

Señores

PROCURADURÍA JUDICIAL PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE MEDELLÍN (REPARTO)

E. S. D.

REFERENCIA: **SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**
PROCESO: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
CONVOCANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.
CONVOCADOS: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA - FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ (FONDO PAZ).

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con NIT No. 860.524.654-6, respetuosamente acudo ante su despacho para formular **SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL** para que se convoque a la **NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (DAPRE) - FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ (FONDO PAZ)** representada para los efectos de este acto por la Doctora Laura Camila Sarabia Torres, directora del DAPRE o quien haga sus veces, con el fin de que previo al ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se adelante **audiencia de conciliación prejudicial** a que alude el artículo 2.2.4.3.1.1.2 del Decreto 1069 de 2016 modificado por el decreto 1167 del mismo año y S.S. y la Ley 2220 de 2022 para que se **declare la nulidad** de los Actos Administrativos contenidos en la (i) Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 “por la cual se declara incumplimiento total del contrato de obra Nro. FP-292 de 2022” y la (ii) Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 “por la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023” proferidas por el director del Fondo Paz y otros actos administrativos en los que pueda estar sustentada la decisión contenida en las disposiciones aquí citadas; adicionalmente

para solicitar el correspondiente restablecimiento del derecho que más adelante se precisará en el acápite de pretensiones, lo cual formulo previas las siguientes consideraciones:

CAPÍTULO I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES

PARTE CONVOCANTE:

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la calle 100 No. 9 A - 45 Piso 12, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 860.524.654 – 6, representada legalmente por el Doctor **JOSÉ IVÁN BONILLA PÉREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.520.827

Y, actuando como especial de ella, el suscrito **GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el certificado de existencia y representación que se allega al expediente, en el cual consta que el suscrito está plenamente autorizado para adelantar la presente solicitud de conciliación. La convocante puede recibir notificaciones a través de correo electrónico notificaciones@solidaria.com.co y al través del buzón electrónico del suscrito apoderado notificaciones@gha.com.co

PARTE CONVOCADA:

NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (DAPRE) - FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ (FONDO PAZ), el primero, creado mediante la Ley 3ª de 1898, como un organismo del sector central de la administración pública nacional que pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional (artículo 38 de la Ley 489 de 1998), representada para los efectos de este acto por su Directora, la Doctora Laura Camila Sarabia Torres o quien haga sus veces, y el segundo (Fondo Paz) creado mediante el artículo 9 de la Ley 386 de 1997 como una cuenta especial del DAPRE sin personería jurídica, administrada como un sistema separado de cuentas. Siendo así, por no contar con capacidad

jurídica para comparecer al presente proceso, las notificaciones deberán surtirse ante el DAPRE – Departamento al cual pertenece - a las siguientes direcciones: notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co - contacto@presidencia.gov.co y/o a la dirección Casa de Nariño: Carrera 8 No.7-26. - Edificio Administrativo: Calle 7 No.6-54, Bogotá D.C.

CAPÍTULO II. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL MEDIO DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

De acuerdo a lo consignado en el artículo 141 y 164 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el término para la presentación del medio de control de **“controversias contractuales”** será de dos (2) años, los cuales se iniciarán a contar desde la notificación del acto administrativo.

“ARTÍCULO 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, **que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales**, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.”

(...)

ARTÍCULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del **día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.**

(...)

Del texto anterior, se entiende entonces que el término iniciará a contar desde el día siguiente de los motivos de hecho o de derecho, que en este caso se materializan con la notificación del acto administrativo que resuelve el recurso de reposición, es decir, la Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 “por la cual se declara incumplimiento total del contrato de obra Nro. FP-292 de

2022” la cual quedo en firme con la notificación de la (ii) Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 “por la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023” proferidas por el director del Fondo Paz, el 29 de diciembre de 2023, por lo tanto, los dos (2) años fenecerían el **30 de diciembre de 2025** sin contar con términos de vacancia judicial. Siendo así la presente solicitud se radica dentro del tiempo establecido, por ser actos administrativos proferidos con ocasión a la ejecución contractual y no precontractual.

CAPÍTULO III. HECHOS

PRIMERO: Durante la vigencia 2022, el Fondo Paz adelantó convocatoria pública abierta CPA-FP-2022-051 para seleccionar al adjudicatario del contrato de obra, cuyo objeto fue "Ampliación de la infraestructura, deportiva y recreativa del corregimiento de raudal viejo, del municipio de Valdivia en el departamento de Antioquia en el marco del Plan de Respuesta Inmediata - PRI como oficial de MIL TREINTA MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SESENTA Y TRES PESOS (\$ 1.030.264.063,00) /MCTE.

SEGUNDO: El 29 de julio de 2022, Fondo Paz e Inversiones y Proyectos Altamira S.A.S., representado legalmente por el señor Luis Adrián Mejía Álvarez, suscribieron contrato de obra FP-292-2022, con el objeto de "Ampliación de la infraestructura, deportiva y recreativa del corregimiento de raudal viejo, del municipio de valdivia en el departamento de Antioquia en el marco del Plan de Respuesta Inmediata - PRI como priorización del Plan Especial De Intervención Integral - PEII de la zona futuro del Bajo Cauca y Sur de Córdoba.

TERCERO: Para la ejecución del contrato de obra FP-292-2022, Fondo Paz contrató a un tercero, con el fin de realizar la interventoría para ejercer el control integral sobre el negocio contractual. Hecho que se suscitó a través de la convocatoria pública abierta CPA.FP-2022-095 cuyo objeto era “Interventoría integral técnica, administrativa, financiera, legal y ambiental para la ampliación de la estructura deportiva y recreativa en el corregimiento Raudal Viejo del municipio de Valdivia, Antioquia, en el marco del Plan de Respuesta Inmediata - PRI como priorización del Plan Especial de Intervención Integral - PEII de la Zona Futuro del Baja Cauca y Sur de Córdoba”. Convocatoria que finalmente fue adjudicada al Consorcio INT.CBM & CONSUMGOR 2022 al cumplir con los requisitos habilitantes mediante acta del 19 de septiembre de 2022, suscribiendo finalmente entre el Fondo paz y el Consorcio el contrato de interventoría No. FP-2037 de 2022.

CUARTO: Por lo anterior, el 12 de octubre de 2022, el interventor y el contratista de obra suscribieron acta de inicio, desde la cual se inició a correr el plazo de ejecución, pactado en la cláusula quinta del contrato de obra FP-292-2022, por tres (03) meses, contados a partir de la fecha del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

QUINTO: Sin embargo, Fondo paz, el 24 de febrero de 2023 mediante correo electrónico enviado a mi prohijada remitió citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con fundamento en el informe No. 1 y 2 en formato FB-S67 versión 3 de la interventoría donde se reporta un presunto incumplimiento por parte del contratista Inversiones y Proyectos Altamiras S.A.S., argumentando que después del 18 de noviembre de 2022, el contratista de obra no volvió a responder correos electrónicos, llamadas, citaciones a reuniones, no hizo presencia en el lugar de la obra, no allegó hojas de vida del personal mínimo requerido para la ejecución de la obra, encontrando, según la entidad, un avance del 0%.

SEXTO: Dentro del curso del proceso, el contratista presentó sus descargos en los que en síntesis indicó que, por temas de fuerza mayor y caso fortuito no se logró cumplir con el objeto contractual. Toda vez que cuando intentaron ingresar al lugar de ejecución de la obra el residente de obra se encontró con un grupo de personas quienes lo interrogaron sobre su presencia en el lugar, así mismo le indicaron que no se hacían responsables de la seguridad del personal, ni de materiales por lo que éste no volvió más al lugar. Así mismo se vieron afectados por la ola invernal que ocasionó daños en las vías de acceso lo que dificultaba la posibilidad de llegar hasta el sitio. Para ello adjuntaron el acta del Consejo de Seguridad.

SÉPTIMO: Es decir que el incumplimiento en la ejecución de la obra se dio por un tema de fuerza mayor y caso fortuito. Sin embargo, el Fondo Paz accedió a iniciar mesas de trabajo para llegar a un acuerdo con el contratista, es último quien finalmente propuso como arreglo directo la figura de realizar un contrato de transacción, pero el Comité de Conciliación del DAPRE *“recomendó no utilizar la transacción, sino continuar con el proceso de incumplimiento y explorar otras formas de arreglo directo”*.

OCTAVO: Por lo anterior, se continuó con la audiencia de incumplimiento en donde el contratista reafirmó la existencia de inconvenientes ajenos a su voluntad, pero que estaba presto a firmar el acuerdo de transacción, sin embargo, la interventoría señaló que el contratista *“no contestaron los llamados de la interventoría para firmar el posible contrato de transacción y que en estos momentos se desistió de dicho mecanismo ya que no hubo garantías”*. Por lo que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo directo, la entidad contratante decidió declarar el incumplimiento del contratista. Decisión que fue confirmada por Fondo Paz a través de la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023.

NOVENO: Ahora bien, el Fondo Paz de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 386 de 1997, es una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, **sin personería jurídica**, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones.

DÉCIMO: Sin embargo, por disposición normativa el “Director” del Fondo es el ordenador del gasto, en virtud de la delegación que le otorga el Director del DAPRE y por lo tanto, tiene la capacidad de celebrar contratos tal y como lo señala el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1081 de 2015 Sector Presidencia de la República.

DÉCIMO PRIMERO: Por lo tanto, es claro que dentro de las sus funciones del Director del Fondo Paz se establece la de celebrar contratos y efectuar los pagos que se requieran para el desarrollo del objeto y funciones del Estado, sin embargo, nada dice sobre la facultad para expedir actos administrativos contractuales, ni mucho menos tiene la función legal ni reglamentaria de iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual, imponer multas o declarar directamente el incumplimiento a través de un acto administrativo.

DÉCIMO SEGUNDO: Adicionalmente, por normatividad expresa, todos los contratos que celebre el Fondo Paz se regirán por las reglas del derecho privado como lo refiere el artículo 15 de la Ley 434 de 1998, y como se consignó en el régimen de contratación establecido en el contrato No. FP-292 del 29 de julio de 2022. Siendo así, no era viable que el Director de Fondo Paz iniciara el proceso sancionatorio Administrativo consignado en la Ley 1474 de 2011 máxime cuando este aplica únicamente para las entidades sometidas al estatuto de contratación y el Fondo Paz se rige por el Derecho privado.

DÉCIMO TERCERO: Es decir que, el contrato de obra celebrado entre Fondo Paz e Inversiones y Proyectos Altamira S.A.S., se rige por las normas de contratación del derecho privado, y la relación contractual entre las partes se rige por los principios del derecho privado, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los co-contratantes, de modo que a los particulares les estaría vedada la posibilidad de ejercer potestades unilaterales o exorbitantes que son propias de las entidades públicas.

DÉCIMO CUARTO: Razón por la cual los actos administrativos expedidos por el Fondo paz, materializados en la Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023 se encuentran viciados de nulidad, pues fueron emitidos sin competencia y desconociendo las normas en las que se debió fundarse, como se dejó ver en los hechos anteriores y en el capítulo de fundamentos, que más adelante se expondrá.

CAPÍTULO IV. FORMULA DE ARREGLO

En atención a lo consagrado en el artículo 101 inciso 5 de la Ley 2220 de 2022, procedo a proponer la siguiente fórmula de arreglo, en el entendido que se pretende iniciar un proceso de controversias contractuales con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos vinculados por cuanto su ejecución está causando daños a mi representada, la fórmula de arreglo que se propone se circunscribe en que la entidad aquí convocada **NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (DAPRE) - FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ (FONDO PAZ)** deje sin efectos la (i) Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 “por la cual se declara incumplimiento total del contrato de obra Nro. FP-292 de 2022” y la (ii) Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 “por la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023” proferidas por el director del Fondo Paz. De la siguiente manera:

PRIMERA: QUE SE DEJE SIN EFECTOS de los siguientes actos administrativo:

- (i) Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 “por la cual se declara incumplimiento total del contrato de obra Nro. FP-292 de 2022” proferida por el director del Fondo Paz por una evidente falta de competencia y haber incurrido en los cargos de infracción en las normas en que deberían fundarse y falsa motivación.
- (ii) Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 “por la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023” proferida por el director del Fondo Paz por una evidente falta de competencia y haber incurrido en los cargos de infracción en las normas en que deberían fundarse y falsa motivación.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior pretensión, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ – FONDO PAZ:

2.1. SUSPENDA DE INMEDIATO toda actuación administrativa, coactiva o judicial derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados, precisando que ni las Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023, ni ningún acto administrativo en que se hubiere sustentado la decisión ahí advertida, hace las veces de título ejecutivo y, en consecuencia, de ningún modo resultaría viable su cobro mediante la vía judicial o coactiva.

2.2. ORDENE EL ARCHIVO de toda actuación administrativa, coactiva o judicial derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados.

CAPÍTULO V. PRETENSIONES.

PRIMERA: QUE SE DEJE SIN EFECTOS los actos administrativos materializados en la (i) Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 “por la cual se declara incumplimiento total del contrato de obra Nro. FP-292 de 2022” y la (ii) Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 “por la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023” proferidas por el director del **Fondo Paz** por una evidente falta de competencia y haber incurrido en los cargos de infracción en las normas en que deberían fundarse y falsa motivación.

1.2. Que la entidad convocada **RECONOZCA** mediante acto administrativo debidamente motivado que mi representada no está legal ni contractualmente obligada a pagar prestación alguna a la NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ – FONDO PAZ derivada del Contrato de Seguro instrumentado en la Póliza de Cumplimiento Ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación No. 430-47-994000056943, por cuanto los actos administrativos: Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 se expidieron sin competencia por parte del Fondo Paz y de su Director, con desconocimiento de las normas en que debía fundarse y mediante una falsa motivación y, de conformidad con ello, se determine que mi representada no está obligada a sufragar perjuicio alguno al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ – FONDO PAZ, por concepto de la declaratoria de incumplimiento al contrato de obra FP-292-2022 del 29 de julio de 2022.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de las anteriores pretensiones conciliatorias a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO la entidad convocada proceda a pagar la suma de dinero, debidamente indexada que hubiera cancelado mi representada con ocasión de tales actos administrativos, además de lo siguiente:

2.1. La **SUSPENSIÓN** de toda actuación administrativa, coactiva o judicial derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados, precisando que ni las Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023, ni ningún acto administrativo en que se hubiere sustentado la decisión ahí advertida, hace las veces de título ejecutivo y, en consecuencia, de ningún modo resultaría viable su cobro mediante la vía judicial o coactiva, por lo que ruego se ordene a la NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ – FONDO PAZ, abstenerse de librar mandamiento de pago de los actos impugnados.

2.2. Que se **ORDENE** a las entidades convocadas abstenerse de incluir a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA en el Boletín de Deudores Morosos, y en el caso en que se haya efectuado tal registro, ordenar que se realicen las gestiones legales pertinentes para suprimirlo, por cuanto se está cuestionado la legalidad de las Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023.

2.3. Que se ordene **RESTITUIR** a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA el valor que eventualmente haya cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que se dicte en el presente proceso, o en su defecto, se ordene restituir los valores que ella hubiera desembolsado con base en Póliza de Cumplimiento Ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación No. 430-47-994000056943, según lo ordenado por los actos administrativos cuya nulidad se solicita y por la cual se presenta esta solicitud de conciliación.

2.4. Que se ordene **PAGAR** a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA la suma correspondiente a los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que se hubiesen pagado conforme a los actos administrativos cuya nulidad se pretende mediante la presente solicitud de conciliación, réditos que deberán liquidarse a la tasa máxima de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada en un cincuenta por ciento conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999, y el artículo 884 del Código de Comercio, con ocasión de la Póliza de Cumplimiento Ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación No. 430-47-994000056943, intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas indicadas anteriormente.

2.5. En consecuencia, que se **EXIMA** de toda responsabilidad jurídica a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA en relación a los actos administrativos antes señalados.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, se ordene el pago de los intereses a los que haya lugar.

CAPÍTULO VI. MEDIO DE CONTROL A PROMOVER

Por tratarse de la ilegalidad de los actos administrativos contractuales materializados en la (i) Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 “por la cual se declara incumplimiento total del contrato de obra Nro. FP-292 de 2022” y la (ii) Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023

“por la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023” proferidas por el director del Fondo Paz, el medio de control a promover por ser el procedente es el de controversias contractuales según el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo pues se buscaría la nulidad de los actos administrativos contractuales derivados del supuesto incumplimiento del contrato de obra FP-292-2022 del 29 de julio de 2022 anteriormente señalados.

CAPÍTULO VII. DISPOSICIONES JURÍDICAS VULNERADAS

Las normas que se vulneraron con los actos administrativos aludidos son los siguientes:

- La Constitución Política de Colombia (artículos 29 y siguientes).
- Ley 80 de 1993 (artículo 2)
- Ley 386 de 1997 (artículos 9 - 13)
- Ley 434 de 1998 (artículo 15)
- Ley 489 de 1998 (artículo 9)
- Ley 1474 de 2011 (artículo 86)
- Ley 1564 de 2012 “Código general del proceso” (artículo 13)
- Decreto 1081 de 2015 (artículos 2.2.2.1.2. - 2.2.2.1.3)

Cabe aclarar que dando alcance a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, el concepto de la violación de cada una de las normas aquí citadas se encuentra en el acápite inmediatamente siguiente.

CAPÍTULO VIII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.

Se evidencian vicios de nulidad que afectan directamente el contenido de los actos administrativos expedidos por el Fondo Paz, esto es, la Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023, que se materializan en la desviación de poder - emisión sin competencia, y desconociendo de las normas en que debía fundarse. Lo anterior de conformidad con lo siguiente:

A. DESVIACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DEL DIRECTOR DE FONDO PAZ COMO QUIERA QUE NO LE ASISTE COMPETENCIA PARA EXPEDIR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS MATERIALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN No. 1194 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2023 Y LA RESOLUCIÓN No. 1249 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2023.

Se evidencia la falta de competencia del Fondo Paz en realizar el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y proferir los actos administrativos materializados en la Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023. Toda vez que no existe alguna disposición normativa que le permita al Fondo Paz adelantar este tipo de actuaciones ni mucho menos proferir actos administrativos. En cualquier caso, si existiere una disposición contractual en ese instrumento, que le permita de forma unilateral al Fondo Paz arrogarse esa facultad, o establecer un procedimiento contractual para declarar de forma autógena el incumplimiento, tal estipulación resultaría ineficaz y desproporcionada.

Lo anterior, por ministerio del artículo 13 del Código general del proceso que señala lo siguiente:

ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

De lo anterior, es fácil colegir que así en el negocio contractual se hubiese estipulado que el Fondo Paz podría iniciar el proceso sancionatorio de cumplimiento de manera unilateral, esta iría en contravía de las disposiciones legales que rigen la materia, pues es muy claro que dichas actuaciones únicamente proceden para entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, y no para entidades con regímenes privados como es el caso. Esta consecuencia -que también se conoce como la ineficacia en sentido estricto – también se extiende a la posibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro, en caso de que en el contrato de obra se hubiere estipulado algo semejante.

Ahora bien, frente a la nulidad por falta de competencia, el Consejo de Estado ha señalado que:

NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA / VALIDEZ DE ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD [L]a competencia, entendida como un elemento de validez de los actos administrativos, cobra vital importancia en el análisis de legalidad de estos, puesto que, si bien como se precisó en el extracto jurisprudencial trasuntado, aquel no es intrínseco a la estructura y contenido de la decisión, sí lo es frente a la limitación de las potestades de cualquier autoridad para definir determinada situación jurídica. Lo anterior significa que la competencia se acompasa a lo que resultaría ser el marco de acción de las entidades públicas, el cual previamente debe estar definido por la Ley, ello con el fin de que estas puedan reglamentar, ejecutar o concretar los postulados de las normas superiores con estricta sujeción de las facultades, funciones y capacidades que cada una tiene en virtud de su propia naturaleza y conforme a las condiciones de su creación. [...] [E]l mentado factor de validez necesariamente se relaciona con el principio de legalidad, en tanto el hecho de delimitar qué autoridad debe resolver un asunto específico, se constituye en una restricción indispensable en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, habida cuenta de que propende por garantizar la uniformidad en el actuar de su agentes, precaver el ejercicio arbitrario del poder público, dar prevalencia a la igualdad material ante la administración y consolidar el rango jerárquico de los entes públicos en razón de la relevancia de los asuntos a resolver y su necesidad de legitimidad, discusión democrática y nivel de responsabilidad. [...] [L]a falta de competencia de una entidad para proferir una decisión puntual, debe ser la primera causal de estudio en un juicio de legalidad. Esto en atención a que aquel presupuesto a pesar de ser en esencia formal, surte efectos sustanciales en la materia objeto de definición, toda vez que el desconocer la reserva del constituyente, la reserva legal o la reserva reglamentaria, implica que se atenta en contra del propio ordenamiento jurídico y su esquema de sujetos con facultad regulatoria, al punto de afectar de entrada la validez del acto administrativo al margen incluso de la verificación sobre las normas aplicadas, su motivación, su expedición irregular o con desviación de poder. [...]¹

Bien ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que los actos administrativos que sean expedidos por una autoridad no competente afectan uno de los elementos de su validez, pues desborda las limitaciones de las potestades de la autoridad, llevando esto incluso a una desviación de poder, pues no se encuentra facultado para ejercer dicha función y aprovechándose de su condición de Directivo expide el acto administrativo. Generando con ello, un fin distinto al estipulado por el ordenamiento jurídico, pues para ello se han organizado en cada jurisdicción, dependiendo de la calidad de las partes, los mecanismos que estos tienen para hacer efectiva las cláusulas penales y multas por incumplimiento de la otra parte. Siendo así no podía el director del Fondo Paz

¹ Sentencia del Consejo de Estado. Sucesion Segunda - Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00163-02(4789-18). Fecha: 22 de julio de 2021.

expedir los Actos Administrativos contenidos en la Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 que declaraban el incumplimiento del contratista, pues no existe disposición legal que así lo indicara.

El Fondo Paz de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 386 de 1997, es una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - DAPRE, **sin personería jurídica**, lo cual implica que no tiene capacidad para suscribir contratos y, en general, para contraer obligaciones. Al respecto el mentado artículo dice:

ARTÍCULO 9°. Creación y naturaleza jurídica. Créase el Fondo de Programas Especiales para la Paz, como una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica, administrada como un sistema separado de cuentas.

Ahora bien, por disposición normativa el “Director” del Fondo es el ordenador del gasto, en virtud de la delegación que le otorga el Director del DAPRE y por lo tanto, tiene la capacidad de celebrar contratos. Al respecto el artículo 13 de la Ley 386 de 1997 reza:

ARTÍCULO 13. Dirección. Para su dirección, el Fondo contará con un Director quien será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción. **El Director del Fondo será el ordenador del gasto, en virtud de la delegación que le otorgue el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.** (negrilla y subrayada por fuera del texto original).

Lo anterior, en consonancia con lo señalado en el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1081 de 2015 Sector Presidencia de la República, el cual señala que:

ARTÍCULO 2.2.2.1.2. Funciones del Director. Para el cumplimiento de los objetivos del Fondo de Programas Especiales para la Paz, el Director tendrá las siguientes funciones:

(...)

1. Dirigir, controlar y coordinar la acción administrativa del Fondo.
2. Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de las funciones del Fondo y proponer al Gobierno Nacional y al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República las que fueren de competencia de éstos.
3. Cumplir y hacer cumplir las decisiones y normas expedidas por el Gobierno Nacional y el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en temas relacionados con el funcionamiento y desarrollo del Fondo.

4. En virtud de la delegación que le otorgue el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República celebrar los contratos y efectuar los pagos, que se requieran para el desarrollo del objeto y funciones del Fondo.
5. Promover la obtención de recursos financieros, de cooperación nacional e internacional, para el cumplimiento del objeto y funciones del Fondo de Programas Especiales para la Paz.
6. Las demás que le asigne la ley, el Gobierno Nacional y el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
(...) (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

Es decir que dentro de las funciones del Director del Fondo Paz se establece la de celebrar contratos y efectuar los pagos que se requieran para el desarrollo del objeto y funciones del Estado, el cual concuerda con el objeto establecido en el Contrato de Obra No. FP-292 de 2022. Por ende, es claro hasta este punto que el Director cuenta con la competencia de celebrar este tipo de contratos, sin embargo, nada dice sobre la facultad para expedir actos administrativos relacionados con las contrataciones que se adelanten, por lo que desde esta oportunidad se evidencia que este miembro directivo no tiene la función legal ni reglamentaria de iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual, imponer multas o declarar directamente el incumplimiento a través de un acto administrativo.

Ahora bien, no se desconoce que la figura de delegación se encuentra permitida en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 9 y ss de la Ley 489 de 1998, la cual permite que las autoridades administrativas puedan delegar algunas funciones en sus colaboradores o a otras autoridades sin que se pierda la naturaleza del delegado ni del delegatario, es decir, esta acción se podrá llevar a cabo sobre autoridades con funciones afines al Estado o complementarias. Al respecto el mencionado artículo refiere:

ARTÍCULO 9.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, **directores de departamento administrativo**, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa **podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente**, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209

de la Constitución Política y en la presente Ley. (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

Del texto anterior, por sustracción de materia nos permite concluir que la delegación efectuada entre el Director del DAPRE al Director del Fondo Paz, se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la normatividad vigente, **únicamente para suscribir contratos** que se requieran para desarrollar el objeto y funciones del Fondo, mas no para expedir actos administrativos en relación a la ejecución de dichos negocios contractuales, pues nada se dijo al respecto y no puede el Fondo Paz de manera apresurada extralimitarse de las funciones previamente conferidas máxime cuando se trata de una delegación con unas funciones específicas.

Ahora bien, en virtud de esa delegación con funciones específicas, no puede perderse de vista que en virtud de lo señalado en el numeral 6 del artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1081 de 2015 el Director del DAPRE pudo delegar al director del Fondo Paz la función de expedir actos administrativos en el marco de ejecución de los contratos celebrados. Sin embargo, en el resumen relacionado en el acto administrativo No. 1194 del 2023 que declaró el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro, el Fondo Paz arguye que le asiste competencia por los siguientes motivos:

“Que mediante la Resolución 0184 del 01 de marzo del 2023, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica delega en el Director del Fondo Paz, la ordenación del gasto para todos los actos y contratos que se ejecuten en cumplimiento de sus funciones y reglamenta como se cita a continuación”:

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO. Esta delegación comprende además la suscripción de contratos, convenios interadministrativos, convenios de cooperación y demos acuerdos de voluntades sin cuantía o que no comprometan el presupuesto de la Entidad, así como la suscripción de convenios o acuerdos que se celebren con organismos y entidades internacionales, con otros estados o gobiernos o con agendas gubernamentales de aquellos, así como la suscripción de los documentos relacionados con la ejecución v cumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos. cuando el objeto corresponda al objeto v funciones del Fondo de Programas Especiales para la Paz. (...)(El subrayado dentro del texto original)

Sin embargo, del texto anterior se evidencia que hacen específica relación a la “*suscripción de los documentos relacionados con la ejecución y cumplimiento*” pero la palabra “documentos” no puede asemejarse a **actos administrativos**. Pues este último debe cumplir con ciertas formalidades de forma y fondo que lo llevan a la vida jurídica no siendo un mero documento. Entre ellos podemos

encontrar, el sujeto – la voluntad – el objeto – el motivo – el fin y la forma los cuales generan o niegan derechos y obligaciones. Diferente a un documento que la mera palabra no constituye la creación de un acto administrativo, pues existen un sinnúmero de denotaciones. Al respecto la real academia ha señalado que la palabra documento refiere a:

“documento.

(Del lat. *documentum*).

1. m. Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos.
2. m. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.
3. m. desus. Instrucción que se da a alguien en cualquier materia, y particularmente aviso y consejo para apartarle de obrar mal”

Es decir que no puede entenderse que con la delegación anteriormente señalada ya se le haya otorgado la facultad de expedir actos administrativos, pues los mismos no constituyen la creación de un mero documento, sino que este por el contrario es especial pues produce efectos jurídicos especiales sobre quien recae. Es por ello por lo que el legislador no lo denominó documento sino acto administrativo el cual, de acuerdo con el concepto de la función pública está definido como:

“El acto administrativo ha sido definido como “la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados” (cursiva propia del documento original)².

Así las cosas, no se evidencia que exista la facultad o delegación expresa al Director del Fondo Paz para expedir actos administrativos ni muchos que este pueda adelantar el procedimiento sancionatorio de cumplimiento, imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal o declarar la ocurrencia del siniestro, máxime cuando la normatividad es clara en señalar que estas disposiciones deben hacerse a través de actos administrativos, ya sea por lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o del inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

² Concepto 175571 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública. Fecha: 09-05-2023. Radicado No.: 20236000175571

En conclusión, no existe ninguna disposición normativa y/o contractual que le permitiera al Director del Fondo Paz iniciar un proceso sancionatorio administrativo para declarar un eventual incumplimiento contractual ni mucho menos expedir actos administrativos en ese sentido. Pues a lo largo del presente argumento se puede evidenciar que esta disposición nunca fue irrogada al Fondo Paz, y así existiere una disposición contractual en ese instrumento, que le permita de forma unilateral al Fondo Paz arrogarse esa facultad, o establecer un procedimiento contractual para declarar de forma autógena el incumplimiento, tal estipulación resulta ineficaz. Razón por la cual deberán dejarse sin efecto los actos administrativos sujetos a conciliación por la falta de competencia de quien los profirió y su consecuente desviación de poder.

B. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL FONDO PAZ NO LE PERMITÍA ADELANTAR UN PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EXCLUSIVO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS SOMETIDAS AL EGCP, POR LO QUE EXISTE UNA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS POR DESCONOCIMIENTO EN LAS NORMAS QUE DEBIÓ FUNDARSE.

Los actos administrativos expedidos por el Fondo Paz, esto es, la Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023 y la Resolución No. 1249 de diciembre 29 de 2023 se encuentran viciados de nulidad por cuanto la naturaleza del Fondo Paz es privada y permite concluir que no le está dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP, tal y como lo sería la imposición de la cláusula penal y declaratoria de incumplimiento. Adicionalmente, en el contrato de obra No. FP-292 del 2022 se estableció que en el evento de requerirse hacer efectiva la cláusula penal y este no pudiese ser debitado por el Fondo Paz, de los saldos a favor del contratista se cobraría por la jurisdicción coactiva o por el procedimiento que para tal efecto señale la ley, que se realizará a través del **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** y guardó silencio frente a la posibilidad de ser adelantando por el Fondo Paz, razón por la cual este último no se puede atribuir una facultad que no le ha sido otorgada.

El Honorable Consejo de Estado³, precisó que, la nulidad derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo, debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Veamos:

“El artículo 84 del C.C.A consagra, entre otras causales de nulidad, la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo o mejor, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad. La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) **falta de aplicación**, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, **ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia**, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no le es aplicable al asunto que la resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso. Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde.”

De acuerdo con la anterior clasificación de las modalidades en las cuales puede ocurrir dicha causal de nulidad, se mostrará que el Fondo Paz no aplicó la normatividad sobre el régimen jurídico que le aplicaba:

³ Sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en sentencia del 15 de marzo de 2012, Radicación No. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660)

El Fondo Paz por normatividad expresa, todos los contratos que celebre se regirán por **las reglas del derecho privado**, como lo refiere el artículo 15 de la Ley 434 de 1998:

Artículo 15. **Régimen de Contratación. Para todos los efectos, los contratos celebrados, con cargo a la cuenta del Fondo de Programas Especiales para la Paz se regirán por las reglas del derecho privado.** (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

Así mismo el artículo 2.2.2.1.3 del Decreto 1081 de 2015 sector presidencia de la república señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.2.1.3. Régimen jurídico de sus operaciones, actos y contratos. Los actos, operaciones, contratos y convenios que celebre el Director del Fondo de Programas Especiales para la Paz, en virtud de la delegación conferida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 716 de 1994, así como en desarrollo de su objeto, **sólo se someterán a las normas que rigen la contratación entre particulares, sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 y las que las modifiquen y adicionen.** (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

De lo anterior, es fácil concluir que los contratos celebrados por el Fondo Paz se regirán por las reglas de contratación del derecho privado aún más si se considera que en el cuerpo del contrato se estipuló que el mismo se regía por las normas civiles y comerciales colombianas, sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993, tal y como se expone a continuación:

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN	Los contratos suscritos por FONDO PAZ se someterán a las normas que rigen la contratación entre particulares, y sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 y las que las modifiquen y adicionen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 716 de 1994, el artículo 15 de la Ley 434 de 1998 y el artículo 2.2.2.1.3, del Decreto 1081 de 2015.
--------------------------------	---

Por consiguiente, el contrato de obra se rige por las normas de contratación del derecho privado, y la relación contractual entre las partes se rige por los principios del derecho privado, entre ellos, la autonomía de la voluntad y la igualdad de los co-contratantes, de modo que a los particulares les estaría vedada la posibilidad de ejercer potestades unilaterales o exorbitantes que son propias de

las entidades públicas. Así lo ha considerado unívocamente el Consejo de Estado al prohibir pactar cláusulas exorbitantes en contratos regidos por el derecho privado como la caducidad, imposición de multas, liquidación unilateral, entre otras. Ahora, nótese que el curso del proceso sancionatorio de incumplimiento dio un giro anormal, pues en un principio se trató de culminar el mismo a través de la figura de un contrato de transacción en la que el contratista se comprometía a ejecutar el 100% de las actividades y adicionalmente a asumir los costos de la interventoría, pero este finalmente no se logró por cuanto no se llegó a un acuerdo. Razón por la cual, la entidad contratante primero agotó el procedimiento pactado entre las partes consignado en la cláusula Décimo Novena del contrato, bajo el régimen de las normativas del sector privado y al no tener una solución efectiva, aplicó erróneamente el inciso final de la cláusula séptima del mentado negocio jurídico que reza así:

SÉPTIMA. - CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerdan libre, expresa e irrevocablemente la causación y efectividad de la Cláusula Penal Pecuniaria en caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, éste se obliga a pagar a LA ENTIDAD una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, a título de indemnización anticipada de perjuicios que Fondo Paz llegare a sufrir en caso de incumplimiento y demás perjuicios que se deriven. El pago del valor acá señalado a título de clausula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento, razón por la cual FONDO PAZ tendrá derecho a obtener del contratista el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que sé que hayan derivado de dicho incumplimiento. El pago del valor de la pena se tomará del saldo a favor del CONTRATISTA, si los hubiere, y si no, de la garantía constituida a favor del Fondo, y si esto último no fuere posible, se cobrará por la jurisdicción coactiva o por el procedimiento que para tal efecto señale la ley, que se realizará a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Del texto anterior es fácil colegir que para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria el Fondo Paz tendría la opción de obtener el pago directo a través de deducciones de los saldos en favor del contratista y si no se lograba por dicho trámite, entonces sería el **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** quien a través de la jurisdicción coactiva o por otro procedimiento haría efectiva dicha cláusula. Es decir, tal y como quedó pactado en el contrato de obra, es el DAPRE la entidad que eventualmente podría haber iniciado el proceso sancionatorio de incumplimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 máxime cuando es una entidad

estatal sometida al Estatuto de Contratación y no el Director del Fondo Paz, pues este último no tenía la facultad legal para hacerlo.

El H. Consejo de Estado⁴ ha señalado sobre la fuerza vinculante del negocio jurídico lo siguiente:

“A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo, en primera instancia, de la fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado entre los contratantes y del deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados. **El principio enunciado –pacta sunt servanda–, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones.** Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente.” (negrilla u subrayado por fuera del texto original).

Es decir que lo pactado en el contrato es de obligatorio cumplimiento para las partes, pues ninguna podrá a su libre decisión desconocer lo que previamente aceptó y firmó. Siendo así no puede el Director del Fondo Paz de manera arbitraria iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio que no fue pactado en el contrato como medio de resolución ante un eventual incumplimiento, así como tampoco contaba con la competencia para realizarlo, pues claramente se dejó estipulado que este sería adelantando por el DAPRE en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, en el proceso ni siquiera se cumple con lo señalado en jurisprudencia reciente del Consejo de Estado en donde permitió que la Unidad Administrativa Especial, aunque no suscribió el contrato directamente, iniciara el proceso sancionatorio en virtud de que tiene intereses legítimos en los contratos que celebran los Fondos especiales, que en el caso en concreto sería el DAPRE el legitimado para iniciar el proceso en virtud del interés que le asiste por el contrato que suscribió el Fondo Paz. Al respecto señala lo siguiente:

“(…)

De una parte, por disposición legal, el director de la UNGRD puede disponer y comprometer sus recursos; de otra parte, este funcionario tiene la competencia para expedir actos administrativos en el marco de la ejecución de los contratos en los que participa el fondo y, finalmente, en virtud de la convención que ocupa la atención de la

⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera – rad. 25000-23-36-000-2015-00796- 01 (61019). Fecha: 31 de mayo de 2021

Sala, la Unidad también puede asumir obligaciones relacionadas con el trámite sancionatorio.

(...)⁵
”

Por lo anterior, quien eventualmente podría haber iniciado el proceso sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, era el Director del DAPRE y no el Director del Fondo Paz pues si bien el DAPRE no suscribió el contrato objeto de estudio de manera directa no es un ente extraño al negocio jurídico celebrado entre el Fondo Paz e Inversiones y Proyectos Altamira S.A.S. y tiene intereses legítimos en los contratos que celebra el Fondo, por lo que lo correcto era que esta entidad a través del uso de las potestades administrativas que le corresponden iniciara el procedimiento sancionatorio en contra del contratista si a bien lo tenía, máxime cuando así quedo estipulado en el contrato celebrado entre las partes.

En conclusión, la naturaleza del Fondo Paz es privada y no le estaba dado arrogarse facultades o potestades exorbitantes propias y exclusivas de las entidades públicas sometidas al EGCP, tal y como lo sería la imposición de la cláusula penal y declaratoria de incumplimiento. Adicionalmente, en el contrato de obra No. FP-292 del 2022 se estableció que en el evento de requerirse hacer efectiva la cláusula penal y este no pudiese ser debitado por el Fondo Paz de los saldos a favor del contratista se cobraría por la jurisdicción coactiva o por el procedimiento que para tal efecto señale la ley, que se realizaría a través del **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República**, empero guardó silencio frente a la posibilidad de ser adelantando por el Fondo Paz, razón por la cual este último no se puede atribuir una facultad que no le ha sido otorgada.

C. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS MATERIALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN No. 1194 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2023 Y LA RESOLUCIÓN No. 1249 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2023, FUERON EXPEDIDOS CON FALSA MOTIVACIÓN.

Finalmente se propone este argumento, con el fin de señalarle al despacho que existe una falsa motivación, pues el Fondo Paz no tenía la disposición de desconocer las reglas bajo las cuales se pactó el contrato de obra, esto es las reglas del derecho privado ni mucho menos exceder sus competencias y proferir actos administrativos de carácter sancionatorio. Es decir que el acto administrativo fue expedido con falsa motivación, pues los argumentos utilizados para acreditar la

⁵ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección A. Radicación número: 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996). del 2 de junio de 2023

competencia del Director del Fondo Paz para iniciar el procedimiento sancionatorio de incumplimiento, no corresponde a lo señalado en la legislación vigente, porque en los contratos regidos por el derecho privado opera la autonomía de la voluntad, ello de ninguna manera puede vulnerar normas imperativas o implicar un ejercicio abusivo del derecho, como lo que hizo el Fondo Paz con el inicio y culminación del procedimiento sancionatorio. De tal manera, no se está pretendiendo desconocer la autonomía de la voluntad que rige las relaciones civiles y comerciales de los particulares, sino que se destaca que esta debe ir en concordancia con los principios generales del derecho como la igualdad de las partes y, es justamente por esta razón, que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha desprovisto de las facultades excepcionales a los particulares y a las entidades públicas con régimen privado de contratación.

En esta medida y respecto a la imposición de multas, el Consejo de Estado ha dicho

“Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa.

(...)

Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, **las partes actúan en una relación de igualdad**, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, **ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual**”⁶ (negrilla y subrayado por fuera del teto original)

Bajo este entendido, a la entidad convocada no le era posible la imposición unilateral de multas o la declaración directa de incumplimiento en contratos regidos por derecho privado, comoquiera que en ellos impera una relación de igualdad entre las partes y no puede una de ellas ejercer una atribución o poder unilateral sobre la otra sin estar habilitada legalmente para ello. Tan es así que

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 24639 del 23 de septiembre de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

las cláusulas exorbitantes de las que están investidas las entidades públicas regidas por el EGCP también se han denominado “cláusulas excepcionales al derecho común”, lo que a simple vista permite concluir que están excluidas en las relaciones entre particulares, gobernadas por el derecho privado.

Tal razonamiento del Consejo de Estado se fundamenta en que las prerrogativas de las entidades públicas son ejercidas mediante actos unilaterales y, precisamente, si dichos actos se expiden en el marco de las relaciones entre particulares, se vulneraría el principio de igualdad y conmutatividad de las partes, lo que conlleva a que su pacto sea abiertamente ilegal. Así lo consideró el Alto Tribunal en pronunciamiento posterior, así:

“Al respecto, se reitera que esas estipulaciones son ilegales, en la medida en que atribuye a la entidad la potestad de expedir actos administrativos de terminación unilateral del contrato, cuando de un lado, sólo la ley puede otorgar las competencias a las autoridades estatales que les permiten actuar de una determinada manera y de otro lado, tal y como ya se explicó, se trata de un negocio jurídico de derecho privado, en virtud del cual esto no es posible, por cuanto el acto administrativo hace presumir su legalidad e invierte la carga de la prueba, lo que a su vez desequilibra la relación contractual y atenta contra el principio de igualdad de las partes que informa los contratos que se someten al régimen privado”⁷

Es importante aclarar que las decisiones antes mencionadas no son una posición aislada e inusual del Consejo de Estado. Por el contrario, han sido reiterativas las sentencias en tal sentido por parte de la Sección Tercera, de las que cabe resaltar: Sentencia de 28 de septiembre de 2011, exp. 15.476, Sentencia del 29 de marzo de 2012, exp. 20.397, Sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 24.697 y Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 37.322, entre otras.

Entonces, aun cuando en los contratos entre particulares rige la autonomía de la voluntad, no es menos cierto que dicha autonomía está limitada por imperativos legales como la igualdad entre las partes, de modo que no es posible que en una relación contractual en plano de igualdad, una de ellas pretenda imponer a la otra una multa o un incumplimiento, por cuanto ello implicaría un desequilibrio y vulneraría principios propios del derecho privado, por tal razón, las cláusulas

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27385 del 9 de julio de 2015, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

exorbitantes no pueden pactarse, ni ejercerse en un contrato de derecho privado. Salvo en los eventos en los que así lo hayan pactado las partes del negocio contractual, caso en el cual si podrán adelantarse este tipo de procedimiento bajo las condiciones en las que se estableció, pero dicha situación, insisto, no se estableció en el contrato de obra No. FP-292- de 2022.

Por lo que se puede concluir que de acuerdo a los postulados normativos y jurisprudenciales para que el Fondo Paz pudiera obtener el pago de la cláusula penal, multas y demás por el supuesto incumplimiento por parte del contratista, debió acudir si o si a la jurisdicción ordinaria o en su defecto si ello quedó pactado en el contrato, dicho procedimiento administrativo sancionatorio debió haber sido adelantado directamente por el Director del Dapre, quién si contaba con la atribución legal y por estar sometida esta entidad al Estatuto Anticorrupción, no obstante, el presente asunto, como ya se comentó, fue iniciado y culminado arbitrariamente por el Director del Fondo Paz, quien se itera, no tenía facultades legales para hacerlo.

CAPÍTULO XI. COMPETENCIA Y CUANTÍA.

La competencia para conocer el presente asunto corresponde a la procuraduría Delegada Para Asuntos Administrativos de Medellín, teniendo en cuenta que el FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ (FONDO PAZ) declaró el incumplimiento del contratista – INVERSIONES Y PROYECTO ALTAMIRA S.A.S. en el marco de la celebración del contrato de obra FP-292-2022 del 29 de julio de 2022 con lugar de ejecución en el Departamento de Antioquía, Municipio de Valdivia, en el CORREGIMIENTO DE RAUDAL VIEJO. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 156 del CPACA que reza así:

4. En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales o en laudos arbitrales derivados de tales contratos, se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato.

CAPÍTULO X. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La cuantía se estima razonadamente en la suma de **CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES SETENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$151.073.667,24 //MCTE)** correspondiente al monto señalado en la Resolución No.

1194 del 14 de diciembre de 2023 y confirmada por la Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023 más los intereses que eventualmente se causen.

CAPÍTULO XI. MANIFESTACIÓN BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento en calidad de apoderado de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.** manifiesto que no se ha presentado ninguna solicitud de conciliación prejudicial contra de **NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (DAPRE) - FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ (FONDO PAZ)** distinta a la que se promueve mediante este escrito y no se ha promovido ningún medio de control con base en los hechos que fundamentan la presente solicitud de conciliación prejudicial.

CAPÍTULO XII. MEDIOS DE PRUEBA

• DOCUMENTALES

Con el presente escrito se aportan las siguientes pruebas documentales:

1. Contrato de obra FP-292-2022 del 29 de julio de 2022.
2. Resolución No. 1194 del 14 de diciembre de 2023.
3. Resolución No. 1249 del 29 de diciembre de 2023.
4. Póliza de cumplimiento ante entidades públicas con régimen privado de contratación No. 430-47-994000056943 y su condicionado general.

CAPÍTULO XIII. ANEXOS

Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.

1. Copia del certificado de existencia y representación legal de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

2. poder que me faculta para representar a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.** en el presente asunto.

CAPÍTULO XVI. NOTIFICACIONES

Convocantes:

A mi procurada la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.** en la calle 100 No. 9 A – 45 Piso 12 de Bogotá D.C. Email: notificaciones@solidaria.com.co

Al suscrito en la Avenida 6 A Bis No. 35N–100 Oficina 212 de la ciudad de Cali (V); correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Convocado;

A la **NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (DAPRE) - FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ (FONDO PAZ)**, en el correo: notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co - contacto@presidencia.gov.co y/o a la dirección Casa de Nariño: Carrera 8 No.7-26. - Edificio Administrativo: Calle 7 No.6-54, Bogotá D.C.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.