, técnico y financiero de la ejecución y reconocer y/o transigir las prestaciones recíprocas entre las partes.

Sin perjuicio de lo que al respecto establezca el contrato, debido a su especial naturaleza, por regla general y vencido el plazo de ejecución en las obligaciones contractuales, deberá procederse a la liquidación del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, y demás normas que resulten aplicables.

Para el efecto, FIDUPREVISORA podrá exigir al contratista el cumplimiento de todas las prestaciones a su cargo con miras al cabal cumplimiento de las obligaciones, y en particular, a la actualización de las garantías de acuerdo con los requisitos establecidos en el contrato, la actualización de las afiliaciones y pagos al Sistema de Seguridad Social Integral y aportes parafiscales, así como cualquier otro requisito establecido en el contrato, con miras a legalizar el cumplimiento de las obligaciones durante su ejecución.

Salvo las excepciones previstas en la Ley, para la liquidación de los contratos deberá mediar informe final de ejecución por parte del contratista, el acta de recibo definitivo y a satisfacción por parte del supervisor y/o interventor del contrato, informe final de supervisor mediante el cual se verifique el cabal cumplimiento de las obligaciones, constancia de cumplimiento de las obligaciones tributarias y

parafiscales a cargo del contratista, así como la respectiva instrucción por parte del ordenador del gasto para la elaboración de la liquidación por parte de FIDUPREVISORA, sin perjuicio de lo demás requisitos establecidos en el contrato o la ley para la liquidación.

En consonancia con las disposiciones mencionadas, el FNGRD efectuará la liquidación de los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución y cumplimiento se prolongue en el tiempo, y aquellos que de acuerdo con las circunstancias que lo ameriten.

De conformidad con el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, la liquidación no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Sin embargo, en los contratos celebrados por el FNGRD que cumplan los siguientes supuestos:

- a) Cuando al momento de la terminación existan remanentes*
- b) Cuando en virtud de la autonomía contractual, las partes así lo hayan estipulado; si procede la liquidación.*

Para dar cumplimiento a lo anterior, se debe tener en cuenta que el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 establece que la supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista, el cual se realiza mensualmente a través de la certificación de cumplimiento a satisfacción de las obligaciones contractuales expedida por el supervisor del contrato, o en su defecto, por el ordenador del gasto.

En consecuencia, para los casos en que procede la liquidación de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, no se requerirá un informe final de supervisión toda vez que mensualmente se certificó el cumplimiento del objeto contractual.

En las actas de liquidación de los contratos, podrán incluirse los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse en paz y salvo, sin perjuicio de lo que al respecto establecen las disposiciones legales pertinentes en materia de conciliación prejudicial administrativa, cuando a ello hubiere lugar. Para el efecto, se debe tener en cuenta que cualquier acto de disposición que implique compromisos presupuestales adicionales, deberá ser sometido a estudio y aprobación del Comité de Conciliación y Defensa Judicial dispuesto para el efecto tanto de la UNGRD como de FIDUPREVISORA.

Aunado a ello, encontramos en el artículo 56 de este cuerpo normativo lo relacionado con la supervisión y/o interventoría en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 56. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA. *Los contratos suscritos por el FNGRD, deberá contar para su control y vigilancia, con la designación de un supervisor y/o un interventor, cuando las características técnicas especiales lo requieran, quienes responderán civil, penal, fiscal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría o de asesoría, como por los hechos y omisiones que les sean imputables, de acuerdo con lo establecido por la Ley 1474 de 2011, artículo 2 de la Ley 1882 de 2018 y las demás disposiciones legales que resulten aplicables.*

De igual forma corresponderá a las entidades nacionales, a los Municipios, Distritos, Departamentos a través de un funcionario, realizar seguimiento a las ayudas subsidiarias que se financien en recursos del FNGRD, en el marco de los deberes de cuidado y previsión que enmarcan la interventoría y supervisión. En este caso, serán responsables por la información que certifiquen o aporten en las decisiones que se adopten en el curso de la gestión contractual.

Corresponderá a los supervisores y/o interventores del contrato, en los casos en que haya lugar, realizar el seguimiento necesario con miras a asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas con el contratista, y en particular, aquellas relacionadas con el recibo definitivo y a satisfacción de los bienes y servicios contratados, con miras a la liquidación definitiva del contrato.

PARÁGRAFO PRIMERO. *El Director General de la UNGRD en su calidad de ordenador del gasto o su delegado, podrá instruir FIDUPREVISORA a contratar la interventoría en forma externa, e igualmente, cuando se requiera otros mecanismos adicionales de seguimiento o auditoría.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: *Además de la normatividad vigente, la supervisión y la interventoría deberán aplicar lo establecido en la Guía de supervisión e interventoría que se encuentra en el Sistema Integrado de Planeación y Gestión-SIPLAG. (Subrayas y negrita fuera de texto original)*

5.4. Del clausulado establecido en los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677- PPAL001-621-2021

En este orden de ideas resulta relevante, con el fin de descender al caso concreto, analizar de manera sistemática lo estipulado en el clausulado de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677- PPAL001-621-2021, en lo que nos atañe.

Contrato de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021	Contrato de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021
<u>DÉCIMA SEXTA. - SUSPENSIÓN TEMPORAL:</u> Cada uno de los CONTRATOS podrá suspenderse en los siguientes eventos: a) Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. b) Por mutuo acuerdo, siempre que de ello no derive en mayores costos para el FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, ni se cause otros perjuicios. La suspensión se hará constar en un acta motivada suscrita por las partes, y previa instrucción del Ordenador del Gasto del Fondo. El término de la suspensión no se	<u>VIGÉSIMA SEGUNDA. -SUSPENSIÓN TEMPORAL:</u> El CONTRATO podrá suspenderse en los siguientes eventos: a) Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. b) Por mutuo acuerdo, siempre que de ello no derive en mayores costos para el FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, ni se cause otros perjuicios. La suspensión se hará constar en un acta motivada suscrita por las partes, y previa instrucción del Ordenador del Gasto del Fondo. El término de la suspensión no se computará para efecto de

<p>computará para efecto de los plazos del contrato. En caso de suspensión todas las garantías deben ampliarse en el mismo plazo de la suspensión.</p>	<p>los plazos del contrato. En caso de suspensión todas las garantías deben ampliarse en el mismo plazo de la suspensión.</p>
	<p>DÉCIMA OCTAVA. - SUPERVISIÓN: La supervisión del contrato será ejercida por el Ordenador del Gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres -FNGRD- o quien éste designe. El Supervisor será el intermediario entre Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres-FNGRD, quien actúa a través de Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora / Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres - UNGRD y el Contratista y por su conducto se tramitarán todos los asuntos relativos al desarrollo del mismo.</p> <p>Para efectos el supervisor estará sujeto a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1474 de 2011, y demás normas que regulen en materia. Dentro de las actividades principales del supervisor están: El Supervisor será designado por el ordenador del gasto del FNGRD, quien actuará como intermediario entre el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres - FNGRD – Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres - UNGRD y el contratista y por su conducto se tramitarán todos los asuntos relativos al desarrollo del mismo.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Vigilar y supervisar la entrega del producto objeto del contrato, esto es, verificar el cumplimiento de los aspectos técnicos, económicos y administrativos establecidos en el contrato. 2. Exigir la información que considere necesaria. 3. Suscribir el acta de inicio 4. Colaborar con el contratista para la correcta ejecución del contrato. 5. Exigir el cumplimiento del contrato y de todas y cada una de sus estipulaciones. 6. Verificar y dejar las constancias del cumplimiento del pago de los aportes parafiscales y mantener vigente y al día los aportes al Sistema General de Salud, Pensión y Riesgos laborales, de conformidad con las

	<p>normas vigentes al momento de la firma del presente instrumento, así como aquellas que se expidan y le sean aplicables hasta su terminación.</p> <p>7. Vigilar que se mantengan vigentes todas las pólizas que amparan el Contrato.</p> <p>8. Las demás que estime necesarias para garantizar el cabal cumplimiento del objeto del contrato.</p> <p>PARÁGRAFO: En ningún caso podrá el Supervisor exonerar al CONTRATISTA del cumplimiento o responsabilidad derivada de las obligaciones adquiridas contractualmente o por disposición legal, ni tampoco modificar los términos del presente contrato.</p>
<p>VIGÉSIMA. – ACTA DE TERMINACIÓN O LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: Las partes dentro de los treinta (30) meses siguientes de finalizado el plazo de ejecución contractual, deberán realizar un acuerdo final, en el que se describa el cumplimiento de las obligaciones, la relación de pagos, la verificación de los pagos al sistema de seguridad social y aportes parafiscales; y los saldos a favor o en contra de las partes. Lo anterior a fin de declararse a paz y salvo de las obligaciones contractuales. Este acuerdo final tendrá los efectos del contrato de transacción al que hacen referencia los artículos los artículos 2469 y ss., el código civil y servirá de título para la liberación de recursos a que hubiere lugar.</p>	<p>VIGÉSIMA CUARTA. - ACTA DE TERMINACIÓN O LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: Las partes dentro de los treinta (30) meses siguientes de finalizado el plazo de ejecución contractual, deberán realizar un acuerdo final, en el que se describa el cumplimiento de las obligaciones, la relación de pagos, la verificación de los pagos al sistema de seguridad social y aportes parafiscales; y los saldos a favor o en contra de las partes. Lo anterior a fin de declararse a paz y salvo de las obligaciones contractuales. Este acuerdo final tendrá los efectos del contrato de transacción al que hacen referencia los artículos los artículos 2469 y ss., el código civil y servirá de título para la liberación de recursos a que hubiere lugar.</p> <p>PARÁGRAFO PRIMERO: Para la liquidación se exigirá al CONTRATISTA la ampliación de la garantía, si es del caso, a fin de avalar las obligaciones que éste deba cumplir con posterioridad a la extinción del presente contrato.</p> <p>PARÁGRAFO SEGUNDO: Si el CONTRATISTA no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegaren a ningún acuerdo, el Ordenador del Gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres procederá a su liquidación, por medio de acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición. Así mismo y de conformidad con lo previsto por el artículo 11 de la Ley 1150 de</p>

	2007, si el CONTRATISTA deja salvedades en la liquidación por mutuo acuerdo, el FONDO, previa instrucción del Ordenador del Gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres podrá liquidar unilateralmente, caso en el cual, ésta solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.
VIGÉSIMA PRIMERA - RÉGIMEN LEGAL: El contrato se registrará para todos sus efectos, por el derecho privado de acuerdo a lo que prevé el artículo 66 de la Ley 1523 del 2012 y declaratorias de calamidad pública.	VIGÉSIMA QUINTA – RÉGIMEN LEGAL: El contrato se registrará para todos sus efectos, por el derecho privado de acuerdo a lo que prevé el artículo 66 de la Ley 1523 del 2012 y declaratorias de calamidad pública.

5.5. De la procedibilidad de la figura del silencio administrativo positivo en los regímenes excepcionales

El silencio administrativo ha sido entendido como un instituto que opera, en principio, como una ficción establecida por el ordenamiento jurídico para facilitar el acceso de la persona a la administración de justicia en los casos en los que la administración guarda silencio frente a una petición, actitud con la cual mantiene al interesado indefinidamente a la espera de una respuesta suya sin la cual no puede acceder a la jurisdicción. Es así como el silencio administrativo, por virtud de la ley, ocurre como un mecanismo de sanción a la Administración morosa frente a peticiones de contenido individual⁶, que permite crear un acto administrativo formal, ante la ausencia de respuesta de la Administración, para derivar determinados efectos frente al interesado en la petición.

El sentido de la decisión administrativa que se suple con el acto ficto puede ser negativo o positivo. Por regla general, el legislador dispuso que cuando opera el silencio administrativo frente a una petición, la decisión es de carácter negativo⁷. Excepcionalmente, cuando la ley expresamente lo admite, el silencio administrativo ante una petición será en sentido positivo⁸.

El silencio administrativo, sea negativo o positivo, es una presunción legal que permite terminar una actuación administrativa, para evitar la indefinición de la relación creada con la Administración, con el fin de que aquel pueda tomar otras medidas, como por ejemplo recurrir el acto ficto, someterlo a control judicial o, si le es favorable, hacerlo valer ante la propia Administración o terceros. Respecto de su naturaleza la doctrina sostiene:

“Constituye una ficción en la medida en que el legislador le da vida a un acto que no tiene existencia real. Se trata, por lo tanto, como lo advertíamos al estudiar las características del derecho de petición, de una solución formal y procedimental, no sustancial, a la actuación administrativa (...) No obstante las anteriores

⁶ SANTOMIFIO GAMBOA, Jaime O. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 4ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 252.

⁷ Artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

⁸ Artículo 84 de la Ley 1437 de 2011.

aproximaciones, al fenómeno doctrinariamente se le atribuyen dos precisos efectos: primero, el de mecanismo procesal en la medida en que se puede argumentar para dar por terminada una actuación; segundo, sustancial. Pues al establecerle un límite-sanción a la administración pretende garantizar el debido proceso por el simple transcurso del tiempo.”⁹

Ahora bien, un ámbito en donde el legislador estableció la ocurrencia del silencio administrativo positivo es en la **contratación estatal**. El numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagró al respecto lo siguiente:

“Artículo. 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: (...)

“16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley”.

Esta norma fue reglamentada por el Decreto 679 de 1994, que en el artículo 15 precisó lo siguiente:

“Artículo 15.- Del silencio administrativo positivo. De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia durante de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud.”

En vigencia de las normas citadas, el reglamento circunscribió la ocurrencia del silencio administrativo positivo en materia contractual a las peticiones que el contratista formulaba a la entidad, de forma exclusiva y unidireccional. El Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, y consideró que tanto la norma de la Ley 80 de 1993 como la del Decreto 679 de 1994 debían aplicarse sin dejar de lado la regulación del antiguo Código Contencioso Administrativo -*dada la época de la sentencia*- e identificó cuatro requisitos para que surja el acto ficto positivo¹⁰.

⁹ Op. Cit., p. 252-253.

¹⁰ “*primer* requisito, la solicitud la debe ‘presentar el contratista’(…) El *segundo* requisito, establece que la solicitud se debe ‘presentar a la administración’, lo que parece obvio, porque así lo establece, expresamente, el art. 25.16 de la ley 80, y también su decreto reglamentario. Por tanto, las peticiones, reclamaciones u observaciones que también suele presentar el Estado al contratista, por distintas razones derivadas de la celebración del contrato, no configurarían este silencio (...) El *tercer* requisito exige que la petición se presente durante la ejecución del contrato, y excluye la configuración de esta modalidad de silencio frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación (...) El *cuarto* requisito que establece la ley, destacado atrás, exige de la administración responda oportunamente la petición, plazo sobre el cual se justifica hacer una precisión adicional. Se suele entender que ese término es de 3 meses, lo que es incorrecto, pues éste es el que prevé la ley para que se configure el silencio, no el plazo de respuesta a la petición” (Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 21 de febrero de 2011, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. 17.555).

En esta decisión el Consejo de Estado reafirmó que existen límites jurisprudenciales establecidos para que se configure el silencio administrativo positivo en la contratación estatal, como los siguientes ejemplos: i) no opera en los contratos de los operadores de servicios públicos domiciliarios porque éstos se rigen prevalentemente por el derecho privado, con aplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal. Igual ocurre respecto de otras entidades estatales excluidas del régimen de Contratación Estatal General; ii) no opera frente a una petición de pacto arbitral, pues excluir al juez natural del contrato para acudir al arbitraje requiere de pacto expreso y no presunto; iii) aunque el Consejo de Estado había considerado que el silencio administrativo positivo no podía servir para constituir un título ejecutivo, en dicha oportunidad replanteó los argumentos, para en su lugar, entender que el silencio administrativo positivo también era posible, según las circunstancias en que haya sido formulada la petición que lo originó.

La tesis expuesta se mantuvo incólume a pesar de que el Decreto 679 de 1994 fue derogado por el Decreto 734 de 2002, toda vez que, este último reglamento mantuvo una disposición sobre la aplicación del silencio administrativo positivo en los siguientes términos:

“Artículo 8.1.9. Del silencio administrativo positivo. De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia dentro de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud.”

Con la expedición del Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015, se derogó íntegramente el Decreto 734 de 2012, y la nueva reglamentación no reglamentó el silencio administrativo positivo, por lo que podría pensarse que la delimitación de este silencio perdió vigencia.

En el contexto expuesto, se observa que el silencio administrativo positivo, en el ámbito de la contratación estatal, ha sido entendido, tanto por los reglamentos del Estatuto General de Contratación Estatal, en un principio, como por la jurisprudencia imperante, como una garantía en favor de las peticiones que el contratista eleve ante la entidad contratante, durante la ejecución del contrato, con el fin de evitar que las solicitudes presentadas con ocasión del desarrollo del contrato queden sin definición a causa de la mora de la administración en responder.

No obstante, resulta claro que, no es dable extender los efectos jurídicos del silencio administrativo positivo a peticiones que efectúe un contratista dentro de un contrato que se rige por el derecho privado o régimen excepcional, pues como puede apreciarse, la determinación de los casos en los que procede el silencio administrativo positivo es materia de reserva del legislador y ajena a la autonomía negocial de las partes.

En consecuencia, ante la ausencia de dicha prerrogativa legal para el régimen privado, se acude a la regla general del silencio administrativo negativo prevista en el artículo 83 del CPACA y, por consiguiente, si una petición presentada por el contratista ante una entidad contratante no es respondida oportunamente, y transcurre el plazo de tres meses previsto en esa norma, se entenderá que la respuesta de la entidad contratante es negativa de manera ficta o presunta.

9. RESPUESTA:

Atendiendo las consideraciones citadas en precedencia, esta OAJ responde la consulta formulada por la Subdirección para la Reducción del Riesgo, en los términos que pasan a explicarse a continuación:

Conforme a los supuestos anteriormente indicados, la OAJ precisa que, para el caso bajo estudio, estos son, los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, resulta inexistente e improcedente aplicar la figura de silencio administrativo positivo, por cuanto, el mismo no puede usarse en razón de las peticiones o reclamaciones que surjan en contratos que se rigen bajo los preceptos de derecho privado y mucho menos con las que se pretende suspender la ejecución de los mismos, pues como ya se explicó, los negocios jurídicos en mención, fueron celebrados en virtud de la Ley 1523 del 2012, régimen exceptuado del Estatuto General de Contratación Pública, por ende no le es aplicable el silencio administrativo que establece el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, pues tal entendimiento contrariaría la hermenéutica que razonablemente se deriva de una debida observancia del principio de taxatividad y del principio de especialidad de la ley.

Así las cosas, queda ampliamente establecido que, dicha normativa no puede extenderse en beneficio de los contratistas que presentan peticiones o reclamaciones ante aquellas entidades que se rigen dentro del marco de la ejecución de contratos sujetos al derecho privado, por cuanto los mismos al estar inmersos bajo un régimen excepcional y tener su marco normativo, en este caso, el que prevé el artículo 66 de la Ley 1523 del 2012, no admite la aplicación extensiva o por analogía del numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que hace referencia a la configuración del silencio administrativo cuando la entidad pública no responde de manera oportuna las solicitudes que realice el contratista durante la ejecución del contrato, no sólo porque aceptar dicha interpretación vendría contra la literalidad que gobierna la materia del silencio administrativo positivo, sino porque entrañaría desconocimiento del parámetro hermenéutico de la especialidad de la ley, dando lugar así a la configuración por regla general del silencio administrativo negativo prevista en el artículo 83 del CPACA.

Bajo este escenario, y sin mayor elucubración se puede concluir que los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, se encuentran **finalizados**, restándole a la Supervisión e Interventoría verificar el cumplimiento de los objetos contratados, respectivamente, y en caso tal, realizar todas las gestiones necesarias, adecuadas y conducentes a iniciar y culminar los trámites que conlleven a la suscripción de la liquidación, acta de cierre y liberación de saldos, toda vez que, en el marco de sus funciones legales y reglamentarias, les corresponde de manera clara y concreta realizar el seguimiento presupuestal, financiero y contable.

Por lo tanto, formalizar el cierre, la terminación y/o balance final de las obligaciones mutuas derivadas de la ejecución de los Contratos de Consultoría No. 9677-PPAL001-606-2021 y de Interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021 es un deber de gestión y promoción del supervisor e interventor, en las condiciones previstas contractualmente y en concordancia con el Manual de Contratación, al ser estos obligatorios para las entidades estatales, ya que en los mismos se establecen los procedimientos, lineamientos y normativas que deben seguirse en los procesos

de contratación como herramienta fundamental para garantizar la transparencia, eficiencia y legalidad en los procesos de adquisición y contratación.

En consecuencia, al estar frente a unos contratos con **plazo expirado**, procede la liquidación de los mismos, comoquiera que, con esta se busca proyectar un balance final y su consecuente liberación o no de recursos obedecerá al cumplimiento de lo dispuesto por las partes contractualmente y a lo indicado en el artículo 34 y siguientes del manual de contratación mentado, con anuencia del impulso y gestión de la Supervisión e Interventoría, con base en los informes respectivos, que constituyen plena prueba frente al estado de cumplimiento de las obligaciones de los contratos, dando lugar así, a verificar el reconocimiento o no de las actas 9 y 10, las cuales no han sido canceladas por valor de \$427.639.015.71 correspondiente al contrato 9677-PPAL001-606-2021 y 37.188.699,50 al contrato de interventoría No. 9677-PPAL001-621-2021, según indican con la presente consulta.

Por lo anterior, el documento contentivo de cierre, deberán constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes, para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo, si hay lugar a ello. Una vez realizado lo anterior, se podrá o pagar los saldos que resulten a favor de los contratistas o liberar los saldos a favor de la entidad contratante.

Téngase en cuenta que, como se dijo, las entidades y contratos con régimen especial diferente al estatuto general de contratación pública – ley 80 de 1993 -, igualmente, buscan el interés general y deben aplicar los principios de la función pública y la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Finalmente, se recomienda dar aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, ya que dicha disposición advierte que la ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda y, en consecuencia, los funcionarios públicos que tuvieron a cargo el deber funcional de dar respuesta de la petición podrán ver comprometida su responsabilidad, ante el inicio de un juicio disciplinario de la conducta, en los términos de la ley que juzga el correcto ejercicio de la función pública¹¹.

La presente posición jurídica se suscribe en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual, los conceptos emitidos por las autoridades son recomendaciones de carácter no vinculante, no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en 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.

Atentamente,

¹¹ Ley 1952 de 2019 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

DIANA PAOLA ARIZA DOMÍNGUEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres-UNGRD

Elaboró: Cindy Constanza Meza Morales / Abogada contratista OAJ

Revisó: Nicolás Eduardo Rodríguez / Abogado contratista OAJ

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