

**CONCEPTO DE VIABILIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS
CONTRACTUALES**

PROCESO: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO (Art. 86 Ley 1474 de 2011)
REFERENCIA: CONTRATO DE INTERVENTORIA No. FP-470 de 2021
CONTRATANTE: FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
INTERVENTOR: JUAN ANDRÉS CASTRO HERNÁNDEZ
GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Apreciado Dr. Diego Pérez:

Comedidamente presentamos un análisis relacionado con la viabilidad de iniciar el medio de control de controversias contractuales contra el Fondo De Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia con el fin de someter a control judicial la Resolución 1143 del 19 de diciembre de 2022, a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Interventoría No. FP-470 de 2021, y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal en la suma de \$86.560.069,97 M/TE. Decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. 1169 de diciembre 27 de 2022.

Resumen de los aspectos fácticos y del trámite procesal:

Entre el Fondo de Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo Paz, en adelante “Fondo Paz” y Juan Andrés Castro Hernández se suscribió el Contrato de Interventoría No. FP-470 de 2021, con el objeto de: “*INTERVENTORÍA INTEGRAL: TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, LEGAL Y AMBIENTAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA VIAS TERCARIAS UBICADAS EN LOS MUNICIPIOS DE VISTA HERMOSA Y PUERTO RICO EN EL DEPARTAMENTO DEL META Y EL MEJORAMIENTO DE LA VIA TERCARIA UBICADA EN EL MUNICIPIO DE SAN JOSE DEL GUAVIARE EN EL DEPARTAMENTO DE GUAVIARE.*”.

El Fondo paz, el 30 de noviembre de 2022 mediante comunicación OFI22-00152150/ GFPU 13090000, remitió citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con fundamento en el informe de presunto incumplimiento presentado por la supervisión del contrato de interventoría, en el que se precisaron los presuntos incumplimientos del contrato, las cláusulas, normas violadas y las posibles consecuencias que de la declaratoria del incumplimiento se podrían derivar.

Resultado de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Fondo paz emitió la Resolución No. 1143 de 2022 en donde declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Interventoría No. FP-470 de 2021, por lo que se ordenó hacer efectiva la cláusula penal en la suma de \$86.560.069,97 M/TE y la terminación y liquidación del contrato.

Juan Andrés Castro Hernández y Aseguradora Solidaria de Colombia E.C impetraron recurso de reposición contra la Resolución 1143 de 2022 alegando, entre otros, la falta de competencia para surtir la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la falsa motivación del acto administrativo. Por lo anterior, Fondo Paz emite Resolución 1169 de 2022 en donde se resolvieron los recursos de reposición y confirma la decisión de imponer la multa por un valor de \$86.560.069,97 M/TE al señor interventor, Juan Andrés Castro Hernández, a título de incumplimiento.

ANÁLISIS DE VIABILIDAD RESPECTO DEL MEDIO DE CONTROL CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Con base en los hechos y fundamentos jurídicos analizados en este caso, se considera viable y razonable presentar una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra la Resolución 1143 de 2022 y la Resolución 1169 de 2022, mediante el medio de control de controversias contractuales. Respecto del pago o no de la cláusula penal impuesta por Fondo Paz, se planteará a la compañía las alternativas de acción, para que la compañía las evalúe en función de sus intereses. Este concepto encuentra sustento en los siguientes motivos:

En primer lugar, quedó probada la falta de competencia del Fondo de Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en realizar el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; toda vez que 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 Estatuto General del Contratación Pública, tal y como lo sería la imposición de la cláusula penal y declaratoria de incumplimiento. Esta situación se materializó en un vicio de nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse al surtir el procedimiento administrativo sancionatorio de que trata el artículo 86 *ibidem*, sin que Fondo paz tuviera la competencia para ello.

En el Contrato de Interventoría No. FP-470 de 2021 se estipuló que, en caso de ser necesario hacer efectiva la cláusula penal y no poder descontarla de los saldos a favor del contratista, el cobro debía realizarse **mediante jurisdicción coactiva o por el procedimiento que establezca la ley**, a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE). El contrato **no contempla** la posibilidad de que dicho cobro sea adelantado directamente por el Fondo de Programas Especiales para la Paz (Fondo Paz), lo que indica que esta entidad **no puede atribuirse una facultad** que no le fue expresamente conferida.

Ahora bien, con el fin de desglosar lo señalado en el acápite anterior, es pertinente señalar lo siguiente:

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. 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 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, el cual concuerda con el objeto establecido en el Contrato de Interventoría No. FP-470 de 2021. Razón por la cual, es claro hasta este punto que el Director cuenta con la plena competencia de celebrar este tipo de contratos. Sin embargo, nada dice sobre la facultad para expedir actos administrativos relacionados con procedimientos sancionatorios, 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 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 de conformidad con lo señalado en el numeral 6 del artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1081 de 2015 puede existir la posibilidad de que el Director del DAPRE haya delegado al director del Fondo Paz la función de expedir actos administrativos en el marco de ejecución de los contratos celebrados. Sin embargo, en la Resolución 1143 de 2022 no se evidencia dicha situación, en la que el director del DAPRE haya delegado al director del Fondo Paz facultades para emitir actos administrativos de carácter sancionatorio. Circunstancia que vicia el acto administrativo de nulidad si se tiene en cuenta que se vulneró debido proceso de la compañía aseguradora como garante del contrato de interventoría y del interventor.

Respecto de las funciones del Director del Fondo Paz, el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto 1081 de 2015 menciona lo siguiente:

“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.”

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

Asimilismo, se debe observar que, todos los contratos que celebre el Fondo Paz se regirán por las reglas del derecho privado, de conformidad con el mandato expreso del 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 se colige 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 interventoría 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.

Es decir, tal y como quedó pactado en el contrato de interventoría, es el DAPRE la entidad que eventualmente podría haber iniciado el proceso sancionatorio de cumplimiento 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 quien no tiene la facultad legal para hacerlo.

Lo anterior, ni siquiera 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 Sala, la Unidad también puede asumir obligaciones relacionadas con el trámite sancionatorio.

(…)”

Por lo anterior, quien eventualmente podría haber iniciado el proceso sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es el Director del DAPRE y no el Director del Fondo Paz pues este último no tiene la virtud de proferir actos administrativos sino que únicamente se le delegó la función de celebrar contratos para el cumplimiento del objeto del Fondo y así suscribir documentos relacionados con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones pactadas. Situación que configuraría una falsa motivación de los actos administrativos toda vez que los actos administrativos fueron emitidos sin la competencia del Fondo paz para ello.

Siendo así, el Fondo Paz no tenía porque desconocer las reglas bajo las cuales se pactó el contrato de interventoría, esto es las reglas del derecho privado ni mucho menos exceder sus competencias y proferir actos administrativos de carácter sancionatorio. Porque en los contratos regidos por el derecho privado impera 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 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.

¹ 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

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”² (negrilla y subrayado por fuera del teto original)”

Bajo este entendido, no es 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 las cláusulas exorbitantes de las que están investidas las entidades públicas regidas por la Ley 80 de 1993 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 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”³

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.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 24639 del 23 de septiembre de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27385 del 9 de julio de 2015, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

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.

Por lo que se puede concluir que, de acuerdo a los postulados normativos y jurisprudenciales para que el Fondo Paz puedan obtener el pago de la cláusula penal, multas y demás por el incumplimiento del contratista deben acudir a la jurisdicción Ordinaria o en su defecto si lo pactaron dentro del contrato, que el proceso sancionatorio de cumplimiento sea adelantado directamente por el Director del DAPRE, entidad sometida al Estatuto de Corrupción, sin embargo en este asunto fue iniciado directamente por el Director del Fondo Paz sin tener las facultades legales para hacerlo.

ALTERNATIVAS DE LA COMPAÑÍA RESPECTO DEL PAGO DE LA CLAUSULA PENAL

En atención a la situación jurídica derivada de la Resolución 1143 de 2022, confirmada mediante la Resolución 1169 de 2022, en la que se ordenó hacer efectiva la cláusula penal por \$86.560.069,97 M/TE, se plantearan dos alternativas viables para enfrentar dicha decisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A continuación, expongo las opciones disponibles para Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., con sus respectivas implicaciones y riesgos.

1. Solicitud de Liquidación, Pago de la Cláusula Penal y Reembolso Mediante Demanda

La primera opción consiste en solicitar al Fondo de Programas Especiales para la Paz (Fondo Paz) la liquidación actualizada de la cláusula penal y proceder con el pago de esta. Posteriormente, se interpondría la demanda, previa audiencia de conciliación, en la cual se solicitaría, como una de las pretensiones, el reembolso del valor pagado por la compañía aseguradora, sustentado en la falta de competencia del Fondo Paz para imponer la sanción y en la falsa motivación de los actos administrativos en mención.

Esta estrategia se justifica para prevenir un eventual proceso de cobro coactivo impulsado por parte del Fondo Paz, para de esta manera, evitar las medidas de ejecución derivadas de éste, que puedan afectar el patrimonio de la compañía. Adicionalmente, al realizar el pago de manera voluntaria, se fortalece la posición de la compañía frente al juez administrativo, al demostrar que ha actuado de buena fe en el cumplimiento de las disposiciones administrativas, pese a estar viciadas.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta alternativa implica un desembolso económico inmediato por parte de la compañía, lo que podría generar un impacto financiero temporal. No obstante, el riesgo de ejecución coactiva y la acumulación de intereses moratorios quedarían mitigados.

2. Presentación de la Demanda con Solicitud de Suspensión Provisional de los Actos Administrativos

La segunda opción consiste en interponer directamente la demanda de nulidad contra las resoluciones en mención, acompañándola de la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos que impusieron la sanción, como medida cautelar. Esta medida cautelar se fundamenta en la apariencia del buen derecho, debido a la evidente falta de competencia del Fondo

Paz para expedir actos administrativos sancionatorios en contratos regidos por derecho privado, así como en la falsa motivación que viciarían los actos impugnados.

No obstante, respecto del requisito del **perjuicio irremediable** necesario para la procedencia de la medida cautelar, es importante señalar que los despachos judiciales, en muchos casos, valoran este aspecto de forma restrictiva. Es decir, podrían considerar que el perjuicio económico derivado de la ejecución del acto administrativo no es lo suficientemente grave o irreversible como para justificar la suspensión provisional. Este escenario genera una incertidumbre respecto a la posibilidad de obtener una decisión favorable de la medida cautelar.

Asimismo, es importante considerar que, en caso de que el proceso judicial iniciado por la compañía resulte desfavorable, los intereses moratorios podrían generarse desde la fecha de ejecutoria de la Resolución 1169 de 2022, mediante la cual se confirmó y dejó en firme la decisión de hacer efectiva la cláusula penal por la suma de \$86.560.069,97 M/TE. Este escenario implicaría una afectación económica adicional para la compañía, incrementando el valor total adeudado.

Consideración final

Ambas alternativas presentan ventajas y riesgos que deben ser evaluados en función de los intereses y las reservas de la compañía. Por una parte, el pago previo de la cláusula penal brinda una solución inmediata al riesgo de ejecución, permitiendo a la compañía enfocar su estrategia en el reembolso del dinero a través del proceso judicial. Por otra parte, la presentación de la demanda con solicitud de suspensión provisional evita el desembolso inicial, pero expone a la compañía a un eventual al pago de intereses moratorios causados desde la ejecutoria de la Resolución 1169 de 2022 en caso de obtener un resultado desfavorable en el escenario judicial. Esto, implicaría una afectación económica adicional para la compañía, incrementando el valor total adeudado.

En este contexto, dejamos a consideración de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. la decisión sobre el curso de acción a seguir respecto del pago de la cláusula penal, reiterando nuestra disposición para brindar el acompañamiento jurídico necesario en cualquiera de las alternativas elegidas.

ANÁLISIS DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

En cuanto al análisis de la caducidad del medio de control, este se encuentra plenamente vigente. De acuerdo con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el cual señala que:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda

La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

*a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;
(...)*

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. (...)"

La Resolución 1143 de 2022, confirmada mediante la Resolución 1169 del 27 de diciembre de 2022 y notificada en audiencia, marca el inicio del término de dos años para que Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. pueda demandar dichos actos administrativos mediante el medio de control de controversias contractuales. En consecuencia, la compañía se encuentra dentro de término y oportunidad para accionar los mencionados actos, pues, el plazo para presentar la demanda o solicitar la conciliación extrajudicial ante la procuraduría, **vence el 27 de diciembre de 2024.**

En conclusión, los argumentos fácticos y jurídicos analizados respaldan la posibilidad de que el juez administrativo declare la falta de competencia del Fondo Paz para iniciar el procedimiento sancionatorio, que culminó con la declaratoria de incumplimiento haciendo efectiva la cláusula penal. Lo anterior, debido a vicios que podrían llevar a la nulidad de la Resolución 1143 de 2022 y la Resolución 1169 de 2022. No obstante, aunque existen considerables probabilidades de obtener un resultado favorable en un proceso judicial, es importante que la compañía considere que el juez podría acoger una interpretación distinta de los hechos y normas aplicables, a falta de jurisprudencia consolidada sobre el tema. Con base en lo anterior, sometemos este análisis a su consideración, sin perjuicio de una mejor opinión.

Cordialmente,


GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA
C.C No. 19.395.114 de Bogotá D.C
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.