

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

## RESOLUCIÓN No. 033-2025

(Enero 24 de 2025)

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO EN  
CONTRA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVO SANCIONATORIA, QUE  
DECLARO EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO OB-088-2023 Y COMO  
CONSECUENCIA SU CADUCIDAD”**

El Director Ejecutivo del **FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL FONPACÍFICO**, en ejercicio de sus atribuciones legales, estatutarias y,

### I. CONSIDERANDO:

Que conforme al artículo 209 de la norma superior establece: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. (...)”*.

En tanto que el artículo 29 de la norma en cita preceptúa que: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)”*.

Por su parte el código del comercio establece en su artículo 822. **APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL.** *“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”.*

El artículo 1602 del Código Civil Colombiano establece “*que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes. Esto significa que no se puede invalidar un contrato a menos que las partes lo acuerden o haya una causa legal*”.

Por su parte los estatutos de la entidad, disponen que el director ejecutivo ejercerá la representación de la entidad. En tanto que el manual único de contratación lo facultad para adelantar el proceso administrativo sancionatorio.

## II. ANTECEDENTES FACTICOS:

1. El Municipio de Pueblo Rico - Departamento de Risaralda, a través de la Resolución 047 de fecha 2 de febrero de 2023, “**POR MEDIO DEL CUAL SE APRUEBA UN PROYECTO DE INVERSIÓN DE FORMA DIRECTA CON CODIGO BPIN NO BPIN 2022665720022, OBJETO: “CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA PARA LA POBLACIÓN DEL MUNICIPIO DE PUEBLO RICO” CON RECURSOS FINANCIADOS C PROVENIENTES INVERSIÓN LOCAL DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS-SGR-, EN EL MARCO DEL DECRETO 1821 DE DICIEMBRE 31 DE 2020”**
2. En el mencionado acto administrativo, se designó como entidad ejecutora a **FONPACIFICO**, por la suma de \$3.076.008.310,88, a la vez que, debía contratar los ejecutores, al igual que la interventoría.
3. En cumplimiento de tal delegación, Fonpacífico selecciono a los contratistas de obra e interventoría, así: i) Asociado Técnico de obra, a través del contrato de obra civil OB- 088-2023, con la firma Inprosos SAS, representada por la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa, suscrito el día 26 de octubre de 2023, por valor de \$2.718.132.486,08, ii) Asociado técnico de interventoría a través del contrato IT – 021-2023 con el señor Liberth David Guzmán Mosquera. Quien con posterioridad suscribiera acta de cesión con el señor Hernán Darío Castaño López el día 24 de noviembre de 2023, por valor de \$356.500.145,39.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

4. Conforme con el cumplimiento de los requisitos de legalización del contrato, se aportó la póliza de cumplimiento CCS 100025642 y RCE CCS 100005403, expedidas por mundial de seguros cuyos amparos y coberturas se encuentran allí descritos, la que fuera aprobada por la entidad el día 21 de noviembre de 2023.
5. Conforme con los extremos del contrato este tuvo como fecha de inicio el día 13 de diciembre de 2023 y fecha de finalización 12 de diciembre de 2024, teniendo un término de duración de 12 meses.
6. Previo cumplimiento del plan de inversión del anticipo, aprobado por la interventoría, con fecha 7 de marzo de 2024, se desembolsó el anticipo a la contratista, por valor de \$1.359.066.243,04.
7. Para hacer el seguimiento y control de la interventoría a cargo de Fonpacífico, se designó como supervisión al ingeniero civil Jheferson Andrés López Valencia.

### **III. ANTECEDENTES Y HECHOS QUE GENERAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO**

Encontrándose en ejecución los contratos, se evidenció una irregularidad en el proceso constructivo, razón por la cual, se solicitó la suspensión de las obras por el término de 1 mes. Para ello, se suscribió el acta respectiva con fecha 12 de marzo de 2024, en la cual se sustentó que:

(...)

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

La presenta suspensión se justifica bajo las siguientes consideraciones.

1. *El municipio de Pueblo Rico (Rlda.) en cabeza de la Secretaría de Planeación municipal, hacen la solicitud de suspensión al proyecto, considerando falencias en el proceso constructivo desarrollado por parte del asociado técnico de obra.*
2. *Se hace un comité de seguimiento el día 11 de marzo del 2024 en el sitio donde se adelanta la ejecución de las obras con presencia del personal de la Secretaría de Planeación municipal, supervisión de FONPACÍFICO, asociado técnico de obra e interventoría, donde se constata que, se presentan falencias en la ejecución de las actividades y, que existe incongruencias de lo realizado hasta la fecha, con los diseños del proyecto.*
3. *Se revisan los diseños nuevamente y se constata que, existen diferencias entre el plano arquitectónico y estructural, a lo cual FONPACIFICO incurre en requerir al consultor del proyecto para darle solución a esto y dejar los diseños definitivo, de manera que pueda ejecutarse de forma adecuada y cumplir el objeto contractual.*
4. *A la fecha, no ha sido expedida la licencia urbanística del proyecto, únicamente se cuenta con la licencia de construcción.*

A través de las actas respectivas se ha venido prorrogando la suspensión del contrato, así; acta No 1 a la suspensión No 1 del 12 de abril de 2024, por termino de 1 mes, acta No 2 a la suspensión No 1 del 12 de mayo de 2024 por el termino de 2 meses, acta No 3 a la suspensión No 1 de fecha 12 de julio de 2024 por el termino de 2 meses, acta No 4 a la suspensión No 1 de fecha 12 de septiembre por el término de 1 mes. Todo ello, dado que no se ha superado los inconvenientes que impulsaron las prórrogas a la suspensión No 1.

Por tratarse de recursos del Sistema General de Regalías, toda la trazabilidad contractual, debe reportarse periódicamente al DNP, en el aplicativo GESPROY, con la cual se hace el control y seguimiento a las ejecuciones.

Advertido lo anteriormente enunciado, en el mes de abril la Subdirección de control y seguimiento del Sistema General de Regalías del Departamento Nacional de Planeación, practicó visita a la obra, dejando varias observaciones, dentro de ellas, advirtió deficiencia de la interventoría.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Atendiendo las observaciones del máximo órgano rector del SGR, se requirió al interventor, por parte del supervisor designado por Fonpacífico a cargo del Ingeniero Jheferson Andrés López Valencia, sobre la vigilancia, control y seguimiento que debía realizar a la obra.

En respuesta, el interventor presentó solicitud de terminación bilateral anticipada del contrato de interventoría, previo reintegro de los recursos desembolsados a título de anticipo, ello se materializó a través del acta de fecha 29 de mayo de 2024, recursos que fueron a su vez, transferidos por parte de Fonpacífico a la cuenta maestra del Ministerio de hacienda, quien administra los recursos del SGR.

Seguidamente, se instalaron varias mesas de trabajo con la administración municipal de Pueblo Rico, funcionarios de Fonpacífico y la asociada técnica de obra, con el fin de buscar soluciones al problema constructivo de las viviendas. En tanto que, se extendió una consulta a la firma que realizó la consultoría, para que determinará si el proceso constructivo cumplía con los estudios y diseños formulados. La respuesta tajante es que no, razón por la cual recomendó la demolición de las viviendas construidas.

A partir de esta comunicación, se han realizado varios requerimientos a la Asociada técnica de obra, esto es, la Ingeniera Paola Andrea Buitrago Espinosa, representante legal de Ingeniería y Proyectos Sostenibles SAS, con el fin de que atienda los requerimientos que se le han realizado, a efectos, de responder por la obra, ello mediante oficios de fecha 17 de mayo de 2024; 19 de septiembre de 2024, oficio CE 687 del 17 de octubre 2024 y oficio CE 728 del 1 de noviembre de 2024, este último con el cual se comunica el inicio del proceso administrativo sancionatorio. (los cuales hacen parte de la foliatura).

Sobre la comunicación del mes de noviembre, remitió la representante legal de la sociedad Ingeniería y Proyectos Sostenibles S.A.S, un escrito solicitando la liquidación del contrato y devolución de los recursos girados a título de anticipo, no obstante, Fonpacífico haber proyectado el acta respectiva, esta no ha sido firmada, mucho menos haber hecho devolución de los recursos.

Por tal razón, en fecha 1 noviembre hogaño, se remitió a través del buzón del correo electrónico un comunicado a la compañía de seguros garante del contrato, informando sobre la situación que venía aconteciendo con la obra. Derivado de ello, Mundial de Seguros designó un profesional, al Ingeniero de riesgos Daniel Esteban Álvarez Mansilla, quien entendemos tomó contacto con la tomadora de la póliza, la señora Buitrago Espinosa, sin embargo, este remitió escrito informando a la entidad que se debía realizar el trámite legal, conforme al artículo 1077 del Código del Comercio.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Atendiendo a todo lo anteriormente expuesto, el supervisor, suscribió informe del estado de la obra y las irregularidades advertidas, evidenciando el mal proceso constructivo de las viviendas.

Conforme con las conclusiones entregadas en el informe, indica el Ingeniero López Valencia, en calidad de supervisor que el plan de inversión del anticipo, fue mal invertido.

Dándole alcance a la póliza de cumplimiento, los amparos y coberturas, corresponden al:

- i) Buen Manejo del anticipo, cuyo cubrimiento va desde las 00 horas del día 12 de abril de 2024 hasta las 24 horas del día 15 de julio de 2025. Con un amparo por un valor de \$1.359.066.243,04.
- ii) Cumplimiento, cuyo cubrimiento va desde las 00 horas del día 12 de abril de 2024 hasta las 24 horas del día 15 de julio de 2025, Con un amparo por valor de \$407.719.872,91

Se define entonces que, en el mecanismos de cobertura del riesgo, se entiende por el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

En tanto que, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo es una cobertura que se expide dentro de la garantía única de cumplimiento. La Entidad Estatal debe solicitar el amparo cuando en los documentos del proceso hayan contemplado la entrega al contratista de un dinero en calidad de anticipo. Lo anterior, teniendo en cuenta que el anticipo es dinero que entrega la Entidad Estatal al contratista en calidad de préstamo con el objeto de que este último lo invierta única y exclusivamente en la ejecución del contrato. El amparo de buen manejo y correcta inversión el anticipo cubre a la entidad contratante de los perjuicios sufridos como consecuencia de los siguientes riesgos:

No inversión del anticipo. Uso indebido del anticipo. Apropiación indebida del anticipo.

El valor asegurado del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe ser del ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

anticipo, ya sea en dinero o en especie. Esta cobertura debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo.

Esta cobertura debe solicitarse en todos los contratos en donde pacten el desembolso de un anticipo, como por ejemplo en los contratos de obra.

De ahí que la devolución del pago a título de anticipo cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago, cuando a ello hubiere lugar.

Por su parte el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato, cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

#### **IV. CLAUSULAS, NORMAS PRESUNTAMENTE INCUMPLIDAS Y SU FUNDAMENTO:**

Ahora bien, el negocio jurídico suscrito entre Fonpacífico y la firma Ingeniería y Proyectos Sostenibles SAS, representada por la Señora Paola Andrea Buitrago Espinosa, contenido en el contrato OB-088-2023 indica en su clausulado que:

**“(…) CLAUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO DE OBRA Y FORMA DE PAGO: El valor del contrato ha sido convenido en la suma de DOS MIL SETECIENTOS DIECIOCHO MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL CUATROSCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CONOCHO CENTAVOS (\$2.718.132.486,08) MCTE. Que serán cancelados así: ANTICIPO: Equivalente al (50%), para lo cual se deberá constituir una FIDUCIA, presentación del plan de inversión del anticipo, presentación y aprobación de la garantía de cubrimiento de los diferentes amparos, flujo mensual de inversión del proyecto, evidencia de instalación de la valla informativa y la suscripción del acta de inicio ...”**

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

**CLAUSULA QUINTA: PLAZO Y CRONOGRAMA DE OBRA:** FONPACIFICO ha pactado con el asociado técnico para el cumplimiento del contrato de obra un término de **DOCE (12) MESES**, contados a partir de la suscripción del acta de inicio ...”.

**CLAUSULA SEXTA: GARANTÍA UNICA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO:** En cumplimiento de lo establecido en la ley o disposiciones especiales vigentes y con el reglamento único de contratación de FONPACIFICO, EL ASOCIADO TECNICO seleccionado deberá presentar la suscripción del contrato de una garantía única de cumplimiento (...) **BUEN MANEJO Y BUENA INVERSIÓN DEL ANTICIPO:** Por una cuantía equivalente al 100% del valor del ANTICIPO desde el perfeccionamiento de este hasta el término de sus vigencias a sus prórrogas según el caso u cuatro (4) meses más. **CUMPLIMIENTO:** Por una cuantía equivalente al 15% del valor del contrato desde el perfeccionamiento de este hasta el término de sus vigencias a sus prórrogas según el caso y cuatro (4) meses más.

**CLAUSULA DECIMOSEGUNDA: RESPONSABILIDAD:** El asociado técnico es responsable por el cumplimiento del objeto establecido en la cláusula primera del presente contrato. El asociado técnico será responsable por los daños que ocasionen sus empleados y/o consultores, los empleados y/o consultores de sus subcontratistas, a FONPACIFICO y al Municipio de PUEBLO RICO – RISARALDA, en la ejecución del objeto del presente contrato. Ninguna de las partes será responsable frente a la obra o frente a terceros por daños especiales, imprevisibles o daños indirectos, derivados de fuerza mayor o caso fortuito de acuerdo con la ley.

**CLAUSULA DECIMOTERCERA: CADUCIDAD:** FONPACIFICO mediante Resolución motivada, podrá declarar la caducidad del contrato, si el asociado técnico incurre en cualquier de las causales de caducidad previstas en la ley, dando por terminado el contrato y ordenado su liquidación en el estado en que se encuentra.

**CLAUSULA DECIMOCUARTA: PENAL PECUNIARIA:** En caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones a cargo del asociado técnico o de declaratoria de caducidad del contrato, FONPACIFICO podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen, sin perjuicio

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*del derecho a obtener del Asociado Técnico y/o de su garante el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. El Asociado Técnico autoriza a FONPACIFICO a descontarle, de las sumas que le adeuden, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, FONPACIFICO podrá obtener el pago de la pena de apremio mediante reclamación de pago ante la compañía de seguros, dentro del amparo de cumplimiento otorgado con la garantía única. El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total del contrato. La aplicación de la pena pecuniaria establecida en el presente numeral deberá estar precedida del procedimiento establecido en el numeral 3.14.3 del Término de Referencia y culminará, en cualquier caso, con la expedición de un acto administrativo motivado. El acto administrativo, además, declarará el incumplimiento definitivo de las obligaciones y, según corresponda, la terminación o caducidad del contrato.*

**CLÁUSULA DECIMOQUINTA: MULTAS: POR RETRASOS MENORES: (...)** **MULTAS POR INCUMPLIMIENTO O RETRASO MAYOR:** *En caso de mora en el cumplimiento de la programación de la obra superior a diez (10) días calendario y/o en caso de mora en el cumplimiento de las demás obligaciones a cargo del Asociado Técnico, FONPACIFICO le impondrá una multa equivalente al 0.1% del valor total del contrato (sin reajustes) por cada semana de mora adicional a las tres iniciales, en el primer caso, o simplemente por cada semana de mora en los demás eventos. En caso de que el monto de las multas previstas en este numeral supere el diez por ciento (10%) del valor del contrato, FONPACIFICO podrá declarar la caducidad del mismo, en los términos establecidos en el Término de Referencia y en la Ley. El simple retardo imputable al Asociado Técnico a dará origen al pago de las multas previstas en este numeral, sin necesidad de requerimiento alguno para constituirlo en mora. El Asociado Técnico autoriza a FONPACIFICO para que descuenta, de las sumas que le adeude, los valores correspondientes a la multa por incumplimiento o retraso mayor, una vez los mismos se causen. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, FONPACIFICO podrá obtener el pago total o parcial de la multa mediante reclamación de pago ante la compañía de seguros, haciendo efectivo el amparo de cumplimiento otorgado con la garantía única. No obstante, en el evento en que, a pesar de la mora y de la acusación y efectividad de la correspondiente multa, el Asociado Técnico*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*logre entregar la totalidad de las obras objeto del contrato en perfecto estado de funcionamiento dentro del plazo máximo de ejecución del objeto contractual, y si, de otro lado, ha cumplido con la totalidad de las demás obligaciones a su cargo, derivadas del presente contrato, FONPACIFICO podrá acordar con el Asociado Técnico, en el acta de liquidación del contrato, la reducción del valor total de las multas que aún se encuentre pendientes de pago, hasta en un cincuenta por ciento (50%).*

**CLÁUSULA DECIMOSEPTIMA: INDEMNIDAD.** *El asociado técnico mantendrá indemne y libre al FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL FONPACIFICO Y EL MUNICIPIO DE PUEBLO RICO - RISARALDA, de todo reclamo, demanda, acción legal, costos y reivindicación de cualquier clase, incluyendo los perjuicios, daños o lesiones causadas a personas o propiedades de terceros por la acción u omisión en la ejecución del contrato”.*

Conforme con las estipulaciones descritas, aceptadas con la firma del contrato y avaladas con la póliza de cumplimiento a la cual ya se hizo referencia, es que podríamos arribar a la conclusión que, existe al parecer un incumplimiento de las obligaciones contractuales al haber ejecutado el proceso constructivo distante de los diseños, como se ilustra en el informe rendido por el supervisor de Fonpacífico. En tanto que, el pago realizado a título de anticipo tuvo una inversión inadecuada, desviada de la realidad formulada a través del contrato.

En síntesis y frente a la responsabilidad por el presunto incumplimiento, no cabe duda que hasta lo aquí desarrollo, al no haberse dado estricto cumplimiento al objeto y los deberes contractuales descritos, esto es, “**CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.** *El ASOCIADO TÉCNICO, de acuerdo con su oferta y de conformidad con lo establecido en la propuesta presentada, la cual hace parte integral de este contrato, se obliga por su cuenta y riesgo a realizar los siguientes trabajos necesarios para la ejecución de “CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA PARA LA POBLACIÓN DEL MUNICIPIO DE PUEBLO RICO”. CLÁUSULA SEGUNDA: ALCANCE DEL CONTRATO: La descripción general que comprende actividad, unidad de medida, cantidad, valor unitario y costo total por cada actividad, se describe en el siguiente cuadro (...).* Se hace referencia al cuadro que contiene el presupuesto de obra. Si que estaríamos en presencia de un presunto incumplimiento del contrato.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Por tanto, la cantidad de las viviendas que debía construirse, corresponde a 18, sin embargo, en el avance que se realizó de la obra, se construyeron 4, las cuales no cumplen con el rigor técnico planteado en los estudios y diseños. Luego es lo que se enrostra como incumplido y lo que origina que el recurso pagado a título de anticipo hoy no tenga respaldo y se vea afectado por una mala inversión de este recurso y sea el fundamento de los reiterados requerimientos a la firma contratista (asociada técnica de obra) para que hiciera la devolución de los mismos, lo cual no ha ocurrido hasta la fecha, como tampoco se presentó un Informe de la ejecución obra, mucho menos el reporte financiero de la inversión del anticipo, como tampoco las evidencias de que el anticipo estuviera a buen recaudo. Ahora bien, en virtud del manual de contratación de la entidad, se tiene que, conforme con los antecedentes contractuales, se deriva un presunto incumplimiento al objeto, alcances y obligaciones del contrato de obra, en tanto, que se hizo necesario a través de la resolución 349 expedida el 18 de diciembre de 2024, dar apertura a la actuación administrativa sancionatoria y fijar fecha para llevar a cabo la audiencia respectiva, esto fue para el 30 de diciembre de 2024, con el fin de garantizar los derechos de audiencia y defensa de la citada y convocar a la compañía de seguros como garante del contrato de obra, esto es, mundial de seguros, previa comunicación como requisito, que se realizó el día 19 de diciembre de 2024, de lo cual existe prueba del envío, así:

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

19/12/24, 5:28 p.m. DreamHost Webmail :: RESOLUCIÓN No. 349-2024 POR MEDIO DE LA CUAL SE DA INICIO A ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA Y SE CITA PARA AUDIENCIA POR...

**RESOLUCIÓN No. 349-2024 POR MEDIO DE LA CUAL SE DA INICIO A ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA Y SE CITA PARA AUDIENCIA POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES**

De Fonpacífico <info@fonpacífico.org>

Destinatario <dmayorga@segurosmondial.com.co>, <daalvarez@segurosmondial.com.co>, <siniestroscumplimientoyrc@segurosmondial.com>, <juridico@ingenieriayproyectosostenibles.com.co>, <inprosos@gmail.com>

Fecha 2024-12-19 17:27

 Informe de liquidación - OB-088-2023.pdf (~1.9 MB)
 Resolución Inicio Actuación Administrativa Sancionatoria.pdf (~14 MB)

 Comunicación incumplimiento OB-088-2023.pdf (~7.8 MB)

Cordial saludo.

Nos permitimos notificar resolución de apertura "POR MEDIO DE LA CUAL SE DA INICIO A ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA Y SE CITA PARA AUDIENCIA POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES" y citación a audiencia el día 30 de diciembre de 2024 a las 9 de la mañana en las instalaciones de FONPACIFICO por el incumplimiento del objeto, alcance y obligaciones del contrato de obra OB-088-2023. En dicha diligencia podrán comparecer asistidos de apoderados, si así lo desea, donde podrá ser escuchado, ejercer el derecho de contradicción, aportar y solicitar pruebas.

Atentamente.



Se acompaño con el acto administrativo, las siguientes evidencias probatorias: i) Comunicación del incumplimiento 61 folios, ii) Informe de liquidación en 15 folios, iii) Resolución que da Inicio a la Actuación Administrativa en 119 folios.

Atendiendo al contenido de las irregularidades advertidas, conforme a las actas de visita realizadas en dos momentos, así: i) La practicada en el mes de marzo de 2024 en compañía de funcionarios de la administración municipal de Pueblo, la asociada técnica de obra y la supervisión, quienes evidenciaron los problemas constructivos, ii) La visita realizada por funcionarios de Planeación Nacional del Sistema General de Regalías, el 4 de abril de 2024, quienes dejaron observaciones poniendo de presente de igual manera el yerro en el proceso constructivo.

El acta de suspensión No 1 realizada al contrato y sus prórrogas en las cuales se dejó consignado la causa para ello, cual fue el mal proceso constructivo.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23  
Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.  
Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.  
info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 <hr/> Página 1 de 55

El informe rendido por el Ingeniero Jheferson Andrés López Valencia, supervisor designado por Fonpacífico, el cual da cuenta de que las viviendas construidas no guardan armonía con los estudios y diseños derivados de la consultoría.

La visita realizada por el profesional de la ingeniería en el mes de diciembre, es claro en determinar que las cuatro viviendas construidas en el predio, no tiene soporte en la norma técnica de construcción. Razón por la cual, deben ser demolidas y dicho valor invertido no será reconocido. Además de agregar que las actividades ejecutadas varias de ellas no son coherentes con las especificaciones técnicas entregadas al momento de dar inicio a la ejecución de la obra. Entre otros el planteamiento, el replanteo, el levantamiento topográfico, en fin varias situaciones que afectaron el desarrollo del proyecto, lo cual ha generado que no pueda reiniciar las labores, a más de haberse generado desde la **Subdirección de Control del Sistema General de Regalías – Departamento Nacional de Planeación**, la apertura del proceso administrativo sancionatorio, que derivó en la suspensión de los giros al proyecto, medida previa tomada, precisamente al advertir esta Entidad el inadecuado proceso constructivo y como consecuencia la mala inversión de los dineros girados a título de anticipo.

No obstante, lo anterior, los recursos girados al asociado técnico de obra a título de anticipo, por valor superior a los \$1.359 millones de pesos, han sido mal invertidos, precisamente porque el proceso constructivo no cumple con lo dispuesto con la consultoría, que previamente se contrató para que hiciera parte de la formulación del proyecto en la MGA de regalías.

Por estas razones, desde el mes de mayo, se dio noticias a la asociada técnica de obra, para que atendiera esta situación, aunque la propia representante legal de la firma ejecutora hizo hecho presencia en las visitas técnicas realizadas en el mes de marzo y abril de al año 2024, luego conocía los reparos que se hacían a la construcción.

Para acreditar este presupuesto, basta con revisar el acta de suspensión que contiene en ese sentido la justificación. Con posterioridad fue requerida, reiterándose en varias oportunidades estas solicitudes con el fin de que, enviara la información relacionada con la ejecución, tales como balances de obra, balances financieros, reportes de los saldos en cuenta, e incluso hasta solicitarle copia del extracto, para verificar que los recursos estuvieran en su poder, sin haber obtenido respuesta alguna, no obstante, la contratista peticiono ante Fonpacífico la confección de un acta de terminación y liquidación bilateral anticipada del contrato con la devolución de los recursos girados a título de anticipo, la cual fue remitida por los canales digitales a la representante legal de Ingeniería y Proyectos Sostenibles, la cual nunca fue suscrita, como tampoco hizo entrega de los recursos constitutivos del 100% del anticipo girados.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Para ello, y a continuación se demuestra a través del pantallazo el envío al correo electrónico de nuestra entidad del oficio respectivo, con fecha noviembre 21 de 2024:



Ahora bien, es importante recordando que el anticipo es un préstamo que la ley autoriza realizar al contratista de obra, para dar inicio a la ejecución, valor que a medida que se avanza en la construcción se conforma los porcentajes de ejecución de la obra que serán plasmados en las actas parciales de pago, las cuales amortizarán el anticipo en la medida que sean autorizadas por la interventoría.

Pero como se puede evidenciar en este caso, los porcentajes de ejecución no pueden ser aprobados dadas las deficiencias en el proceso constructivo, luego, deberán ser demolida las obras construidas y hacer una devolución de estos recursos al Sistema General de Regalías.

En tanto que lo preocupante es el hecho de que la inversión realizada en el proyecto, la cual a propósito y en voces del supervisor, no asciende a la suma mayor de 150 millones de pesos, Entonces nos cabe la pregunta, *¿dónde está el resto de los recursos girados a título de anticipo a la contratista?*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

La respuesta está a cargo de la representante legal de la firma ejecutora, esto es, la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa, quien entre otras cosas, hasta hoy no ha brindado explicación alguna sobre estas novedades, que afectan el correcto desarrollo o ejecución de la obra.

En sumo, tenemos que el valor del anticipo que ascendió a la suma de \$1.359.066.243,04., hoy no tiene respaldo alguno de su adecuada inversión en el proceso constructivo de las viviendas, que es el objeto del contrato en comento. Y lo utilizado que asciendo a una suma menor que no llega a los 150 millones de pesos, según cuantía determinada por la supervisión, no puede ser aprobada, por cuanto contraviene los diseños aprobados por la consultoría.

Entonces, tenemos de esta manera que, si se evidencia un mal proceso de construcción de las viviendas, indica que hubo una mala inversión del anticipo desembolsado a la ejecutora de la obra, luego, estaría demostrado el perjuicio ocasionado como consecuencia de un detrimento al patrimonio, que indiscutiblemente debe ser reparado, es decir, se debe hacer una devolución de los recursos al sistema general de regalías, de donde provienen los recursos. Sin embargo, en reiteradas oportunidades se ha requerido a la representante legal de la firma contratista, expresándole la necesidad que brinde la información de la inversión realizada, toda vez, que la obra adolece del rigor técnico, como también ofreciéndole salidas amigables, concertadas a la difícil situación, pero nunca ofreció explicación alguna, o hizo entrega de tales evidencias, o la devolución de los recursos públicos girados.

En este punto se hace necesario, recordar que siendo el contrato ley para las partes, en su desarrollo se establecen todas las condiciones contractuales, pactándose a través del clausulado. Como vemos existen unas obligaciones contraídas, descritas en el objeto, los alcances, los extremos contractuales, por ello se asumen unos deberes, expuestos en términos de cumplir con esas condiciones del negocio jurídico, lo cual a las claras evidencian un posible incumplimiento. Veamos por ejemplo, si la responsabilidad asumida en el contrato es la construcción de 18 vivienda para la comunidad del municipio de Pueblo Rico, dándole alcance al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, *"como es promover la prosperidad"*, a través de la soluciones de las necesidades, como es el suministro de vivienda digna, y esto no se logró por un error, irregularidad cometida por la contratista seleccionada para coadyuvar en el cumplimiento de tales propósitos, habida cuenta que el proceso constructivo realizado al momento de la intervención del proyecto con la suspensión, llevaba 4 casas construidas, sin embargo, estas no cumplen

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

con el rigor técnico, menos con los diseños, en tanto que por supuesto que se malogro el recurso y de paso se incumplió el contrato.

En estas circunstancias, el negocio jurídico en sus cláusulas consagra las consecuencias de estar incursos en estas conductas, las cuales conlleva a la imposición de las sanciones respectivas. En este caso, a la sanción pecuaria, a lo cual ya se hizo alusión en acápite introductorio de los antecedentes fácticos.

Descendiendo de esta manera, a la responsabilidad atribuida a la contratista, no es menor el reparo que se hace, por cuanto se hizo una mala utilización del recurso público, una mala inversión del desembolso del anticipo, por lo que le corresponde la obligación de indemnizar o reparar el daño ocasionado. Y para ello está la garantía que respalda el contrato, a través de la póliza de cumplimiento CCS 1000025642, que fue otorgada por la compañía seguros mundial, la cual ampara los perjuicios derivados del buen manejo del anticipo y del rubro que protege precisamente el incumplimiento del contrato, que es lo que no aconteció en este caso.

En este orden de ideas, los deberes obligacionales contenidos en el bilateral, dan cuenta que le corresponde al ejecutor de la obra, esto es, el asociado técnico de obra conforme con la **cláusula segunda: B) OBLIGACIONES DEL ASOCIADO TECNICO:** "... 1. *Cumplir el objeto del contrato, ejecutando y entregando la obra contratada de acuerdo con los criterios de calidad exigibles, los diseños, los planos y las especificaciones de construcción que hacen parte del Término de Referencia, con sujeción a los precios unitarios estipulados y dentro del plazo establecido. Además, deberá entregar informes semanales y mensuales para revisión del avance por parte del asociado técnico interventor y el supervisor del contrato*". 21) Utilizar los diseños, planos, estudios técnicos y especificaciones de construcción requeridas por FONPACIFICO, únicamente para el desarrollo del objeto contractual, sin que por ello se entienda conferido algún derecho de propiedad intelectual. Su entrega, en ningún caso, se entenderá como cesión de derechos o licenciamiento. **Cláusula quinta: PLAZO Y CRONOGRAMA DE OBRA:** FONPACIFICO ha pactado con el Asociado Técnico para el cumplimiento del Contrato de Obra un término de **DOCE (12) MESES**, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, de conformidad con el cronograma de obra suministrado por el Asociado Técnico. **PARÁGRAFO.** La fecha de terminación del plazo de ejecución de la obra es la fecha en la cual se suscriba el acta de recibo final. Para que se pueda suscribir el Acta de Recibo Final, el Asociado Técnico debe cumplir a cabalidad con los compromisos y obligaciones contenidos en el presente Contrato..."

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

Ahora bien, revisadas las cifras financieras de la obra, se puede avizorar que, a la ejecutora de la obra, se le hicieron los desembolsos necesarios, con los cuales atendió las necesidades que requiera la obra, para sufragar los costos en cuanto a la compra de materiales, alquiler de herramientas y maquinaria, mano de obra. En este sentido es importante advertir que el contrato conforme con el presupuesto, requería el contratar un equipo de profesionales, como son un director de obra, residente, entre otros, los cuales debían rendir los informes respectivos de las ejecuciones realizadas. Sin embargo, esto no se realizó, pues al parecer no se contó con el personal calificado para el desarrollo de la obra, lo cual se puede evidenciar en las dificultades constructivas, las cuales fueron realizadas sin rigor técnico, sin consultar los estudios y diseños, los planos, lo que a la postre generaron los errores en la mampostería, la combinación de dos sistemas constructivos que no está habilitado o aprobado por la norma técnica. Sobre ello, ampliamente es tratado en el informe elaborado por el supervisor designado por Fonpacífico. Del cual se les dio traslado como un medio de prueba documental.

En ese sentido, fue requerida por parte del contratante a la contratista, a efectos, de que remitiera los balances de obra, financiero, memorias de cálculos, informes de ejecución del plan mensual de inversión del anticipo o el estado de los recursos girados a título de anticipo, lo cual nunca fue atendido ni se materializó con un escrito o remisión de la información tantas veces solicitada.

Más aún, retomando el hilo de las evidencias que, sirven de soporte al cargo que se le enrostra de mal e inadecuado proceso constructivo, se encuentran las evidencias fotografías de la construcción, que se encuentran insertas en el informe rendido por el supervisor, las cuales dan cuenta que la obra fracasó, por cuanto el proceso constructivo no se aviene a los diseños suministrados para la construcción de las viviendas, por el contrario, se dio inicio al proceso constructivo, sin tener en cuenta estos estudios y ejecutaron por cuenta y riesgo la obra, sin técnica constructiva, ocasionando que hoy la obra se suspendiera, alterando ostensiblemente el cronograma de la obra, en punto de tener que demoler lo construido, con el demérito económico del recurso público, al haberse invertido de manera inadecuada. Como consecuencia se tiene hoy un incumplimiento del objeto y de los alcances del contrato.

En contraste con lo hasta aquí expuesto, es claro que posiblemente, se estén vulnerando la cláusula decimosegunda: **RESPONSABILIDAD:** El Asociado Técnico es responsable por el cumplimiento del objeto establecido en la cláusula primera del presente contrato, en tanto, corresponde al alcance contenido en el presupuesto, descrito en ítem, actividades, cantidades de obra y las obligaciones a su cargo ya citadas en apartado anterior. Decimotercera: **CADUCIDAD:** FONPACIFICO mediante Resolución motivada,

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

podrá declarar la caducidad del contrato, si el Asociado Técnico incurre en cualquiera de las causales de caducidad previstas en la ley ...”Cláusula decimocuarta: PENAL PECUNIARIA: en caso de incumplimiento definitivo, de las obligaciones a cargo del Asociado Técnico o de la declaratoria de caducidad del contrato, FONPACIFICO podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria ...” Cláusula decimoquinta: “... MULTAS POR INCUMPLIMIENTO O RETRASO MAYOR: En caso de mora en el cumplimiento de la programación de la obra superior a diez (10) días calendario y-o en caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Asociado Técnico, FONPACIFICO le impondrá una multa ...”.

En este orden de ideas, y guardando el respeto por el debido proceso y el derecho de contradicción que le asiste a la contratista, son claros y así se encuentra acreditado los posibles incumplimientos ya descritos, con lo cual, y de no lograr desvirtuarlos, se hará acreedor a las sanciones económicas contenido en las cláusulas del contrato, a la declaratoria del incumplimiento del mismo y como consecuencia a la caducidad del mismo, afectando de contera la póliza que garantiza el cumplimiento a través de la póliza CCS 1000025642 otorgada por seguros mundial.

Por su parte, debemos indicar que la prueba en la que descansa el aludido posible incumplimiento, se acredita con las actas de visita realizadas por los órganos de control, acta de suspensión y sus prorrogas, el informe rendido por el supervisor designado por Fonpacífico que da cuenta de las irregularidades cometidas en el proceso constructivo de las casas.

## **V. INICIO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO:**

Que con fundamento en lo descrito en las actas, los demás medios de prueba y el informe rendido por el supervisor del contrato de obra OB-088-2023, que obran en la foliatura, esta Entidad dio traslado a la compañía de seguros mediante la comunicación del presunto incumplimiento, en tanto que mediante resolución 349 de 2024 dio apertura al trámite de presunto incumplimiento, remitiendo a la seguros mundial y la Representante legal de la firma contratista de obra la citación a la audiencia, esto es, el 19 de diciembre de 2024 a través de los buzones de los correos electrónicos respectivamente, lo cual quedo acreditado.

Que en la citación, la diligencia fue programada para iniciar el lunes 30 de diciembre de 2024, desde las 09:00 a.m., de manera presencial en las instalaciones de Fonpacífico o de manera virtual a través de la plataforma meet, en virtud de lo señalado

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

expresamente en el manual único de contratación, que determina que Fonpacífico convocará a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

## **VI. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO:**

Que según lo dispuesto en el manual de contratación, en armonía con lo pactado en el Contrato de obra, Obra OB-088-2023 suscrito entre Fonpacífico con la sociedad Ingeniería y Proyectos Sostenibles S.A.S., el 26 de octubre de 2023, cuyo objeto es: “CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA PARA LA POBLACIÓN DEL MUNICIPIO DE PUEBLO RICO”, con la citación a la audiencia se dio apertura formal al correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. En tanto que el día 30 de diciembre de 2024 a través de la herramienta meet, siendo las 09:00 horas, se procedió a dar inicio a la correspondiente audiencia.

En desarrollo de la audiencia y en calidad de director ejecutivo y en asocio del abogado Jhon Alexander Hurtado Arce, oficiando como secretario, se dio por instalada la diligencia, para ello se reconoció la presencia de las partes convocadas, esto es, la señora Paula Andrea Buitrago Espinosa identificada con la cédula de ciudadanía 42.146.122 expedida en Pereira, quien exhibió a la cámara su documento de identificación, a cual actúa como Representante Legal de la firma contratista de obra, quien indicó al Despacho que otorga poder a la profesional del derecho Sandra María Vásquez Castiblanco, quien se identifica con la cedula de ciudadanía 1.072.492.096 y tarjeta profesional 360.300 expedida por el C. S de la Judicatura, A quien se le pregunta si el poder es solo para la presente diligencia o para la atención de todo el proceso. Quien manifiesta que es solo para la audiencia. Por parte de la garante, esto es, Seguros Mundial comparece con poder el doctor JUAN PABLO CALVO GUTIERREZ, quien se identifica con la cedula de ciudadanía 1.088.310.060 de Pereira y Tarjeta profesional 399.063 expedida por el C. S de la Judicatura, por sustitución de poder que hiciera el apoderado general de la compañía doctor GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, para tales efectos, se aporta copia de la escritura pública No 13771 del 1 de diciembre de 2014 otorgada en la notaría 29 del círculo de Bogotá, certificado de existencia y representación legal y la sustitución del poder, con las facultades inicialmente conferidas. Los cuales exhibieron los documentos de identificación para el registro respectivo. A quienes se les reconoció personería para actuar.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Acto seguido, se interroga a los convocados si previo a la audiencia, fueron notificados a los correos electrónicos del acto administrativo y sus anexos. La ingeniera Paola Andrea Buitrago Espinosa, expresa que sí, y también quiere aclarar que se hace mención de la empresa INPROSOS SAS, la cual no tiene registro alguno, pues se trata de Ingeniera y Proyectos Sostenibles S.A.S.,. El apoderado judicial de la garante manifiesta que previamente fueron notificados y recibieron el escrito y sus anexos. Se interroga a los asistentes si consideran necesario dar lectura al acta o si por economía procesal, concedemos el uso de la palabra en primera instancia a la Ingeniera Paola. Solicita el uso de la palabra la representante legal de la firma ejecutora, para expresar que sí que se de lectura. Así las cosas el despacho, procede a dar lectura de la resolución en los siguientes términos:

Se inicio dando lectura a la resolución 349 de fecha 18 de diciembre de 2024, por medio de la cual se da inicio al procesos administrativo sancionatorio y se cita a audiencia, estando en la lectura del acto administrativo, solicita el uso de la palabra la ingeniera Paola para manifestar que la abogada se desconectó y que requiere estar asistida de su apoderada. Por tal razón se suspende la audiencia a efectos de que la convocada tome contacto con la apoderada por espacio de un minuto. Transcurrido cinco minutos se reinicia la audiencia, manifestando la Ingeniera Paola que no contesta su abogada, solicitando un aplazamiento de la audiencia. En primera instancia se indica que se reprograma para el día 3 de enero de 2025, sin embargo, la Ingeniera solicita que se amplie hasta el día 7 de enero. Para adoptar la decisión se suspende unos minutos la audiencia. Luego de reiniciada la misma se accede a la solicitud. Para ello, se suspende la presente audiencia para ser reanudada el día 8 de enero de 2025 a las 9 am de manera presencial, para evitar las dificultades técnicas. Se le da traslado al apoderado de la compañía de seguros, quien manifiesta que, no tiene problema para asistir el día que se programé la audiencia, no obstante, coadyuva la solicitud de la Ingeniera en el sentido de que se conceda la suspensión, hasta la fecha solicitada. Para ello, entonces, se suspende la audiencia y se convoca para el día 8 de enero de 2025 en forma presencial a las 9 am. En estas circunstancias se da por terminada, agradeciendo la asistencia de las partes. Se deja constancia que la presente audiencia se registró en audio y video, que hará parte de la presente acta.

Seguidamente el día 8 de enero de 2025, siendo las 09:00 horas, se da reinicio a la audiencia, en tal sentido se hizo la instalación de la misma, por parte del director ejecutivo, quien se hizo acompañar del abogado Jhon alexander Hurtado Arce, quien oficia como secretario de la misma. Se pide autorización de los asistentes para grabar la audiencia, los cuales dan su autorización para ello.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Acto seguido hacen la presentación los asistentes, en su orden, la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa, quien se idéntico con la cedula de ciudadanía 42.146.122 expedida en Pereira, la cual no exhibió su identificación por haberlo hecho en la audiencia anterior. Comparece de manera presencial, la cual actúa como Representante Legal de la firma contratista de obra, quien indicó al despacho que su abogada atenderá la audiencia de manera virtual. Acto seguido se suspende la diligencia por unos minutos para generar el link a la profesional del derecho. Estando presente en la sala de audiencia, hace presentación la doctora Sandra María Vásquez Castiblanco, quien se identificó con la cedula de ciudadanía 1.072.492.096 y tarjeta profesional 360.300 del C. S de la Judicatura, quien acepta el poder otorgado en audiencia por la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa, representante legal de la firma Ingeniería y Proyectos Sostenibles S.A.S. para intervenir en la presente audiencia. Por parte de la garante seguros mundial, con poder la doctora Camila Andrea Cárdenas Herrera, identificada con la cedula de ciudadanía 1.085.332.415 de Pasto – Nariño y Tarjeta profesional 368.057 expedida por el C. S de la Judicatura, con sustitución de poder que hiciera el apoderado general de la compañía doctor GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, para tales efectos, se aporta copia de la escritura pública No 13771 del 1 de diciembre de 2014 otorgada en la notaría 29 del círculo de Bogotá, certificado de existencia y representación legal y la sustitución del poder, con las facultades inicialmente conferidas. Por tal razón se le reconoce personería para actuar.

Se inicio continuando con la lectura de la resolución 349 de fecha 18 de diciembre de 2024, por medio de la cual se da inicio al procesos administrativo sancionatorio y se cita a audiencia, en estos términos, y para efectos de retrotraer la lectura, lo haremos desde el capítulo II.

Concluida la lectura de la resolución, **se concede el uso de la palabra a la doctora Sandra apoderada de la firma contratista, con el fin de que presente sus argumentos defensivos.**

Entonces, no sé quién en ese estado la diligencia quiera asumir la vocería ingeniera. Contesta que la doctora Sandra.

Entonces, doctora Sandra, tiene el uso de la palabra.  
Claro que sí Gracias.

“Bueno, pues sí me surgen ciertas causales dentro de la resolución que se acabó de leer, pues dentro del proceso que se surte frente al presunto incumplimiento contractual dentro del contrato del asunto y la aplicación de la cláusula pecuniaria, pues estamos frente a

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

un contrato que en la actualidad está suspendido y del cual en su momento se surtieron diferentes etapas en la fase contractual y de ejecución que no permitieron generar las mejores condiciones frente al desarrollo del contrato objeto de la presente audiencia, si bien se han generado los requerimientos por parte de la entidad contratante siempre hemos estado para atenderlos mismos, es por ello, en estos momentos no se generó ningún incumplimiento que nos permita denotar la existencia misma de esos extremos generadores de alguna conducta que se pueda presumir en su momento.

Por ello, en el desarrollo mismo de la suspensión del contrato, se ha solicitado de manera específica o Fonpacífico, se realice la liquidación bilateral del contrato en comento, toda vez que existe una inviabilidad técnica en la fase de ejecución no imputable a ninguna de las partes, lo que constituye una causal de fuerza mayor o caso fortuito, que a la luz de la jurisprudencia ha manifestado que, *“la fuerza mayor determina la inejecución de la prestación y que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable el contratista”*.

En la misma línea, el Consejo de Estado analizó la fuerza mayor en materia contractual, mediante sentencia del 10 de noviembre del 2005, así *“la fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratadas, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo.*

Por ello, ante la existencia de hechos extraños a las partes que de alguna manera dejan sin efecto el contrato y las actividades desarrolladas, se rompe el nexo causal frente a cualquier proceso que genere una actuación administrativa de incumplimiento, que al tenor de lo expuesto, ya no es procedente ante un contrato suspendido y sin posibilidad real de ejecución.

Por ello, es claro por parte de Ingeniería y Proyectos Sostenibles que solicita de manera específica no se dé lugar a la aplicación de la cláusula penal peculiar por la falta de nexo causal frente a la aplicación del informe que hace parte integral de la presente resolución dentro del proceso que se surge.

Ahora bien, frente a la devolución de los recursos girados en calidad de anticipo, que son en realidad la génesis del proceso que en últimas se surte en la actualidad y que generaron la audiencia de incumplimiento frente a la solicitud de devolución se debe de generar bajo la premisa misma de una liquidación bilateral por la cual más allá de toda

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

duda el fin mismo debe la presente actuación es generar la respectiva acta no sin desconocer que por parte de Ingeniería Y Proyectos Sostenibles se generaron gastos administrativos y operativos que deben ser reconocidos por la existencia de errores de planeación insalvables que generan la inviabilidad técnica del proyecto es por eso que frente al proceso de existencia del documento de liquidación que se genere de manera posterior en el marco de la presente diligencia que se surte si solicitamos que por favor se tenga en cuenta esto que acabamos de pronunciar. Muchas gracias. Toma el uso de la palabra la señora Paola Andrea para agregar que doctora Sandra recuerde que habíamos que queda sin efectos la reclamación posterior frente al ejecutor. Finaliza la intervención la representante de la firma ejecutora”.

Acto seguido se le **concede el uso de la palabra a la apoderada de la garante, esto es, seguros mundial, a través de su vocera judicial, la doctora Camila.**

Bien pues doctora tiene el uso de la palabra.  
Muchas gracias doctor.

“Bueno, en este momento mi calidad de apoderada sustituta de Compañía Mundial de Seguros me permite presentar los descargos frente al procedimiento administrativo sancionatorio.

Bueno, primero aclarando que Compañía Mundial de Seguros no tiene dominio del hecho directo objeto de la sanción derivada del contrato de obra OB-088-2023, pues toda vez que no tiene una relación directa con el mismo, sin embargo, una vez escuchado a la apoderada del contratista, coadyuvamos y respaldamos en su totalidad los argumentos presentados para que se absuelva de toda responsabilidad contractual.

Sin embargo, me permite presentar los siguientes argumentos de defensa Primero, teniendo en cuenta la ausencia de pruebas que demuestren el incumplimiento grave del contrato en el presente procedimiento se carece de elementos probatorios suficientes que demuestren un incumplimiento sustancial y directo de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

No existe evidencia técnica ni financiera que acredite el mal uso del anticipo o su apropiación indebida.

También la supervisión deficiente del contrato al permitir el desembolso del anticipo sin verificar el cumplimiento de los requisitos contractuales, constituye una ruptura en la cadena de causalidad que impide imputar responsabilidad exclusiva al contratista.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Por otra parte, la improcedencia de las multas fuera del plazo contractual, dado que es jurídicamente improcedente la imposición de multas una vez finalizado el plazo contractual, según la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente que las multas tienen una función conminatoria para impulsar el cumplimiento durante la vigencia del contrato, más no sancionatoria, es decir, que su imposición fuera del término contractual constituye un vicio que afecta la validez del acto administrativo.

Ahora bien, encuentro al contrato de seguro que se pretende afectar en este procedimiento y que está documentado en la póliza de cumplimiento número 100-0025642 debe decirse también que no existe obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora por la no configuración del riesgo asegurado, puesto que dentro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo no se encuentra la no amortización del anticipo.

Debe decirse que la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto dentro del amparo del Buen Manejo del Anticipo.

Es importante destacar que el análisis presentado por el contratante.

Es muy simple, lo que muestra una falta de fundamentación y Profundidad en su argumentación.

El Consejo de Estado en su reiterada Jurisprudencia ha dejado claro que para que un riesgo sea considerado como cubierto dentro del amparo de Buen Manejo del Anticipo debe cumplir con ciertos requisitos y condiciones establecidas en el contrato de seguro.

Además de lo anterior, es importante considerar que a la fecha el contrato no ha sido liquidado y por consiguiente, no se ha llevado a cabo la compensación de saldos.

Este es uno de los actos contractuales de mayor relevancia para determinar si el anticipo entregado formará parte del aspecto financiero de dicha liquidación.

Solo una vez efectúe la compensación de saldos, podrá imputarse al contratista la carga sobre las sumas entregadas a título de anticipo.

Lo anterior se sustenta en que, al Haber expirado el plazo contractual, resulta lógico que el contratista no pudo ejecutar el 100 % de las obligaciones pactadas.

En consecuencia, al no haberse llevado a cabo la ejecución completa del valor total del contrato, debido al vencimiento del término, no fue posible realizar las actividades necesarias para completar el ejercicio contable correspondiente.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Ahora bien, según la contratante, el ingeniero López Valencia en calidad de supervisor, concluyó en su informe que el plan de inversión del anticipo fue mal ejecutado, sin embargo, dicha afirmación carece de soporte probatorio, ya que no se ha acreditado de manera concreta en que se fundamenta la supuesta mala inversión del anticipo, no se ha anexado un informe financiero que evidencia que el contratista haya incurrido en una utilización indebida o desviación de los recursos entregados y asimismo, no se ha demostrado la apropiación indebida ni uso irregular del anticipo.

Cabe resaltar que como ya se dijo, la falta de inversión del anticipo no constituye un riesgo cubierto por la póliza de seguro y por lo tanto pues no es procedente su afectación.

Además de ello, se debe tener en cuenta que en la póliza se pactaron unas exclusiones y limitaciones de amparo como la causa extraña en el numeral segundo 2.1 causa extraña, fuerza mayor, Caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima los daños causados por el contratista, los bienes de la entidad no destinados al contrato el 2.2, el 2.3 el uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo al que esté obligado a la entidad estatal y el deterioro normal que sufran los bienes.

Además de ello, pues también se debe tener en cuenta que la culpa grave no es asegurable.

La negligencia del supervisor al autorizar el desembolso del anticipo sin verificar los requisitos correspondientes, constituyen una culpa grave que es un riesgo expresamente excluido según el artículo 1055 del Código de Comercio.

Además, se deben tomar en cuenta los límites del valor asegurado que están estipulados en la póliza.

En caso de que se considere que efectivamente existe un incumplimiento, la sanción se debe realizar con base en el principio de proporcionalidad.

En ese sentido, se solicita respetuosamente se archive el presente procedimiento administrativo sancionatorio por falta de fundamentación probatoria y subsidiariamente, en caso de encontrar probado algún incumplimiento, se solicita se aplique el principio de proporcionalidad, se realiza la compensación de saldos previo a cualquier afectación y se respeten cada una de las condiciones, límites y exclusiones pactadas en el contrato de seguro.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

Además de ello, también solicito respetuosamente al despacho se decreten como pruebas documentales la póliza de cumplimiento 100-0025642 con su condicionador general y los testimonios del señor Jheferson Andrés López Valencia en calidad de supervisión y el de la representante legal de la firma Ingeniería Proyectos Sostenibles Inprosos SAS, doctor muchas gracias por la palabra finalizo los descargos por parte de la compañía Mundial de Seguros”.

Se procede entonces esta entidad, una escuchadas las intervenciones de la apoderadas de la firma contratista y la garante, esto es, seguros mundial **a resolver sobre peticiones probatorias solicitadas por cada una de ellas.**

Respeto de la firma contratista no hizo solicitud de medios probatorios.

En tanto que la apoderada de la garante la compañía de seguros, solicito como prueba documental en que se allegue la póliza de seguros y los testimonios del Ingeniero Jheferson Andrés López en calidad de supervisor del contrato y de la Ingeniera Paola Andrea Buitrago Espinosa.

Para ello, entonces resolvemos de la siguiente manera. No accedemos a la prueba documental toda vez, que ella obra en el expediente y la misma se encuentra adosada a la foliatura. En cuanto a los testimonios quisiera solicitarle doctora Camila me aclare en que calidad solicita a la Ingeniera Paola representante legal de la firma contratista, la solicita para interrogatorio de parte, pues no podría ser como testigo ya que no procedería. Responde la apoderada que como interrogatorio de parte. Entonces frente a esta prueba testimonial accede el despacho, toda vez, que para ello debe mediar el principio de contradicción para ser efectivo el derecho a la defensa y el interrogatorio de parte no siendo una prueba es un derecho que le asiste a la garante para que pueda contrainterrogar sobre los aspectos que allí versen, obviamente indicando que el interrogatorio está limitado a 20 preguntas conforme lo establece el CGP. Para ello procedemos al decreto de la prueba teniendo en cuenta que el Ingeniero Jheferson se encuentra presente en la audiencia al igual que la representante legal de la firma contratista. En este de ideas, procedemos a la recepción del testimonio del ingeniero Jheferson Andrés a instancia de la parte que la solicita que es la apoderada de la compañía de seguros. Se le concede el uso de la palabra a la doctora Camila, quien solicita un receso de unos minutos para construir el cuestionario, ya que no pensó que se fueran a practicar hoy mismo. Se decreta el receso por 20 minutos.

Se reanuda la audiencia, se le concede la palabra a la apoderada, quien pregunta: Ingeniero Jheferson nos podría mencionar como se encuentra expresamente estipulada

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

la amortización del anticipo en el contrato OB-088-2023, como esta pactada la amortización del anticipo. Contesto: bueno Camila bueno días, doctora el contrato especifica que la amortización del pago final debe estar amortizada al 100% y no especifica el porcentaje en cuanto debe ir amortizado, eso es lo que especifica el contrato. Preguntado por la apoderada, gracias Ingeniero, es decir que no existen unas condiciones especiales o requisitos que se deban cumplir para la amortización del anticipo. Contesto, No señora no se especifica para tal acta cuanto porcentaje para la uno para la siguiente, al finalizar debe estarse cumpliendo al 100% la última con el anticipo. Preguntado, ingeniero usted nos podría mencionar si en el informe de supervisión que usted hizo se identifica que la no amortización del anticipo es la causal del inicio del proceso administrativo sancionatorio. Solicita el Ingeniero se le repita la pregunta. Reitera la apoderada, que la pregunta está encaminada a establecer que si la no amortización del anticipo es la causa del inicio del proceso sancionatorio. Contesta. No, no señora no estamos hablando de la amortización, sino la inversión del anticipo como tal en sitio en obra. Pregunta la abogada, en ese sentido nos podría aclarar o ampliar cómo se justifica el incumplimiento del contratista siendo la causa del proceso sancionatorio. Contesto. Si claro, mira como supervisión se hace la visita en sitio pues de todo lo que ya el doctor le menciono en el documento y se verifica, pues de todo lo que está allí y pues no está cumpliendo por la normativa y con diseños cierto, entonces digamos que el buen manejo el anticipo se basa no solamente es hacer uso del recurso a mí me están dando para yo poder apalancar la obra, sino es como lo estoy invirtiendo en invertirlo en actividades que estén cumpliendo con normativa técnica y con diseños cierto, entonces al visitarle se encuentran las falencias se ve que se utilizó diseño sistema muy diferente al cual venían los diseños que eran mampostería confinada y está utilizando una mampostería estructural fuera de eso combinada, entonces la normativa sismorresistente no me está diciendo que eso es valido o si fuese valido nosotros nunca tuvimos un certificado de un profesional o un calculista que me dijera que esto era válido, entonces por allí ya empiezan las diferencias, también se evidencia que no se hicieron unas actividades como es el mejoramiento del suelo. Entonces en eso es que como ingeniero me baso para decir que no me está cumpliendo con la norma técnica y que el anticipo en la obra está mal ejecutado más que desde el inicio de la obra, no se están respetando las separaciones entonces no puedo avalar lo que está allí ejecutado hasta lo que está visto y entonces es por lo que está definido o digo yo que los recursos están mal invertidos y esos 140 millones es lo que se está calculando que está en sitio, es lo medible entonces, a mí no me más de 150 millones y yo estoy utilizando los precios del propio presupuesto entonces esos los valores que me están arrojando. Preguntado. Finalmente tengo una pregunta sobre el análisis que se hace de la cobertura de la póliza, usted nos podría por favor mencionar si en su informe verifico que la no amortización del anticipo se encuentra cubierta por la póliza o no se verifico. El despacho solicita se le

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

vuelva a formular la pregunta ya que el testigo no la entiende. Lo que le quiero preguntar Ingeniero es si dentro del informe se verifico que la no amortización del anticipo se pactó en la póliza como un riesgos que se hubiera contemplado entre las partes. Contesto: a no señora volvemos a lo mismo el tema de la amortización como no es un condicionante desde allí desde el contrato, la manera en que se amortiza es la manera en que no estamos dándole como la importancia a ese tema. Preguntado, es decir porque no se verifico o no se encontró que estuviera cubierto. Contesto, es porque no se maneja de es forma. Eso es todo. A teniendo en cuenta las respuesta del ingeniero, desisto del interrogatorio de parte a la representante legal. Se le concede el uso de la palabra a la apoderada de contratista, quien no hará ninguna pregunta.

El despacho formula algunas preguntas al Ingeniero Jheferson Andrés. Cómo pudo usted verificar que el proceso constructivo es inadecuado. Contesto en la visita a campo a simple vista se ve que hay falencias constructivas, hay elementos desplomados el sistema constructivo es acorde con los diseños, también podemos citar la visita que tuvimos del formular del proyecto, el cual nos dio un concepto indicando que lo que estaba allí construido no estaba acorde con los diseños que el entrego su componente técnico entonces eso también nos respalda la teoría que tenemos yo como parte técnica y profesional de que lo que está allí no me está cumpliendo con ninguna normativa, tanto así que se identifica que en algunas viviendas no se dejaron unos puntos de instalaciones en otras viviendas no están también se hizo una demolición de unos muros básicamente es demostrando que no estamos cumpliendo con lo que venía. Preguntado, en su experiencia como ingeniero civil al momento de revisar las pólizas recuerda cuales son los amparos en la póliza de cumplimiento en el buen manejo del anticipo. Contesto. pues en la póliza de cumplimiento, la de salarios bueno no las tengo presente pero son cuatro. Preguntado No, no solo del anticipo que cubre el anticipo para que el anticipo: Contesto. El anticipo es para ejecutar netamente la obra para lo que lo están contratando. Preguntado. Conoció usted sobre el plan del anticipo. Contesto. Si. Preguntado. Quien aprobó ese plan de inversión del anticipo. Yo, Preguntado y estuvo acorde a todo, Contesto, si. Agotado el testimonio, se resolvió sobre el desistimiento del interrogatorio, atendiendo a la apoderada está facultada para ello, conforme el poder y el artículo 77 del CGP.

En este estado de la audiencia **se corre traslado para formular las alegaciones conclusivas**. Para ello, se solicita unas suspensión por espacio de 15 minutos, con el fin de ordenar las ideas.

Cumplido el termino de receso, se reanuda la diligencia y se **concede el uso de la palabra a la doctora Sandra apoderada de la firma ejecutora**. Quien manifiesta: " (...)

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

solicitamos a la entidad frente al desarrollo de la audiencia que se surte ya que, es claro la desestimación específica de la aplicación de la cláusula penal que se nos pretende aplicar por la presunción específica de la no inexistencia de un hecho causal específico imputable a Ingeniería y Proyectos Sostenibles por la existencia de hechos externos que se evidencia en la fase de ejecución que se ejecutaron de manera específica en su momento con base en el presupuesto contratado, por ello ante la presencia de un contrato suspendido y pasado un término prudencia entre la presunta existencia de un hecho generador se rompe el nexo causal con la solicitud de aplicación de la cláusula penal que se pretende hacer efectiva además se reitera el alcance mismo de generar la liquidación bilateral entre las partes del contrato mismo a la luz del ordenamiento existentes, ese es el pedido de Ingeniería y Proyectos Sostenibles en el desarrollo de esta audiencia, muchas gracias”.

Seguidamente lo hace la **doctora Camila apoderada de la garante**. Quien expone: “(...) reitero mi posición de coadyuvar y respaldar los argumentos presentados por parte del contratista, dado que es evidente que en el presente proceso existe una notoria presencia de ausencia de evidencias probatorias para demostrar el presunto incumplimiento del contratista y que no obra en el expediente ningún fundamento técnico o financiero que acredite fehacientemente una indebida o manejo irregular de los recursos girados a título de anticipo. Además como se pudo evidenciar en el testimonio escuchado del Ingeniero se evidencian varias inconsistencias, como que el supervisor aprobó el giro de inversión del anticipo, lo que genero un acto propio que no puede ser desconocido posteriormente, también que no existe en el expediente suficiente evidencia técnica financiera que soporte específicamente el incumplimiento, a parte de la visitas mencionadas, con respecto a la improcedencia de las multas, pues se reitera que la imposición de multas una vez expirado el plazo contractual resulta abiertamente improcedente y contrario a derecho como ya se dijo las multas y la imposición de las multas ya lo ha dicho el consejo de estado es una función estrictamente conminatoria durante la vigencia del contrato, más no sancionatoria por lo tanto no sería procedente su imposición en este proceso. Y finalmente también se reitera con respecto a la póliza de cumplimiento la inexistencia de la obligación indemnizatoria por parte de la compañía mundial de seguros en lo que respecta a la póliza 1000025642 y como lo menciono el apoderado de la contratista el contrato no ha sido objeto de liquidación y no se ha realizado la correspondiente compensación de saldos que es un procedimiento esencial para el destino final de los recursos entregados a título de anticipo y la posibilidad de ejecutar la totalidad de las obligaciones contractuales derivadas del vencimiento del plazo impidieron completar el ejercicio contable respectivo. Por lo tanto y como ya se mencionó las conclusiones de supervisor sobre la presunta mala inversión del anticipo carecen de un fehaciente respaldo probatorio y por lo tanto no queda suficientemente

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

demostrado la ocurrencia del siniestro para que sea posible o procedente la afectación de la póliza de cumplimiento en ese sentido solicitar respetuosamente declarar la ausencia de responsabilidad del contratista por falta de elementos probatorios y reconocer la inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora y pues subsidiariamente en caso de que esto no se acepte se apliquen todas las condiciones que fueron pactadas en el contrato de seguros. Eso sería todo por parte de seguros mundial, Muchas gracias.

Así las cosas una vez escuchadas las posiciones de los sujetos procesales, lo procedente es adoptar la decisión que en derecho corresponde, lo cual no se hará en este momento, dada la complejidad del asunto por las posturas planteadas por cada uno de los apoderados, esto es, de la representante legal de la firma ejecutora y de la apoderada de la garante mundial de seguros, lo procedente es suspender la audiencia para sustentar la decisión, para ello, fijaremos como fecha para el viernes 17 de enero a las 09:00 de la mañana la continuación de la audiencia con el fin de dar lectura a la decisión dentro de la audiencia la cual sería virtual, y la sustentación del recurso en caso de que la decisión sea adversa. Se interroga a las apoderadas sobre la agenda, sino tiene dificultad para ese día. Para ello, la doctora Sandra manifiesta que ese día tiene audiencia a la 9 de la mañana, que podría a partir de las 2 pm., Por su parte la apoderada de la compañía de seguros manifiesta que no tiene problema. Así las cosas, se fijó la fecha para continuar la audiencia para el día 17 de enero de 2025 a las 2.30 pm.

No siendo más el objeto de la presente audiencia se suspende y se agradece la comparecencia a esta audiencia.

## **VII. MEDIOS DE PRUEBA QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE**

Hacen parte de la foliatura, los documentos que con la resolución 349 de 2024, fueron trasladados y puesto en conocimiento de la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa al igual que a la garante, esto es, a mundial de seguros, de lo cual obra las constancias de envío a los buzones de los correos electrónicos el pasado 19 de diciembre de 2024, siendo ellos en su orden: i) El Contrato de obra OB-088-2023, ii) La Póliza de cumplimiento CCS 1000026542, iii) Acta de aprobación de póliza, iv) Acta de inicio, vi) Acta de aprobación y desembolso del anticipo, vii) Actas de visitas, viii) Acta de suspensión y sus prórrogas, ix) Los comunicados enviados a la contratista, x) Reclamación realizada a la seguros mundial, xi) Informe de Incumplimiento suscrito por la supervisión.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

No obstante, en el acto de la audiencia se interrogo a las partes, si habían sido notificados en debida forma, del acto administrativo y sus anexos, a los cuales se hace referencia. A lo que la contratista respondió que sí y el apoderado de la compañía de seguros indico que sí. De esta manera se hizo control de legalidad previo de la citación a la audiencia y de los elementos materia de prueba que se hacen valer por parte de la entidad contratante y gestora de la audiencia.

En el desarrollo de la audiencia se escuchó al Ingeniero civil Jheferson Andrés López Valencia.

De todo ello, existe constancia, luego Fonpacífico garantizó los principio de contradicción y defensa que le asiste a la llamada y al garante. Con todo de ninguno de elementos materia de prueba fue objeto de tacha alguna, conservando ellos plena validez.

Conforme con lo anteriormente anotado, tenemos entonces, que se encuentran acreditados los siguientes presupuestos: La existencia del contrato, de la póliza y del desembolso del anticipo, previo plan de inversión, a través del acta respectiva del inicio en la ejecución del contrato, de las dificultades reportadas, que originaron la suscripción del acta de suspensión y sus prórrogas, en la cuales consta las razones por las cuales se procedió con ello, los reiterados requerimientos a la representante legal de la sociedad Ingeniería y Proyectos Sostenibles S.A.S., contratista de obra, en las cuales se le indica de las irregularidades advertidas en el proceso constructivo, el informe suscrito por el supervisor del contrato designado por Fonpacífico, así como la solicitud de la devolución de los recursos girados a título de anticipo a la contratista y finalmente dimos cumplimiento al requisito previo de notificar a la compañía de seguros garante del contrato a través de la póliza de cumplimiento y RCE en dos momentos, de las irregularidad advertida con la obra, a efectos de que, tuvieran conocimiento, en tanto que por intermedio del profesional designado por mundial de seguros atendió la reclamación, en el sentido de informar a Fonpacífico que diéramos cumplimiento al contenido del artículo 1077 del código del comercio. De la misma forma se dio traslado a la contratista, hasta de la notificación del inicio de la actuación administrativa, materializada en la resolución 349 de 2024, con citación a audiencia.

Con toda esta trazabilidad enunciada, lo que pretendemos expresar es que hemos sido garantes de los derechos de la contratista y de la garante, respetando los derechos que les asiste a una defensa técnica, con principio de contradicción, conforme la dispone los artículos 29 y 209 de nuestra carta, pilares fundamento de debido proceso.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

### **VIII. PRONUNCIAMIENTO DE LA ENTIDAD FRENTE A LOS ARGUMENTOS DEFENSIVOS:**

Luego de dejar expresas constancias de todo lo discurrido en la actuación administrativo que hoy ocupa nuestra atención, se hace necesario controvertir todos y cada uno de los argumentos expuestos en precedencia como mecanismos de defensa de la contratista y garante.

Para ello, daremos inicio haciendo un análisis de las posturas planteadas por la apoderada de la firma ejecutora del contrato OB-088-2023, representada por la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa.

Debemos partir por indicar que en comienzo estaríamos de acuerdo con algunos criterios y afirmaciones enunciados por la profesional del derecho, cuando aduce que el contrato está suspendido, y que siempre han estado para atender los mismos.

Frente a ello, lo importante de resaltar, es que se reconoce por parte de la contratista que Fonpacífico nunca perdió la comunicación con la contratista, pues a través de la supervisión ejercida por el Ingeniero Jheferson Andrés López Valencia, siempre se ha estado al pendiente de la obra, sin embargo, si conviene precisar que la contratista no ha estado a la altura de tales comunicaciones, pues no basta con estar atentos para atender, es atender, a través de las acciones y comunicaciones los reclamos y reparos que no solo el supervisor le ha realizado, sino también la secretaria de planeación municipal de Pueblo Rico, formuladora y beneficiaria del proyecto, los profesionales de la contraloría y del departamento nacional de planeación – subdirección de control, pues en las visitas realizadas, se han dejado las observaciones del proceder irregular en la ejecución de la obra, practicadas en los meses de marzo y abril de 2024, de las cuales se suscribieron en las actas respectivas las observaciones, recomendaciones dejadas, que fueron firmadas por quienes intervinieron en ellas, siendo la representante legal de la firma contratista, una de las asistentes, luego, conoció de primera mano las varias observaciones realizadas al proceso constructivo, como los requerimientos realizados a la interventoría para fueron notificados a usted como firma responsable de la ejecución de la obra. Asumiendo una posición de silencio, pues nunca se extendió un informe, o una explicación a las observaciones realizadas. De ello, podríamos enunciar, no solo las actas de visitas de los órganos de control, sino los oficios y comunicados remitidos desde nuestra entidad, a efectos de que diera una explicación a estas observaciones o requerimientos, en el mes de mayo una vez, notificado el inicio de la actuación administrativa sancionatoria de parte de la subdirección de control de vigilancia del DNP, se solicitó diera respuesta, insistimos guardando silencio.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Tanto nos asiste la razón, que fue necesario, reiterar las solicitudes, pero nunca fueron por ustedes atendidas, luego ello denota que no es tan cierto que siempre estuvieron atentos al proceso.

Ahora bien, se aduce que no existe un incumplimiento y que por esa razón no debe prosperar la aplicación de la cláusula pecuniaria, derivado por hechos externos, no imputables a la sociedad, que originaron el no poder concluir la obra. Para ello se trae en cita jurisprudencia del Consejo de Estado, para acuñar dicha justificación.

Al respecto, debemos precisar dos situación que merecen relevancia jurídica; i) Que las conductas omisivas, irregulares en el proceso constructivo son las que generaron el incumplimiento de las obligaciones contractuales, pues conforme con su descripción, claramente en las cláusulas del contrato, son determinantes para entender que si la obligación, deber, alcance del objeto del contrato era la construcción de unas viviendas, estas se debían hacerse con rigor técnico, dicho de otra manera con soporte en la norma. Para ello se exigió que la propuesta estuviera acompañada de un equipo de profesionales, los cuales dentro de acápite del presupuesto de la obra, están consagrados los rubros para pagarlos, además de ello, tuvieron acceso a los planos y a los diseños entregados por el consultor que servían de soporte al proceso constructivo. Al no haberlo hecho así, sí que se encuentran incurso en el incumplimiento aludido.

Para soportar este aserto, basta con revisar las actas de los órganos de control, los oficios, comunicaciones, requerimientos realizados a la contratista, advirtiendo este yerro constructivo, el informe rendido por el Ingeniero civil Jheferson Andrés López Valencia, quien de manera clara demuestra como se combinaron dos sistemas constructivos, los que no tienen aprobación legal. Sobre estos documentos, se dio traslado a la contratista y garante, los cuales no fueron controvertidos, ii) El desembolso del anticipo. Llanamente, ya se indicó que este se hace para que el contratista, realice las primeras inversiones en la obra, para la compra de materiales, alquiler de equipos y herramienta y pago de mano de obra. Nótese que como requisito previo debe hacer un plan de la inversión el cual se debe ser aprobado por la interventoría, para ello se elabora el acta respectiva y es presentada ante el ordenar del gasto para el desembolso, en este contexto, y una vez aprobado por el Arquitecto Hernán Darío Castaño López, quien para esa calenda fungía como interventor de la obra, quien a su vez, formula su propio plan de inversión del anticipo para la interventoría y este es aprobado por la supervisión, en este caso por el Ingeniero Jheferson Andrés López Valencia. Luego, en el capítulo del plan de inversión mensual del anticipo, se estableció el pago de esos profesionales para la obra, pero como se puede avizorar, al parecer estos profesionales no fueron vinculados a la obra o

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

se contrató personal no calificado, esas podrían ser a simple vista las razones por las cuales, no se hizo un proceso constructivo a justado a los requerimientos técnicos, convencionales y legales. Puesto que el haber realizado la intervención sin tener en cuenta los diseños a las orientaciones del consultor, se trasgredieron las normas constructivas, luego, el haber realizado inadecuadamente el anticipo, es lo que se cuestiona y se ha requerido a la representante legal rindan las explicaciones y de respuesta a los requerimientos de los órganos de control, los cuales no ha atendido. Más aun, esta entidad preocupado los recursos, llegó al punto de solicitarle información de los recursos, exigiéndole un informe de la inversión, un balance financiero, copias de los extractos, pero nunca se dio una respuesta o se enviaron esos documentos. De Ahí que genere mucha incertidumbre para esta entidad y los órganos de control que no se brinden las explicaciones sobre el caso y por el contrario se guarde total silencio, e incluso hermetismo. En tanto, que revisado las cláusulas del contrato, para poder hacer el desembolso del anticipo, es necesario que la firma contratista a través de la constitución de una póliza garantice el buen manejo del anticipo. Para ello, se aporta tal garantía con la póliza de cumplimiento CCS 1000025642 expedida por seguros mundial, en la cual se ampara este evento, como cobertura desde el 12 de abril de 2024, hasta 15 de junio de 2025, con suma asegurable de \$1.359.066.243,04. También se ampare el cumplimiento, con una cobertura desde el 12 de abril de 2024, hasta 15 de junio de 2025, y una suma asegurable de \$407.719.872,91. De esta manera, al haber dado un mal manejo del anticipo y no poder respaldarse las ejecuciones en la norma técnica, es la razón para que se debe afectar la póliza, pues se recuerda que los recursos son de origen públicos y deben ser devueltos al erario.

En síntesis, no podríamos estar de acuerdo con la togada, cuando justifica las dificultades constructivas, en hechos de terceros para buscar una exoneración de la responsabilidad, cuando es evidente que no existe la misma, por el contrario, las evidencias dan cuenta de las irregularidades del proceso constructivo y de la inversión realizada, la cual no guarda armonía con la norma, mucho menos con los estudios y diseños realizados, con los cuales se debía hacer la construcción de las casas, sobre el punto, las obligaciones emanadas del contrato, encuentran soporte al indicar que deben cumplirse con los estudios, diseños y planos.

Por otro lado, cuando la apoderada de la firma ejecutora del contrato, aborda el análisis del fondo del asunto, esto es, el anticipo, no se entrega ninguna explicación u ofrecer argumento defensivo, estando a cargo de la contratista desvirtuar los supuestos de hecho y derecho en los cuales descansa el cargo de mala inversión o ejecución del anticipo.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

Sobre el punto, nada se indicó, no se hicieron mayores comentarios que inviten a dar una mirada distinta o contraria a la posición asumida por la Entidad contratante, luego, no podríamos prejuzgar, pero si deja muchas incógnitas de que paso con los recursos, atendiendo a que no todos los más de 1.300 millones de pesos girados a título de anticipo a la contratista se encuentra invertidos en la obra, según da cuenta el informe del ingeniero civil López Valencia, supervisor. Tampoco de parte de la contratista se ejerció mayor esfuerzo para desvirtuar el informe, solo se atinó a manifestar que la firma contratista, había incurrido en algunos gastos administrativos y operativos, pero no se aportó una sola evidencia de las inversiones. Sin embargo, aunque se hubiera hecho dichos aportes, estos no podrían ser aceptados, precisamente, porque los pocos recursos, cerca de 150 millones de pesos que se hicieron, fueron mal invertidos en la construcción de las viviendas que no tienen un soporte constructivo y si por el contrario no están acordes a esas normas que gobiernan la construcción.

De esta manera, y aunque pudiéramos dar paso a una liquidación bilateral del contrato, dicha oportunidad ya se sobre paso, por cuanto, en momentos anteriores al llamado a audiencia, esa fue la intención o solicitudes que se hicieron, con el fin de no llegar a las instancias en que nos encontramos, se dilapido un momento pasado, en el que seguramente, con la devolución de los recursos al sistema general de regalías, se hubiera podido suscribir dicha acta, no obstante, recordamos que Fonpacífico en el mes de noviembre convocó a la contratista a hacerlo y proyecto el acta que denominado terminación bilateral anticipada y de liquidación del contrato OB-088-2023, la cual fue remitida por los canales digitales, pero nunca se obtuvo una respuesta positiva de parte de la representante legal de la firma contratista, como siempre guardo silencio. En tanto que no hizo devolución del acta firmada, como tampoco dio cuenta de los recursos.

Y es que la solicitud deprecada por la apoderada de haber una liquidación bilateral, no tendría soporte alguno, partiendo de la premisa que los pocos recursos invertidos en la obra, cerca de 150 millones de los más de 1300 millones girados a título de anticipo, no tienen respaldo técnico, luego no podrían ser admitidos en un proceso de liquidación, por el contrario las pocas obras realizadas, deben ser demolidas. Aceptar esto equivaldría en generar un detrimento al público, que no estamos dispuestos a afrontar con los contraloría general de la república, a través de la contraloría delegada para el sistema general de regalías, quien a propósito ya tiene noticia de las dificultades constructivas, en la visita realizada en el mes de marzo de 2024.

De Otro lado, bien es conocido, que en el departamento nacional de planeación descansa el deber funcional de administrar y aprobar las ejecuciones del sistema general de regalías. Que a través del aplicativo GESPROY se deben subir todas las novedades,

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

informes, actas y evidencias que generan las ejecuciones de las obras, que al haber advertido que durante los periodos de ejecución ningún reporte se hizo, dio lugar a la visita el día 4 de abril de 2024, las cuales dejaron las observaciones relacionados con la interventoría y al proceso constructivo de las viviendas. Que como consecuencia de estos hallazgos, se dio apertura al proceso administrativo sancionatorio, que derivo en la suspensión de los giros al proyecto, dándole alcance al contenidos de los artículo 174 y ss de la ley 2056 de 2020, como una medida de protección de los recursos públicos.

En este orden de ideas, el pedido de la profesional y vocera de la contratista, no tiene vocación de prosperidad, dados los antecedentes ya ilustrados.

Como los argumentos esgrimidos en las alegaciones conclusivas están planteados en similares términos a lo aducido en los descargos, se considera, quedan abordados, con las notas trazadas en líneas anteriores.

Seguidamente hizo su intervención defensiva la doctora Camila Andrea Cárdenas Herrera, en calidad de apoderada de la compañía de mundial de seguros.

Pues bien, es entendible para las resultas del proceso, aplicando el principio del derecho que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por contera que al estar unida la compañía de seguros a la contratista de obra, por la póliza que garantiza precisamente las resultas de la ejecución, debe respaldar las posturas como garante. Sin embargo, se advierte algunas imprecisiones desde la postura defensiva de la apoderada, que requieren ser puestas en contexto.

Partiendo del hecho de que si existe evidencias probatorias indicativas de que los hechos narrados ocurrieron, que los mismos se encuentran soportados con el material probatorio que fue previamente remitido a la compañía de seguros, con la resolución 349 de 2024, de lo cual se itera al momento de dar inicio a la audiencia, se confirmó con el apoderado quien le antecedió que las mismas habían sido recibidas, para ello la entidad cuenta con el contrato, la póliza, los soportes del giro del anticipo, las actas de inicio, suspensión y prórrogas, las actas de visitas de los funcionarios de los órganos de control, los muchos requerimientos realizados a la contratista, a la compañía aseguradora, el informe de la supervisión.

Todos ellos, dan cuenta que el contrato no fue ejecutado conforme con las disposiciones técnicas que regulan el sector de la construcción, luego al haberse ejecutado indebidamente la obra, los recursos invertidos en ella, corren la misma suerte. En ese sentido, se pronunciaron los profesionales que asistieron a las visitas, la propia secretaria

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

de planeación del municipio de Pueblo Rico, quien es el formulador del proyecto y beneficiario de las viviendas, el supervisor del contrato de interventoría el ingeniero civil Jheferson Andrés López Valencia. Todos al unísono han dado cuenta de las irregularidades cometidas en el proceso constructivo de las casas, que es el objeto y las obligaciones contenidas en el contrato de obra OB-088-2023, suscrito por la firma Ingeniería y Proyectos Sostenibles, representada por la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa. A quien se le cuestiona, que para la ejecución de las obras se le giro a título de anticipo un recurso importante, que ascendió a la suma de \$1359.006.243,04, con el cual debía comprar los materiales para a obra, alquilar la maquinaria y los equipos y para el pago de la mano de obra. No obstante, en la revisión realizada a las 4 viviendas y los componentes constructivos, estos no cumplían con los estándares de la norma técnica, mucho menos con los diseños, los planos y las especificaciones entregadas al inicio de la obra. Más aún, el cuadro del presupuesto de la obra contiene un capítulo que contiene el pago de un equipo de profesionales, pero que al parecer por el desarrollo inadecuado de la obra, estos no fueron contratados o los que se contrataron no eran idóneos para ello. Pero lo cierto del caso es que la obra fue construida sin soporte en la norma. De ahí que se indique que los recursos girados a título de anticipo, no puedan ser tenidos en cuenta al momento de una liquidación del contrato, y si se hubieran utilizado indebidamente.

Como a la contratista se le ha requerido para que de las explicaciones, remita los informes que respalden la inversión, aporte los extractos del recurso y no lo ha hecho, es la principal preocupación de nuestra entidad, el no saber de estos dineros, los cuales apropiado no están invertidos en la obra, por cuanto del informe rendido por el supervisor, los mismos ascienden escasamente a 150 millones de pesos. Se ha invitado y convocado a la señora Paola Andrea, responsable de estos dineros a que haga una devolución de los mismos, lo cual no hizo, no ha hecho, como tampoco ha dado explicaciones de los recursos, ni a nuestra entidad, como tampoco a la compañía de seguros, que ampara este rubro de buen manejo de anticipo con la póliza.

Por otro lado, el contrato de obra OB-088-2023, no se encuentra vencido, por el contrario se encuentra suspendido, desde el mes de marzo de 2024, lo que ha provocado prorrogas a la suspensión, por cuanto se advirtieron deficiencias constructivas en la obra, que han generado las visitas de los órganos de control, como la contraloría general de la república en el mes de marzo y la subdirección de control y vigilancia del departamento nacional de planeación el 4 de abril de 2024, en ellas, se dejaron hallazgos insalvables que obligaron a realizar múltiples requerimientos a la representante legal de la firma constructora, a efectos, de que se hiciera la demolición de las obras y la devolución del recurso girado a título de anticipo por la suma mayor a 1300 millones de pesos. De tales

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

eventos se hicieron las notificaciones a la compañía de seguros, tanto de las suspensiones, como posteriormente de las irregularidades presentadas en la obra.

De ahí que el pedido de la profesional del derecho y vocera de la compañía de seguros, en el sentido de dar aplicación a la postura del consejo de estado, de que las multas no podrían aplicarse estando el contrato vencido, por cuanto las multas buscan es conminar al contratista a cumplir, y por ende entonces solicitar desestimar la aplicación de las cláusula pecuniaria no tenga fundamento alguno.

Tampoco podría darse reinicio a la obra y buscar unas mayores ejecuciones, que pudieran hacer el cruce de cuentas con el anticipo, en punto de buscar las compensación que se alega.

Los balances de obra y financieros, hoy prácticamente se reducen a cero. Mientras las pocas obras adelantadas no tiene respaldo en la norma técnica, ni en los planos o diseños, y la inversión utilizada con el anticipo que ascendió a 150 millones, no se puede reconocer, debiéndose demoler lo construido, con ello el balance financiero, quedaría reducido a cero, al no reportarse porcentajes de ejecución de obras, que originen un gasto.

Ahora bien, no es que el informe del supervisor sea el único elemento en que se apoya esta entidad para determinar que las obras fueron mal hechas, también existe la evidencia contenidas como ya tantas veces se ha expresado en las de visita de la contraloría y planeación nacional, las cuales evidencian que el proceso constructivo es inadecuado, existe el soporte del concepto técnico del consultor, que al verificar lo construido, no dio habitación a la obra, por estar distante de los diseños por el elaborado.

Finalmente, cuando la togada, hace referencia al plan de inversión del anticipo y que este no fue amortizado. Razón por la cual cuando se infiere que revisada la póliza, no se constituyó como un amparo la amortización, ni está contenida en las condiciones de la póliza.

Al respecto conviene manifestar que, el contrato de obra contiene la forma y condiciones de pago, en él se estableció, como forma de pago, que se haría un anticipo del 50%. Previo cumplimiento de la constitución de la póliza que cubra tal evento, el cual debe permanecer por el tiempo que dure el contrato o hasta que se cancele, reintegre o amortice el anticipo.

Entonces, tenemos que, que en el mes de marzo de 2024, se hizo el desembolso del anticipo, previa presentación del plan de inversión mensual del anticipo, lo que fue

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

aprobado en su momento por la interventoría, en este caso, lo hizo el arquitecto Hernán Darío Castaño López, quien para dicha calenda fungía como interventor, no obstante el interventor debía hacer su propio plan de inversión del anticipo de la interventoría, lo cual era presentado para aprobación al supervisor, en este caso el Ingeniero Jheferson Andrés López Valencia.

Ahora bien, conforme se generará un acta de pago, en esa misma medida se hacia la amortización del anticipo. Pero como vemos, nunca se generó un acta parcial de pago, en primer lugar porque las inversiones realizadas en la obra con el anticipo fueron mínimas, pues de los más de 1300 millones de pesos girados, tan solo hay en la obra invertidos escasos 150 millones de pesos, los cuales a propósito ya se ha indicado hasta la saciedad, no pueden ser aprobados, porque las obras no están acordes con la norma.

En estas circunstancias, no podría entonces desde ningún punto de vista, accederse a la peticiones elevadas por la doctora Camila, en el sentido, de exonerar a la contratista y relevarla de las obligaciones, precisamente, porque se ha incumplido parte de las obligaciones contractuales, en punto de haber hecho una inversión inadecuada en las obras, que no cumplen con el rigor técnico, las cuales no superan el valor girado a título de anticipo.

De otro lado, y a pesar de haberse solicitado en reiteradas oportunidades explicaciones sobre los recursos girados a título de anticipo, no hay informe, dato alguno del paradero de esos recursos, lo que a la postre, deviene en la obligación de indemnizar, reparar los perjuicios causados, con la devolución de los recursos inejecutados, que serían todo lo girado.

Finalmente, se invoca un principio de proporcionalidad para el momento de resolver sobre la sanción a imponer, lo cual se hará en acápite subsiguiente, eso sí, teniendo en cuenta varios aspectos que serán objeto de análisis.

## IX. CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD

Estando revestidos de las atribuciones legales y estatutarias para adelantar el proceso que hoy nos asiste, nos corresponde adoptar una decisión, con fundamento en lo previamente analizado, que fue objeto de pronunciamiento a través de la resolución 349 de 2024 y lo desarrollado dentro del marco de la audiencia.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Para ello, debimos estudiar la situación y acompañarla con las pruebas obtenidas, de las cuales se dio traslado a la partes, que fueron controvertidas.

Se brindaron dentro de la audiencia, todas garantías procesales, encontrando en este operador respeto por los principios, los derechos que rigen el corrector proceder de un servidor del estado.

Frente al Debido Proceso, el Consejo de Estado en pronunciamiento radicado número 05001-23-26-0001992-00117-01(18394) del 17 de marzo de 2010, sostuvo:

*“(...) En síntesis, el debido proceso elevado en nuestro ordenamiento jurídico a la categoría de derecho constitucional fundamental, en sus manifestaciones de principio de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la Ley preexistente, observancia de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, inocencia -entre otros-, es una garantía para los sujetos e intervinientes en cualquier actuación judicial o administrativa que, a su vez, obliga a los funcionarios judiciales y a las autoridades administrativas a respetarlos y asegurar su plena vigencia en la solución de cualquier conflicto o asunto judicial o administrativo. (...)*

*“(...) ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Actuación administrativa. Interrelación con el debido proceso / ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Expresión de la función administrativa El Estado, para la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios y la ejecución de obras, lo cual obtiene mediante la contratación de los particulares o de las entidades que lo integran. Es decir, el contrato celebrado por las entidades públicas se fundamenta en el interés general, pues es un medio o instrumento al que recurren éstas en aras de conseguir sus objetivos institucionales, desarrollar sus funciones y cumplir la misión que dentro del Estado y la sociedad les ha sido confiada. Por ello, el contrato estatal es una forma de actividad administrativa, dado que tiene por objeto la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en armonía con los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ésta para su logro, quienes si bien concurren a él persiguiendo un interés particular, que consiste en el derecho a una remuneración razonable, proporcional y justa previamente estipulada, como retribución por el cumplimiento del*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*objeto contractual, cumplen una función social que implica obligaciones. O sea, todo contrato estatal es expresión nítida de la función administrativa, tanto en su celebración como en su ejecución, en el entendido de que persigue la realización de un interés público. Así las cosas, es claro que la actividad contractual del Estado, que consiste en la selección del contratista colaborador, la adjudicación del contrato, su celebración, ejecución y liquidación, configura una típica acción de la Administración, lo cual implica que ella debe realizarse cumpliendo tanto los principios y las reglas que especialmente la encauzan (Estatuto General de la Contratación y normas legales y reglamentarias expedidas en esta órbita), como todos aquellos principios y reglas de la función administrativa, uno de los cuales, es precisamente el del debido proceso y las demás garantías que lo definen y perfilan en el ordenamiento jurídico colombiano.” (Subrayado fuera de texto)*

*Aunado a lo anterior, señaló:*

*“ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Debido proceso En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; [viii] obtener asesoría legal; [viii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas. La Corporación, en el proceso de consolidación jurisprudencial respecto a la garantía del debido proceso en asuntos contractuales, concluyó en forma categórica que este derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos, incluyendo dentro de éstos el contractual, sancionatorios o no, y que este mandato constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano. Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

*debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual)(...).” (Subrayado fuera de texto).*

Se debe entender que el Ente territorial, esto es el Municipio de Pueblo Rico – Risaralda al designar a Fonpacífico como ejecutor de los recursos de regalías, basado en las competencias que le otorga la ley 2056 de 2020, nos delegó una función pública a la cual no podemos ser inferiores, pues nos fue entregada y depositada una confianza, para adelantar y coadyuvar en el cumplimiento de un fin esencial del estado, de raigambre constitucional, enunciada en el artículo 2 al expresar que: *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

Con tales propósitos las normas habilitan para que a través de la naturaleza jurídica de la función pública, el régimen jurídico de contratación aplicable, así como los lineamientos, guías y/o Manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente y demás normas complementarias. Las actuaciones que se adelanten para la ejecución de todos los procesos contractuales de la función pública, deben desarrollarse con arreglo a los principios contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política. Los principios rectores son aplicables en la etapa pre contractual, contractual y post contractual. Es de resaltar que en todos los procesos contractuales que adelante la función pública, se debe convocar a las veedurías ciudadanas. No obstante lo anterior, los servidores de la función pública que intervengan en la gestión contractual institucional, deberán acatar no solamente las disposiciones legales, sino los procesos y procedimientos internos establecidas en el Sistema de Gestión de Calidad de la Entidad, en todo lo relacionado con la Gestión Contractual.

La contratación pública es una herramienta que permite establecer las reglas del juego entre el Estado y sus proveedores, de tal suerte que el primero tiene la función obligatoria

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

de defender los intereses del Estado y el segundo sujetarse o someterse a las reglas impuestas por las entidades públicas, indistintamente del régimen en que se encuentre.

De ahí que el enunciado de los artículos 209, que consagra entre otros, los deberes para respetar los principios de la función pública y de contera, preservando la ejecución de los recursos públicos, conforme los lineamientos que entregue el máximo órgano de control fiscal en Colombia, como la Contraloría General de la Republica. A quien le corresponde velar por la correcta ejecución los recursos.

En este orden de ideas, cuando la contraloría a través de alguno de sus delegados, realizan las observaciones frente a la eficiencia o eficacia en la inversión de estos recursos, se convierte en un criterio de obligatorio acatamiento.

Por ello, y descendiendo al tema objeto de análisis, cuando el particular coadyuva para el suministro de los bienes, servicios y obras con el estado, debe estarse a las disposiciones que lo regulan.

En este caso, ha establecidos las normas de contratación, que los contratos son ley para las partes, de tal forma que lo allí estipulado es de obligatorio acatamiento. Toda vez, que a través del contrato se establecen las condiciones.

En sentencia SC1662-2019 de 5 de julio de 2019, rad. 1991-05099-01, siendo magistrado ponente el Doctor AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, corrigió la doctrina, en el sentido que ante el incumplimiento de las obligaciones en un contrato bilateral también es aplicable la resolución del contrato.

“(…)

*3.3.1. A voces del artículo 1602 de Código Civil, “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, mandato del que se desprende el poder vinculante que ellos tienen y, por consiguiente, el deber que recae en los intervinientes, de cumplirlos.*

*Con razón ha dicho la Corte, que “[e]l principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes. (...). Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

*‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un ‘acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial... (Art. 864)’.*

*3.3.2. Ostensible es, por lo tanto, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato por parte de quienes lo celebraron, constituye la más significativa afrenta al mismo y, por ende, corresponde a un comportamiento que, como en todos los casos de infracción de la ley, debe sancionarse, previsión que a más de propender por impedir la generalización de ese tipo de conductas, busca forzar la satisfacción del interés del extremo inocente o que se restablezcan, en lo posible, las condiciones que existían antes del pacto’.*

De forma tal que, al haber suscrito el acuerdo de voluntades contenido en el contrato OB- 088-2023, entre Fonpacífico y la representante legal de la firma Ingeniería y Proyectos Sostenibles S.A.S., se configuraron una serie de obligaciones, la cuales se encuentran regulados por el código civil colombiano y de comercio. En tanto que, para garantizar el cumplimiento de las mismas, se amparan, en este caso, a través del contrato de seguros, conforme las disposiciones del código del comercio.

Ahora bien, en la Cláusula Sexta del Contrato de obra No OB-088-2023 se señala como obligación la de amparar los riesgos derivados del BUEN MANEJO Y BUENA INVERSION DEL ANTICIPO: Por una cuantía equivalente al 100% del valor del ANTICIPO desde el perfeccionamiento de este hasta el término de sus vigencias o sus prórrogas según el caso y cuatro (04) meses más.

De CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. Por una cuantía equivalente al 15% del valor del CONTRATO desde el perfeccionamiento del mismo hasta el término de sus vigencias o sus prórrogas según el caso y cuatro (04) meses más.

Así las cosas, a través de la póliza CCS 1000025642 expedida por seguros mundial se cubrieron tales riesgos.

De forma tal que, y del contenido de la resolución 349 de fecha 18 de diciembre de 2024, notificada con sus anexos a los buzones de correo electrónico de la contratista y la

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

compañía de seguros el pasado 19 de diciembre de 2024, de puede colegir sin mayores dudas que estas enfrente de un flagrante incumplimiento de las normas y del contrato.

Para ello, solo échese una lectura desprevenida de las obligaciones pactadas que se relacionan con el objeto, alcances y/o obligaciones del contrato, y confrontas estas con lo desarrollado de la obra, para arribar a la conclusión de que estamos en presencia de un incumplimiento, veamos porque:

La condición objeto del contrato es la construcción de 18 viviendas en la zona urbana del municipio de Pueblo Rico, para ello, se hizo entrega de los diseños con los cuales se debía ejecutar la obra. En el cuadro del presupuesto se indicó un rubro con el que se debía contratar un equipo de profesionales, que eran los encargados de dirigir la obra. También en el contrato se estableció la forma de pago, la cual sería a través de un anticipo del 50%, girado a la contratista de obra, para la inversión conforme al plan de inversión, que era destinado para la compra de materiales, alquiler de maquinaria y herramientas y el pago de la mano obra.

Conforme al desarrollo de la obra, estos profesionales debían rendir los respectivos informes de sus actividades, los cuales hacen parte del informe de balance de obra y balance financiero, que periódicamente debe ser presentado al contratante, para ser este cargo en el aplicativo GESPROY del sistema general de regalías, a cargo del departamento nacional de planeación.

En el seguimiento realizado con la dependencia respectiva, esto es, la subdirección de control de vigilancia a los recursos del SGR, al advertir la ausencia de estos documentos dispuso de un equipo de profesionales, para que realizarán visita a la obra y la parte documental del proyecto, que venía siendo ejecutado por la firma Ingeniería y Proyectos Sostenibles S.A.S., al advertir la falencias constructivas de la obra, generó a través del acta respectiva los hallazgos de fecha 4 de abril de 2024, con el fin de que fuera solucionados. En tanto dio apertura a un proceso administrativo sancionatorio, y como medida previa, suspendió el giro de recursos. Lo propio hizo la contraloría en la vigilancia de los recursos públicos.

Por esa razón la entidad contratante, esto es, Fonpacífico, se dio a la tarea de remitir esas actas a la representante legal de la firma contratista, desde el mes de abril, mayo, solicitándole atendiera los requerimientos, haciendo caso omiso de ello. Entre tanto, se comunicó a la compañía de seguros y se generó el informe de las irregularidades relacionadas con las obras ejecutadas, que no cumplían con la norma constructiva y que

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

se requería recuperar los recursos girados. No obstante la señora Buitrago Espinosa, nunca rindió explicación alguna, como tampoco hizo devolución de los recursos girados.

Ahora bien, toda acción tiene una consecuencia, la propia en este proceso, es que ni en los requerimientos realizados, ni dentro del trámite administrativo se desvirtuaron las conductas impropias asumidas por la representante legal de la firma contratista en el entendido que es la responsable de la ejecución de la obra y del manejo de los recursos entregados.

Siendo ello así al verificar el contenido de la **cláusula segunda: B) OBLIGACIONES DEL ASOCIADO TECNICO**: "... 1. Cumplir el objeto del contrato, ejecutando y entregando la obra contratada de acuerdo con los criterios de calidad exigibles, los diseños, los planos y las especificaciones de construcción que hacen parte del Término de Referencia, con sujeción a los precios unitarios estipulados y dentro del plazo establecido. Además, deberá entregar informes semanales y mensuales para revisión del avance por parte del asociado técnico interventor y el supervisor del contrato". 21) Utilizar los diseños, planos, estudios técnicos y especificaciones de construcción requeridas por FONPACIFICO, únicamente para el desarrollo del objeto contractual, sin que por ello se entienda conferido algún derecho de propiedad intelectual. Su entrega, en ningún caso, se entenderá como cesión de derechos o licenciamiento".

Entonces, de lo aquí expuesto, da cuenta que si no se cumplió con este precepto, toda vez, que no se hizo el proceso constructivo acorde a los criterios de calidad exigibles, los diseños, los planos y las especificaciones de construcción. La consecuencia lógica es darse aplicación al contenido de la cláusula decimosegunda: **RESPONSABILIDAD**: El Asociado Técnico es responsable por el cumplimiento del objeto establecido en la cláusula primera del presente contrato, en tanto, corresponde al alcance contenido en el presupuesto, descrito en ítem, actividades, cantidades de obra y las obligaciones a su cargo ya citadas en apartado anterior.

Y de paso a la Decimotercera: **CADUCIDAD**: FONPACIFICO mediante Resolución motivada, podrá declarar la caducidad del contrato, si el Asociado Técnico incurre en cualquiera de las causales de caducidad previstas en la ley ... "Cláusula decimocuarta: PENAL PECUNIARIA: en caso de incumplimiento definitivo, de las obligaciones a cargo del Asociado Técnico o de la declaratoria de caducidad del contrato, FONPACIFICO podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria ..." Cláusula decimoquinta: "... MULTAS POR INCUMPLIMIENTO O RETRASO MAYOR: En caso de mora en el cumplimiento de la programación de la obra superior a diez (10) días calendario y-o en

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Asociado Técnico, FONPACIFICO le impondrá una multa ...”.

Por tanto, afirmamos que estamos frente a la violación del clausulado del contrato, conforme con la ley, esto es, el artículo 1602 del CC, ya citado donde la precedente es declarar la responsabilidad por el incumplimiento, derivado de la mala utilización del plan de inversión del anticipo.

Si revisados las condiciones generales de la póliza tenemos que,

**1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO.**

ESTE AMPARO CUBRE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA ENTIDAD ESTATAL CON OCASIÓN DE:

- (I) LA NO INVERSIÓN DEL ANTICIPO; Y
- (II) EL USO INDEBIDO DEL ANTICIPO; Y
- (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS RECURSOS RECIBIDOS EN CALIDAD DE ANTICIPO.

**1.3 AMPARO DE DEVOLUCIÓN DE PAGO ANTICIPADO**

ESTE AMPARO CUBRE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA ENTIDAD ESTATAL POR LA NO DEVOLUCIÓN TOTAL O PARCIAL DEL DINERO ENTREGADO AL CONTRATISTA A TÍTULO DE PAGO ANTICIPADO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR.

06/04/2021 -1317-P-05-PPSUS2R000000059-D001  
06/04/2021-1317-NT-P-05-NTPSUS2R000000060



**1.4 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

ESTE AMPARO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE: (A) EL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA; (B) EL CUMPLIMIENTO TARDÍO O DEFECTUOSO DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA; (C) LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES; Y (D) EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.

**1.5 AMPARO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES**

ESTE AMPARO DEBE CUBRIR A LA ENTIDAD ESTATAL DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DEL CONTRATISTA DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL UTILIZADO EN EL TERRITORIO NACIONAL PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO.

LA ENTIDAD ESTATAL NO DEBE EXIGIR UNA GARANTÍA PARA CUBRIR ESTE RIESGO EN LOS CONTRATOS QUE SE EJECUTEN FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL CON PERSONAL CONTRATADO BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO AL COLOMBIANO.

**1.6 AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE OBRA.**

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

De tal suerte, que teniendo el amparo y la cobertura sería del pago que la compañía de seguros, atienda el reclamo realizado, en punto de servir como garante del contratista, que al fin el origen de constituir dicho amparo.

La garantía de cumplimiento del contrato tiende a asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, razón por la cual podrá hacerse exigible cuando ocurra cualquier conducta imputable a éste que altere la "lex contractus", ya sea por mora o retardo injustificado en la atención de sus compromisos, o por un incumplimiento de sus obligaciones a través de la cual Fonpacífico podrá exigirle al garante el pago de la cláusula penal como consecuencia de la declaratoria de caducidad. En el presente caso, el contratista incurrió en conductas contradictorias a las cláusulas del contrato y desatendió los requerimientos que se le hicieron. Además, no esclareció la inversión del anticipo pese a las solicitudes realizadas, como tampoco se mostró intención en justificar sus gastos, los cuales no se podrán constatar con el acto de la liquidación del contrato si se tiene en cuenta la desproporción entre la suma entregada por este concepto y el valor total de las obras ejecutadas. Esta circunstancia no impide a Fonpacífico declarar el incumplimiento de la contratista y hacer efectiva la garantía del anticipo simultáneamente.

Para darle sustento a nuestras afirmaciones, traemos en cita algunos precedentes jurisprudenciales, así:

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, dentro del radicado Radicación número: 10607, obrando como Consejero Ponente el Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, indicó:

“(...)

*Al acomodarse este motivo a la causal “si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad”, considera la Sala que en estricto sentido la entidad pública demandada no se extralimitó en el ejercicio del poder exorbitante, pues frente a un contratista renuente a cumplir lo estipulado en el contrato y de paso las órdenes que se le impartían, se dificultaba la ejecución del contrato al no tener la entidad contratante control sobre los dineros entregados al contratista por concepto de anticipo. Así mismo, la interventoría quedaba excluida del control de las inversiones que éste se había comprometido a hacer de acuerdo al plan*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

*presentado. En rigor jurídico se trataba de una obligación conocida y aceptada por el contratista, luego debía cumplirla y más cuando no era de imposible cumplimiento y como es apenas obvio, los actos de los contratantes deben ajustarse a lo pactado en el negocio jurídico y al principio de la buena fe (art. 83 Constitución Política).*

*Si bien es cierto el manejo inadecuado del anticipo del contrato no estaba consagrado expresamente entre las causales de caducidad enunciadas en el art. 62 del decreto ley 222 de 1983 ni en la reiteración que de las mismas hizo el art. 286 del Estatuto Fiscal, ni en las enunciadas en la cláusula décimo primera del contrato, la entidad podía evaluar el incumplimiento del contratista. De acuerdo con lo pactado en el contrato, el contratista incumplió con una de las obligaciones contractuales, concretamente con una asumida en la cláusula sexta y no fue satisfactoria para la entidad pública la inversión de los recursos del anticipo que éste hizo, la cual no estaba obligada a aceptar pues no era esa la que habían acordado en el contrato. Ahora bien, en contra de lo planteado por la demandante en cuanto a que su incumplimiento no imposibilitó la ejecución del contrato ni causó perjuicios a la entidad demandada, la Sala reitera lo dicho ya en otra ocasión<sup>1</sup>., en el sentido de que los poderes exorbitantes otorgados a la administración dentro del contrato tienen la finalidad de garantizar una prestación en forma adecuada del servicio público, lo cual la dispensa de probar el daño que le causa o le puede causar el incumplimiento del contratista y es a éste a quien le corresponde acreditar que con su retardo no ha causado ningún perjuicio a la administración. Dicho de otra manera, es al demandante a quien corresponde desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo (art. 66 c.c.a.) y demostrar que a pesar de no haber utilizado el anticipo como estaba previsto en el contrato, no se hacía imposible su ejecución ni se causaron perjuicios a la entidad. Pero si en gracia de discusión se dijera que la causal invocada por la administración no se acomoda con exactitud a lo probado, con fundamento en la teoría de la sustitución de motivos por el juez<sup>2</sup> bien pudo la entidad pública invocar para la declaratoria de caducidad la causal cuarta de la cláusula décimo primera del contrato, que hacía relación a “la negativa del contratista a ejecutar las órdenes, reparaciones o modificaciones a los trabajos ordenados por la EMPRESA de acuerdo con lo previsto en este contrato”*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*Y es que esta causal no solamente podía entenderse como la negativa a las órdenes relacionadas directamente con la ejecución de los trabajos, toda vez que las órdenes que pueden ser dadas al contratista durante el desarrollo del contrato son todas aquellas derivadas del poder de dirección y control que se relacionen con el cumplimiento del contrato mismo y las obligaciones que asume el contratista a lo largo de éste son diversas y de distinta naturaleza<sup>3</sup>.*

1. Ver sentencia de mayo de 1999, exp- 10.196 con ponencia de quien proyecta ésta
2. Consejo de Estado, sentencia del 15 de noviembre de 1977. C.P.Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado, sentencia del 15 de noviembre de 1977. C.P.Carlos Betancur Jaramillo.
3. Hoy día el art. 14 de la ley 80 de 1993 señala con toda claridad que la primera potestad que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, es el poder de dirección general, control y vigilancia de la ejecución del contrato. Dentro de esa potestad se encuentra el control contable y financiero, el cual está dirigido a verificar el buen manejo e inversión de los recursos del contrato.

*5. la garantía de manejo y correcta inversión del anticipo y de cumplimiento del contrato. La alegación de la demandante de que lo adecuado era hacer efectiva la garantía del anticipo y no la declaración de caducidad del contrato, carece de sustento jurídico, pues cuando esta se hace efectiva no es una sanción, sino como su nombre lo dice, es la posibilidad de obtener del garante el pago de la suma o de la parte de ella como consecuencia de un mal manejo o una incorrecta inversión del*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*anticipo, ya que la administración encuentra que ha sufrido un detrimento patrimonial.*

*La garantía de cumplimiento del contrato tiende a asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo del contratista, razón por la cual podrá hacerse exigible cuando ocurra cualquier conducta imputable a éste que altere la lex contractus, ya sea por mora o retardo injustificado en la atención de sus compromisos, o por un incumplimiento imperfecto de las especificaciones del contrato o un incumplimiento de sus obligaciones, a través de la cual la entidad pública podrá exigirle al garante el pago de la cláusula penal como consecuencia de la declaratoria de caducidad. En el presente caso, el contratista incurrió en conductas contradictorias a las cláusulas del contrato y desatendió los requerimientos de la administración; además no esclareció la inversión del anticipo pese a la intención que tuvo de justificar sus gastos, los cuales no se constataron a la liquidación del contrato si se tiene en cuenta la desproporción entre la suma entregada por este concepto y el valor total de las obras ejecutadas. Esta circunstancia no impedía a la administración para declarar el incumplimiento del contratista y hacer efectiva la garantía de anticipo simultáneamente”.*

En línea con lo anteriormente expresado El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección B, dentro del Radicación número: 25000232600019971486101 (27593), obrando como Consejero Ponente el Doctor Danilo rojas Betancourth indicó:

“(…)

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

*Es por esta razón, precisamente, que sólo resulta procedente la declaratoria de caducidad cuando el contrato se halla vigente, pues tratándose de la terminación unilateral anticipada del mismo, no tendría sentido tal declaratoria cuando el contrato ya ha terminado por otro medio, como lo es el vencimiento de su plazo. Al respecto, ha dicho la Sección:*

*(...) la caducidad es una potestad sancionatoria de la Administración, pero la legitimidad de este poder exorbitante y su ejercicio gravita, primordialmente, en las necesidades públicas y en el cumplimiento de las funciones estatales que determinan la continuidad sin dilaciones e interrupciones del servicio público y, por ende, del objeto de los contratos con los cuales se persigue su prestación. Así, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, sobre el particular enseñan que:*

*“...A la Administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general. De ahí que la Ley no se conforme con reconocer a la Administración la facultad de resolver el contrato cuando el contratista incumpla sus obligaciones y trate, antes que nada, de asegurar que el incumplimiento no se produzca, poniendo en juego con este fin los poderes de coerción (...)*

*El incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato es causa de resolución del mismo. (...) la resolución ‘es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa del riesgo de que quede*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*frustrado por la conducta de la otra parte´. Se trata, pues, ante todo, de evitar que el interés público padezca a resultas de la paralización de las obras o servicios contratados, que siempre comportan unos perjuicios generales que el cumplimiento por equivalente (incautación de la fianza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser bastante para reparar...”<sup>18</sup>*

*Posición que comparten otros autores, como José Roberto Dromi, quien coincidiendo en líneas generales, asevera:*

*“...Las sanciones rescisorias son las de mayor gravedad, pues dan lugar a la extinción del contrato administrativo. Proceden únicamente ante faltas especialmente graves, y la Administración recurre a ellas sólo cuando no haya otro medio para lograr la ejecución de las obligaciones contractuales debidas por el contratista (...) Los contratos administrativos contienen por lo común cláusulas relativas a la forma y efectos de las sanciones rescisorias, pero la ausencia de tales cláusulas no impide que la Administración Pública disponga la rescisión, no como sanción de un incumplimiento contractual, sino cuando el interés público lo exija por razones de mérito...”<sup>19</sup> (Subraya la Sala).*

Bajo esta premisa, es pertinente traer a colación apartes de la Sentencia T-209/2006 que mencionó la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal así: Adicionalmente, se citan algunos apartes de la Sentencia 1015 del 20 de mayo de 2022 del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, Radicación número: 250002326000201101015 01 (52360), relacionados con el principio de buena fe en materia contractual así:

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

18 [30] “*EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Ob cit., Págs. 743, 769 y 770*”.

19 [31] “*DROMI, José Roberto, Derecho Administrativo, Edc. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, Pág. 353*”.

*“(…) El principio de la buena fe en materia contractual alude, esencialmente, a la lealtad que deben guardar las partes al celebrar y ejecutar el acuerdo de voluntades, a fin de que su objeto y las obligaciones asumidas se puedan desarrollar y cumplir de manera satisfactoria. El artículo 1603 del Código Civil prevé el deber de obrar conforme a tal postulado, al señalar, en efecto, que “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella” -lo que en los mismos términos establece el artículo 871 del Código de Comercio[8]-. Este elemento ostenta un rango superior por estar consagrado igualmente en la Constitución Política, cuyo artículo 83 señala, precisamente, que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a la buena fe. (Negrilla y subrayado fuera de texto) En desarrollo de dicho principio, la normativa civil*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*establece además que todo contrato es ley para las partes y “no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602 del Código Civil), lo que implica que al asumir cada sujeto de la relación contractual determinados compromisos en pacto expreso, no le es dable desconocerlos posteriormente en forma unilateral, salvo en los eventos en que la ley lo exija o autorice, pues en caso contrario, lo convenido solo podrá invalidarse por mutuo acuerdo entre las mismas partes. (...)* (Negrilla y subrayado fuera del texto.)

## **X. DE LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN, TASACIÓN DE LA MISMA Y DEFINICIÓN DE AFECTACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO:**

Teniendo en cuenta los antecedentes procesales, las pruebas obrantes en el proceso, esta Entidad declara el incumplimiento y ocurrencia del siniestro del contrato OB-088-2023 suscrito entre Fonpacífico y la sociedad Ingeniería y Proyectos Sostenibles SAS, representada por la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa, en virtud de lo dispuesto en el clausulado del contrato, afectando la póliza de cumplimiento en su amparo de cumplimiento del bilateral así:

Establece la Cláusula Sexta: del Contrato de obra No OB-088-2023 señala: “**BUEN MANEJO Y BUENA INVERSION DEL ANTICIPO**: Por una cuantía equivalente al 100% del valor del ANTICIPO desde el perfeccionamiento de este hasta el término de sus vigencias o sus prórrogas según el caso y cuatro (04) meses más.

Así las cosas, la contratista de obra, adquirió la póliza de cumplimiento y demás con la aseguradora mundial de seguros, quien expidió la póliza CCS 1000025642, con una vigencia que cubre del 12 de abril de 2024 al 15 de junio de 2025 y por un valor asegurado de: \$1.359.066.243,04. Luego, la misma se encuentra vigente, para su exigibilidad.

Así las cosas, conforme quedo plenamente acreditado, al haberse dado un mal manejo del plan de inversión del anticipo, pues las casas construidas no cumplen la norma técnica ni con los diseños entregados al momento del inicio del proceso, por ende el valor

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

allí invertido que ascendió a 150 millones de pesos, según lo pudo establecer el supervisor, con los propios valores del presupuesto del contrato, pero aun así, no pueden ser reconocido, y por el contrario deben ser demolidas las viviendas construidas, precisamente por estar en contravía de lo ya argumentado y acreditado a través de los diferentes medios de pruebas allegados al proceso. Con la consecuencia de la devolución del 100% del plan de inversión del anticipo, que no fue apropiado a la obra.

Ahora bien, al declararse la caducidad del contrato, imposibilita el poder continuar con la ejecución de la obra. Luego, el balance financiero sería del siguiente tenor:

**i. Balance Financiero de Obra:**

Valor Contrato		\$ 2.718.132.486,08=
Anticipo	\$1.359.066.243,04	0,00=
Valor total de actas pagadas	\$ 0,00=	
Valor presente acta	\$ 0,00=	
Saldo del Contrato sin ejecutar	\$1.359.066.243,04	
<b>SUMAS IGUALES</b>	<b>\$ 2.718.132.486,08=</b>	<b>\$ 2.718.132.486,08=</b>

No hay saldos por liquidar ni pagar, luego no hay forma de amortizar el anticipo, en tanto que se dispone la devolución de este valor, es decir la suma de \$1.359.066.243,04.

Para argumentar esta postura, debemos invocar las normas en que se fundamentó este llamado.

Para ello, debemos partir por indicar que, a la luz contenido del artículo 1502 y ss del código civil, el contrato es ley para partes, luego el haber aceptado con la firma el contrato, la asociada técnica de obra, se sometió al imperio de la ley, siendo vencida en juicio concentrado y contradictorio, con la práctica de pruebas, en consecuencia la compañía de seguros como garante del contrato, se hace solidaria con las resultas de esta actuación que hoy concluye con esta decisión.

Atendiendo a lo anteriormente indicado, el contrato, a través del acuerdo de seguro, según definición del artículo 1036 del CC, lo que guarda armonía con el artículo 1077, lo cubre de los riesgos. En este caso, el cumplimiento de las obligaciones derivadas. Por cuanto si la contratista a pesar de haberla requerido en aras de que hiciera la devolución de los

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

recursos y al no haberlo hecho, obligó a la entidad que represento a dar inicio al proceso administrativo sancionatorio y llevar a declarar el incumplimiento del contrato, como ya tantas veces se ha referido y buscar a través del garante proteger los recursos públicos.

Para reforzar esta postura, mediante Sentencia 23-31-000-2011-01873-00 (53914), de fecha 26 de noviembre de 2015, cuyo Consejero Ponente fue el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se expresa lo siguiente:

*"(...) De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza (...)."*

Reiteramos que el acervo probatorio adosado a la actuación administrativa, da cuenta de la existencia del error, equivoco, yerro del mal proceso de construcción ejecutado sobre las cuatro viviendas construidas por la contratista, por no estar estas conforme con los diseños en que debía soportarse, luego, la conducta desviada, contrarió la ley, y el contrato al no cumplir con el objeto, alcance y obligaciones contenidos en el acuerdo numerado al OB-088-2023, conducta que deriva en lo que se le enrostra como trasgresión, y que como consecuencia lógica es la obligación hoy de reparar.

Seguidamente se declara la caducidad del contrato de obra OB-088-2023, para ello acudiremos al contenido de la Cláusula Decimotercera: Establece; **CADUCIDAD**: FONPACIFICO mediante Resolución motivada, podrá declarar la caducidad del contrato, si el Asociado Técnico incurre en cualquiera de las causales de caducidad previstas en la ley ...".

En caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones a cargo del Asociado Técnico o de declaratoria de caducidad del contrato, FONPACIFICO podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen, sin perjuicio del derecho a obtener del Asociado Técnico y/o de su garante el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. El Asociado Técnico autoriza a FONPACIFICO a descontarle, de las sumas que le adeuden, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, FONPACIFICO podrá obtener el pago de la pena de apremio mediante reclamación de pago ante la compañía de seguros, dentro del amparo de cumplimiento otorgado con la garantía única. El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total del contrato. La aplicación de la pena pecuniaria establecida en el presente numeral deberá estar precedida del procedimiento establecido en el numeral 3.14.3 del Término de Referencia y culminará, en cualquier caso, con la expedición de un acto administrativo motivado. El acto administrativo, además, declarará el incumplimiento definitivo de las obligaciones y, según corresponda, la terminación o caducidad del contrato.

Ya en el acápite anterior, se hizo referencia a las circunstancias en que acaecieron los hechos objeto de reproche, que motivan adoptar la presente decisión, lo cual quedo plenamente fundamentado con las referencias jurisprudenciales traídas en cita por el órgano de cierre en materia contencioso administrativa, e incluso por la Sala de Casación Civil de la Honorable corte de Justicia. Todo ello, se encuentra debidamente acreditado con los elementos de pruebas, que fueron puestos en conocimiento de la contratista y de la garante, esto es Mundial de Seguros, con la notificación hecha a los buzones de correo electrónicos el pasado 19 de diciembre de 2024.

Ahora bien, en lo que respecta a la tasación de los perjuicios que pueden derivar en la imposición de la cláusula penal pecuniaria, contenida en la Cláusula decimocuarta: PENAL PECUNIARIA: en caso de incumplimiento definitivo, de las obligaciones a cargo del Asociado Técnico o de la declaratoria de caducidad del contrato, FONPACIFICO podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

La Corte mediante sentencia C-564 de 2000, se pronunció sobre los contenidos de los procedimientos administrativos, pronunciándose sobre la finalidad de aquellos: “El derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

determinación de la sanción en un caso concreto.” (Corte Constitucional, 2000) Finalmente, la misma corporación señaló en sentencia C -144 de 2015 “Para finalizar, llama la atención en que la proporcionalidad y razonabilidad de estas medidas se encuentra determinada por el caso en concreto, pues dependen de qué clase de riesgo se pretenda prevenir”

Conforme con lo anteriormente indicado, y que la póliza constituida por la contratista a través de la compañía Mundial de Seguros, ampara el cumplimiento del contrato y muy a pesar de la declaratoria de incumplimiento del contrato y su caducidad, este amparo no será afectado, partiendo de que no se trata de causar más perjuicios a los ya generados.

Si bien es cierto, la administración municipal, se ve afectada por la no realización de su obra, considera este operador administrativo, que la devolución del 100% del plan de inversión de anticipo, cubre los daños ocasionados, atendiendo a que en la designación realizada por el municipio para la ejecución de recursos del sistema general de regalías, contenido en la Resolución 047 de fecha 2 de febrero de 2023, “*POR MEDIO DEL CUAL SE APRUEBA UN PROYECTO DE INVERSIÓN DE FORMA DIRECTA CON CODIGO BPIN NO BPIN 2022665720022, OBJETO: “CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA PARA LA POBLACIÓN DEL MUNICIPIO DE PUEBLO RICO” CON RECURSOS FINANCIADOS C PROVENIENTES INVERSIÓN LOCAL DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS-SGR-, EN EL MARCO DEL DECRETO 1821 DE DICIEMBRE 31 DE 2020*”.

Para ello, se asignó como recursos a ejecutar el valor de \$3.076.008.310,88, que serían distribuidos para la obra la suma de \$2.718.132.486,08, y para la interventoría la suma de \$356.500.145,39.

Recordando que, inicialmente las fuentes de financiación del sistema general de regalías, fueron afectadas con la expedición de los CDP y Registros, para la obra y la interventoría, No obstante, los recursos girados a la interventoría, a título de anticipo, fueron devueltos, al liquidar en el mes de mayo el contrato de interventoría. Luego allí se encuentra el 100% del valor destinado para la interventoría, quedando solo pendiente la devolución al sistema del 50% del anticipo girado a la contratista de obra, pues el restante 50%, se encuentra en la cuenta maestra del Ministerio de hacienda, desde donde se hacen giros, por todo concepto.

Así las cosas, si bien se hacen los movimientos financieros que generan unos costos, en este caso las transferencias realizadas no se ven afectadas, por retenciones o descuentos alguno.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

En este caso, debemos tener en cuenta que, el anticipo se entiende como un depósito de recursos públicos realizado por el Ministerio a los contratistas, cuyo fin es financiar la iniciación y la ejecución del objeto del contrato, debe ser invertido por los contratistas en los gastos para lo cual ha sido solicitado, de acuerdo con el “Plan de Inversión Mensualizado del Anticipo” y debe amortizarse en cada pago.

El giro del anticipo al no constituirse como un pago, no está sujeto a descuentos y retenciones. Posteriormente con la presentación de facturas o documentos equivalentes para gestionar los pagos, se realizan las respectivas retenciones y descuentos de ley a que haya lugar. Cada factura o documento equivalente debe especificar el porcentaje y el valor de los dineros entregados en calidad de anticipo que se está amortizando.

Por esta razón, dicho valor no se vería afectado por concepto tributario o carga impositiva.

En estas condiciones, al producirse la devolución de los dineros completamente a las arcas de la nación, dichos recursos no se verían afectados.

En síntesis, no se evidenciaría, valor alguna a reparar, diferente del reintegro que ya se anunció se deberá realizar por efecto de la revolución del anticipo girado a la contratista de obra.

Si bien, en el acto de convocatoria inicial contenido en la resolución 349 de 2024, y de manera provisional se taso perjuicios en la suma de:

<b>Valor del contrato</b>	<b>Cláusula Penal del 10%</b>	<b>Porcentaje de Incumplimiento</b>	<b>Valor del amparo</b>
\$2.718.132.486,08	\$271.813.248,60	100%	\$271.813.248,60

En consideración a los retrasos de la obra Pero es más cierto, que las mandatarias judiciales de la contratista y la garante, hicieron hincapié en el hecho de; la doctora Sandra hizo mención de que el contrato estaba suspendido, lo cual es cierto a partir del día 12 de marzo de 2024, prorrogándose. Entre tanto, la doctora Camila, advirtió sobre

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

tener encuentra el principio de proporcionalidad, pero se trata de impartir justicia, a través de la actuación administrativa, lo que en ciernes finalmente interesa a nuestra entidad, es ante el fracaso de la obra, y hecho estos análisis lo pretendido, insistimos es que se haga la devolución del anticipo girada a la contratista y con esa, sería suficiente, para dar más trascendencia a este asunto, a más del que ha tenido y posiblemente, con esta devolución, poder desaprobar el proyecto ante el SGR, para el municipio pueda hacer uso de sus recursos, como también poder generar el acto administrativo del cierre del proyecto ante el aplicativo GESPROY, y de esta manera se clausure el proceso administrativo sancionatorio, que dio apertura a esta situación en la Subdirección de Control de Vigilancia del DNP.

Realizada la lectura de la decisión, se corrió traslado de la misma a las partes, con el fin de que si s bien consideran hagan uso del derecho de contradicción a través del recurso respectivo. Para ello, se le concedió el uso de la palabra a las apoderadas, quien manifestaron que interponen el recurso de reposición en contra de la resolución 011 de 2025. Adicionalmente solicitaron se concediera un término prudencial para ello. El despacho accedió a suspender la audiencia hasta el día martes 21 de enero de 2025, a las 2.

El día 21 de enero de 2025, se reanudó la audiencia, concediéndose el uso de la palabra a la Ingeniera Paola Andrea Buitrago Espinosa, quien actúa en calidad de representante legal de la firma contratista, para manifestar:

*“Dentro del marco de la solicitud del recurso de reposición solicitada en la audiencia pública, me permite sustentar el mismo en los siguientes términos. Frente al contenido que se resuelve del asunto en el cual se declara el siniestro y la caducidad del contrato OB -088-2023, cabe manifestar que desde el momento mismo en el cual se estructuró la*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*fase precontractual del proyecto objeto, este mismo presenta un vicio en su formulación. Toda vez que el mismo adolecida de la totalidad de las licencias necesarias para lograr de manera efectiva la ejecución.*

*Por lo cual, no se dio de plano la respectiva maduración del proyecto y la verificación de estos requisitos necesarios en el cargue de la MGA web, ya que contenía un vicio oculto para todas las partes ante la imposibilidad misma de la ejecución por temas de riesgo sobrevivientes y la existencia de vicios que no se adicionaron y que en últimas fueron puestos en conocimiento por parte de las partes una vez el contrato estaba en fase de ejecución. Ahora bien el garante de esta información era la administración municipal que generó el proyecto y realizó toda la causa previa llevando al error a las partes. Sin avizorar que la causal invocada para decretar la caducidad del contrato se generó frente al informe de la supervisión por presuntos errores de la construcción, esos pudieron ser salvables por parte de la empresa ingeniería de proyectos sostenibles. Toda vez que se realizan las actividades necesarias para garantizar la efectiva ejecución de la obra contratada asumiendo bajo su propia fuente el riesgo del desarrollo del mismo contrato bajo las condiciones iniciales.*

*Ahora bien, la falta de prevención frente a un hecho salvable en la ejecución la decisión de caducar el contrato sin llegar a un proceso de liquidación bilateral o unilateral que debió agotarse entre las partes máximas y existiendo la voluntad misma de nuestra firma y hacer este tipo de procedimientos. Más con el conocimiento previo de un vicio que afectaba la ejecución, la aplicación misma del artículo 70 de la ley 80 del 93 frente a la liquidación del contrato. Además la sala de consulta y servicio civil en sentencia 11001 0307000 2015 006700 Consejo Ponente Álvaro Námen Vargas, donde manifiesta que de acuerdo con el lenguaje de la ley se debe definir el valor de los salarios y las vendas correspondientes al mismo. Así como ponerle fin a los derechos y obligaciones que derivan de la cuenta contractual.*

*Ahora paréntesis la liquidación es un ajuste o rendición final de cuentas que se producen en el objeto de las partes contratantes establecido con fundamento en el desarrollo del contrato. Las acreencias pendientes o saldos a favor o contra de cada uno o se declaran a paz y salvo, según mis casos, para extinguir el negocio jurídico celebrado. La liquidación es una actuación que procede con posterioridad a la terminación normal o anormal del contrato estatal, por causas contractuales o legales o por causas atribuibles*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

a ambos contratantes o a uno de ellos.

*Entre los modos o causas normales de la terminación de los contratos puede incluirse el cumplimiento del objeto, el vencimiento del caso extintivo de la duración del contrato y el acaecimiento de las condiciones resolutorias expresadas por las partes. Por ello, la decisión tomada frente a la declaratoria del siniestro y caducidad del contrato aplicaría frente a la existencia de una actuación anormal de imputarle al contratante o al contratista el vicio que afectó al proyecto que se debió presentar desde el momento mismo de la sustentación misma. Por ello, el feliz término del actuar contractual no puede ser menos que la liquidación y no en el llamado de audiencia de incumplimiento frente al negocio jurídico planteado.*

*Fue un pacífico y donde se previó un error de la administración municipal en el curso de la indebida estructura del proyecto, el cual en últimas afectó el desarrollo contractual y que en último generó el presente siniestro y caducidad, que no debió surtir y haber desarrollado todas las declaraciones contractuales por revuelta ajena a la parte y que se constituye en una fuerza mayor o caso fortuito y que al tenor de la decisión adoptada debe revocar y proceder a la liquidación bilateral del mismo. No es más”.*

Seguidamente se le concedió el uso de la palabra a la doctora Camila, apoderada de la garante, quien manifestó:

*“Entonces, teniendo en cuenta pues que ya se había interpuesto el recurso de reposición frente a la resolución número 11 del 17 de enero del 2025, me permito realizar su correspondiente sustentación en los siguientes términos. Primero, la resolución. La resolución número 11 del 17 de enero del 2025 se expidió mediante falsa motivación, pues no se realizó un análisis riguroso de los argumentos y pruebas presentadas por el contratista y garantía.*

*La resolución número 011 del 2025, por medio de la cual se decide sobre la actuación administrativa sancionatoria procediendo a declarar el incumplimiento del contrato OB 088- 2023 y, como consecuencia, su caducidad fue expedida mediante falsa motivación, pues no se tuvieron en cuenta los argumentos y pruebas presentados por el contratista y el garante de sus respectivos descargos y alegatos de conclusión. Para sustentar este reparo debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Código de Procedimiento*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que proceda la nulidad de los actos administrativos entre ellos. Lógicamente, se encuentra en la resolución número 11 del 17 de enero del 2025, cuando hayan sido expedidas mediante falsa motivación.*

*Dicha causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado de la siguiente manera, “; la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, entendida como el deber que tienen las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto. La motivación de las decisiones judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 constitucional. En materia de procedimiento administrativo, el alcance de este deber no se limita a la expresión de los motivos que justifican la expedición del acto, pues se entiende que además estos deben ser veraces*

*El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta subsección indica, “los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta. b). la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.*

*Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber, primero cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraron debidamente acreditados o segundo cuando habiéndose probado unos hechos estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta. De igual forma la doctrina nacional se ha encargado de definir en qué consiste la motivación de los actos administrativos, así por ejemplo el profesor*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*Gustavo Penagos haciendo un recuento jurisprudencial y doctrinal menciona lo siguiente, "que por motivación del acto administrativo debe entenderse la exposición de las razones que mueven a la administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste, siguiendo este concepto podemos afirmar que la motivación viene a constituir la exposición de motivos que realiza la administración para llegar a la conclusión incierta en la parte resolutoria del acto o la resolución de la misma, la motivación o mejor la fundamentación del acto como prefiere el profesor Alberto Ramón Real y que acepta el tratadista Agustín Gordillo que es de carácter fáctico y jurídico con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada, la doctrina en general es unánime en aceptar que la motivación no es cuestión de forma sino de substancia o que se integra con la forma, también la doctrina siguiendo la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente cuáles son las exigencias que se deben satisfacer por parte de la administración para entender que ha motivado en debida forma sus decisiones, veamos, , la corte constitucional en sentencia del 25 de mayo del 2005 en donde siguiendo los lineamientos del profesor René Chapuz en su tratado de derecho dispone que el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias, primera, en primer lugar una exigencia propia de la democracia toda vez que conforme a esta se impone a la administración la obligación de dar cuenta en los actos administrativos de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido, en segundo lugar pone de presente la exigencia de adelantar una buena administración, en tercer lugar la motivación de los actos administrativos facilita el control de la actuación administrativa, así las cosas salvo excepciones previstas en el ordenamiento un acto administrativo sin motivación alguna o con motivación manifiestamente insuficiente carece de validez constitucional y legal al no expresar las causas fácticas y jurídicas o jurídicas que determinan su adopción". Para el caso en concreto se tiene que el Fondo Mixto de Etnocultura y Desarrollo Social Fondo Pacífico incurre en una falsa motivación al preferir la resolución número 011 del 17 de enero del 2025 pues lo cierto es que la misma no tuvo en cuenta o al menos no aparece un análisis detallado de los mismos en la parte de las consideraciones de la decisión administrativa de los descargos alegatos y pruebas presentados por el contratista como por mi representada compañía mundial de seguros que demostraban circunstancias fácticas y jurídicas diferentes a las que terminó concluyendo la administración en la parte resolutoria del acto administrativo que ahora se recurre.*

*La entidad contratante desestimó sin fundamento jurídico sólido las eximentes de responsabilidad debidamente argumentadas tales como la excepción de contrato no*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

*cumplido, la farsa mayor, caso fortuito y la teoría de la imprevisión. Si bien Fondo Pacífico reconoce parcialmente las deficiencias en los planos iniciales, la ausencia de la licencia de urbanización y las inconsistencias entre la obra ejecutada y los diseños originales, este reconocimiento resulta insuficiente pues omite considerar que estas deficiencias constituyen fallos fundamentales en la planeación del proyecto que imposibilitaron su correcta ejecución. Las inconsistencias detectadas en los planos y diseños originales evidencian errores técnicos sustanciales que comprometen la viabilidad del proyecto lo que llevó a la suspensión del mismo.*

*Se constata una inviabilidad técnica en la fase de ejecución no atribuible en ninguna de las partes lo cual justifica plenamente la solicitud de liquidación bilateral del contrato que se realiza por parte del contratista. En el marco de la liquidación bilateral solicitada debe considerarse que ingeniería y proyectos sostenibles incurrieron gastos administrativos y operativos significativos. Así mismo resulta necesario el reconocimiento de los costos derivados de los errores de planeación que generaron la inviabilidad técnica del proyecto contemplando un proceso de liquidación que permita una distribución equitativa de las cargas económicas.*

*En este sentido la resolución número 011 del 17 de enero del 2025 adolece de falsa motivación por la omisión de un análisis exhaustivo de pruebas y argumentos presentados. La falta de consideración de eximentes de responsabilidad, el desconocimiento de factores técnicos fundamentales y la ausencia de valoración de la inviabilidad del proyecto. Esta falta de análisis y la omisión de consideraciones en la motivación del acto administrativo socava en la validez de la decisión tomada por FON Pacífico, poniendo en evidencia una falsa motivación que justifica la revocación de la resolución número 011 del 2025.*

*Segundo, la resolución número 011 del 17 de enero del 2025 se expidió mediante falsa motivación, pues no se precisó cuál sería eventualmente el amparo afectado. A pesar de que en el expediente se encuentra que la póliza dé cumplimiento con su clausulado general, el fondo omitió precisar en las consideraciones y en la parte resolutive que ahora se recurre el amparo eventualmente afectado y su cuantía. El Consejo de Estado, citando la jurisprudencia constitucional en sentencia del 5 de julio del 2018, explicó la importancia de la motivación de los actos administrativos como elemento propio del acto y con fines de salvaguardar el debido proceso*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*administrativo.*

*De la siguiente manera, "La falta de motivación es violatoria del derecho al debido proceso, como lo estableció la Corte Constitucional en el fallo de 2005, basado en la sentencia SU-250 de 1998, entre otras, y que constituye precedente aplicable en el presente caso. El artículo 209 de la Constitución Política establece el principio de publicidad en las actuaciones adelantadas por la Administración Pública.*

*En la función administrativa está el servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Dentro de este principio se inscribe precisamente el de la motivación de los actos administrativos. La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la Administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido.*

*Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones previas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la Administración. Es pertinente traer a las observaciones al respecto del profesor García Enterría, citadas por la Corporación, en sentencia SU 250 de 1998. "La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello, no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo. Más técnicamente, la motivación es interna, no externa hace referencia a la perfección del acto, más que a las formas exteriores del acto mismo. Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente. Esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.*

*Por ejemplo, no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de incapacidad física. Habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado, y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución. De igual forma, el profesor Gustavo Penagos ha puesto de presente las características de lo que propiamente implica motivar un acto administrativo.*

*"La motivación o fundamentación del acto debe ser 1. cierta, 2. de buena fe, 3. seria y adecuada, 4. suficiente e íntimamente relacionada con la decisión, y 5. se deben evitar fórmulas de comodines susceptibles que deben ser aplicadas a todos los*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*casos. Como se puede observar, la jurisprudencia y la doctrina traída a colación, la motivación de un acto administrativo no solo es un elemento de toda decisión proferida por la administración pública, sino que además es un elemento que en ausencia puede causar la nulidad del mismo”.*

*Para el caso en concreto, se configura el anterior elemento de la falta de motivación, ya que en la resolución número 011 del 2025 no se precisa de manera clara, detallada y específica cuál es el amparo por afectar en la póliza de cumplimiento número 100025642 y mucho menos cuál es la cuantía reclamada respecto de cada amparo en el caso de que no fuera solamente uno, sino varios. Tercero, el Fondo Mixto de Etnocultura y Desarrollo Social Fon Pacífico incumplió su deber de mantener el riesgo en el contrato de seguro documentado en la póliza de cumplimiento 100025642, pues a pesar de que al contratista se le hicieron varios requerimientos previos por presuntos incumplimientos, los mismos nunca fueron notificados oportunamente a compañía mundial de seguros. Todo ello en desmedro e inobservancia del artículo 1060 del Código de Comercio, lo que implica la terminación del contrato de seguro y la ausencia de cobertura para el presunto incumplimiento declarado en la resolución número 011.*

*Para sustentar el reparo que ahora se formula, debe tenerse en cuenta la obligación que radica en cabeza de todo asegurado según el artículo 1060 del Código de Comercio, el cual menciona que la falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Frente al artículo se trae a colación la doctrina nacional que ha tenido a bien mencionar lo siguiente, “ es una clara consecuencia del carácter de trato sucesivo que tiene el contrato de seguro. Radica en el tomador o asegurado, normalmente en cabeza de este último, la obligación de mantener en situación similar a cuando se contrató el seguro, el cual estando del objeto asegurado y además de comunicar a la aseguradora por escrito cualquier circunstancia que implique agravación objetiva del mismo o variación de su identidad local.*

*De igual forma, frente a la aplicación de dicho artículo, a los contratos de seguro de cumplimiento la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil ha dicho lo siguiente, “conviene recordar que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y por tanto durante su vigencia debe conservarse la correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, cuya correspondencia es evaluada con la declaración*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
			Página 1 de 55

*precontractual que debe realizar el tomador sobre los hechos o circunstancias determinantes del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador, quien a partir de ese referente mide el grado de su eventual responsabilidad para calcular el monto de la prima que es la prestación cierta a cargo del asegurador o tomador. Pues bien, a la preservación de esta proporcionalidad entre la prima y el riesgo durante la vigencia de la relación contractual provee la ley mediante el régimen de la carga de información regulada en el artículo 1060 del Estatuto Mercantil, conforme a la cual prescribe que el asegurador o tomador según el caso están obligados a mantener el estado del riesgo y en tal virtud deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y que entrañen la grabación del riesgo o la variación de su identidad local a efecto de que éste pueda ejercer la facultad de allí conferida, esto es la de revocar el contrato o exigir el reajuste del valor de la prima. La falta de notificación oportuna de una situación de esa índole produce la terminación del contrato.*

*La oportunidad para cumplir con la referida carga difiere según que la alteración del riesgo sea o no voluntaria, pues si depende del atributo del asegurador o tomador, la notificación debe hacerse con antelación o menor de 10 días a la fecha de modificación del riesgo, término suficiente para que el asegurador ejerza una de las dos opciones conferidas por el legislador. Y si le es extraña, ellos deben efectuarse dentro de los 10 días siguientes en que la conozcan, conocimiento que en todo caso se presume luego de transcurridos 30 días desde del momento de la modificación. De esa manera, el régimen jurídico de la grabación del riesgo busca restablecer la equivalencia entre la nueva declaración del estado del riesgo ajustada a los hechos o circunstancias agravantes que sobrevengan luego de haberse ajustado el contrato.*

*Desde luego que ella debe ser sincera y por lo mismo es susceptible de inexactitud o reticencia que bien pueda aparejar, según el caso de la nulidad relativa del negocio jurídico, la retención de la prima a favor del asegurador o la reducción proporcional de la prestación asegurada. El deber de comunicación en cuestión conforme quedó dicho recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiera conocido no lo habría celebrado o lo hubiese concluido en condiciones más*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*onerosas para el tomador del mismo. Por tanto, de lo que se trata es de denunciar la grabación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas.*

*Pero las referidas circunstancias además de agravar el estado del riesgo deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el asegurador. Estas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas, así no son condiciones que agravan el riesgo las siguientes.*

*Cuando el tomador asegurado no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo y ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la grabación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base a la misma, ve la exclusión del riesgo, hipótesis que conforme a la delimitación efectuada en el seguro está fuera de la cobertura.*

*C. El aumento del valor de las cosas aseguradas. Desde luego que si el riesgo está agravado por las anotadas circunstancias y éstas son notificadas al asegurador de la forma y los términos establecidos por el ordenamiento jurídico, el seguro subsiste con todos los efectos mientras el asegurador ejerce la opción prevista en el inciso III del citado artículo 1060. Por cuanto, a partir de ese momento, su existencia dependerá del arbitrio de este quien podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima a que hubiere lugar, pero si no se cumple con esa carga de información, se produce la terminación del contrato y si la omisión es imputable a la mala fe del asegurado o tomador, dará derecho al asegurador a retener la prima,.*

*Vista la aplicabilidad del artículo 1060 del Código de Comercio, corresponde ahora dilucidar cómo FONPACIFICO incumplió la obligación que le impone dicho artículo. Para el caso en concreto, se tiene que en la resolución número 011 de 2025, la entidad contratante menciona que el contratista ya había sido renuente a cumplir las obligaciones del contrato coactado número OB-088 de 2023., "mencionan en la resolución.*

*En respuesta, el interventor presentó solicitud de terminación bilateral anticipada del contrato de interventoría, previo reintegro de los recursos desembolsados a título*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*de anticipo que se materializó a través del acta 29 de mayo del 2024. Recursos que fueron a su vez transferidos por parte de FONPACIFICO a la cuenta del Ministerio de Hacienda, quien administra los recursos del Sistema General de Regalías. Seguidamente, se instalaron varias mesas de trabajo con la Administración Municipal de Pueblo Rico, funcionarios de FONPACIFICO y la Asociación Técnica de Obra con el fin de buscar soluciones al problema constructivo de las viviendas.*

*En tanto que se extendió una consulta a la firma que realizó la consultaría para que determinara si el proceso constructivo cumplía con los estudios y diseños formulados. La respuesta tangente es que no, razón por la cual recomendó la demolición de las viviendas construidas. A partir de esa comunicación, se han realizado varios requerimientos a la Asociación Técnica de Obras de la Ingeniería, Paola Andrea Buitrago Espinoza, representante legal de Ingeniería y Proyectos Sostenibles, con el fin de que atienda requerimientos que se le han realizado a efectos de responder por la obra.*

*Ello mediante oficios de fecha 17 de mayo del 2024, 19 de septiembre del 2024, oficio C.M. 687 del 17 de octubre del 2024 y oficio C.E. 728 del 1 de noviembre del 2024, este último con la cual se comunicó el inicio del proceso administrativo sancionatorio. Los anteriores, cierro comillas, los anteriores presuntos incumplimientos no se notificaron a la Compañía Mundial de Seguros sino hasta el 1 de noviembre del 2024, aún a pesar de que dichos requerimientos agravaban el estado del riesgo trasladado a la compañía mediante la póliza de cumplimiento y a pesar de que el fondo tenía conocimiento desde el mes de mayo del 2024, lo cual indicaba el aumento en la probabilidad de que el contratista efectivamente incumpliera. Por todo lo anterior y en aplicación el artículo 1060 del Código de Comercio, se tiene que no resulta posible afectar la póliza de cumplimiento 1000025642, pues el contrato de seguro documentado en dicha póliza terminó desde el momento en que Fonpacífico omitió notificar oportunamente a la compañía aseguradora los requerimientos que se le hacían al contratista debido a su presunta renuencia al cumplimiento de las obligaciones.*

*En consideración a lo expuesto, respetuosamente se solicita que al momento de resolver el respectivo recurso se disponga primero revocar en su integridad la resolución número 011 del 17 de enero del 2025, por cuanto la misma fue expedida*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*mediante falsa motivación al no tener en cuenta la totalidad de los argumentos expuestos y en subsidio del anterior solicita que se revoque el artículo segundo de la resolución número 011 del 17 de enero del 2025, por cuanto ocurrió la terminación automática del contrato de seguros contenido en la póliza de cumplimiento 1000025642 a lo largo de lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio al no haber sido notificada la compañía de la grabación del riesgo por los constantes requerimientos al contratista por sus aparentes incumplimientos y atrasos. Muchas gracias, doctor. Ahí terminaría la sustentación del recurso por parte de la Compañía Mundial de Seguros”.*

Conforme con los planteamientos presentados por las togadas, procede esta entidad a desatar el recurso, para ello, se tiene que, en primera instancia lo hizo la representante legal de la firma ejecutora, en la cual en síntesis presento como argumentos los siguientes: **i) La ausencia de la licencia, como un vicio oculto.**

Al respecto, conviene precisar dos aspectos que merecen toda la relevancia y significancia jurídica; 1. Ello no comporta un hecho insuperable. 2. Es un hecho al que se accedió con la decisión, al no imponer sanción pecuniaria, haciendo efectiva la cláusula penal, pero explico:

Si el reparo es por el hecho de no tener licencia la obra, ello en nada se aviene a la falencia constructiva, recordemos que la obra tenía un componente de construcción que eran las viviendas y otro de urbanismo. Conforme con ello, el proyecto contó con la licencia de construcción, expresada a través de la resolución 896 de fecha 7 de diciembre de 2023, expedida por la secretaria de Planeación municipal de Pueblo Rico, la cual se encuentra adosada a la foliatura que hace parte del proceso precontractual, es decir, que hacían parte de los documentos y estudios previos puestos en conocimiento antes de la adjudicación del proceso de obra OB-088-2023. Por ello, no puede ser de buen recibo, descansar en este fundamento, que además resulta inane dicha justificación.

Para ello se tiene que el decreto 1469 de 2010 define las licencias de construcción como *"la autorización previa para desarrollar edificaciones, áreas de circulación y zonas comunales en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen, los Planes Especiales de Manejo y Protección de Bienes de Interés Cultural, y demás normatividad que regule la materia. En las licencias de construcción se concretarán de manera específica los usos, edificabilidad, volumetría, accesibilidad y demás aspectos”.*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
			Página 1 de 55

En este sentido, existiendo el referido acto administrativo, como se puede evidenciar, no se entiende como puede ello constituir un vicio oculto, en punto de llevar a desestimar el cago formulado, que a la postre no fue desvirtuado, configurándose de esta manera el incumplimiento del contrato.

Retrotrayendo la actuación al cargo, recuérdese que lo que se imputo, fue el hecho de haber ejecutado una obra sin el lleno o cumplimiento de los requisitos técnicos constructivos, conforme a los estudios y diseños, planos y especificaciones técnicas contenidas en las normas constructivas.

Lo que se cuestiona es que las viviendas no consultan el rigor técnico, luego los recursos girados a título de anticipo, que fueron allí invertidos, no pueden ser aprobados. Es decir, para mayor comprensión del lector, si los recursos utilizados en la obra, es decir, para la construcción de las 4 casas y estas al ser confrontadas bajo las norma constructiva tienen deficiencias técnicas, no puede en ninguna circunstancia ser aprobadas, los recursos entonces fueron mal invertidos, o invertidos inadecuadamente en la obra.

De ahí que cuando hemos indicado a lo largo del proceso que la afectación que es derivada por el error cometido al construir una viviendas sin el haber tenido en cuenta los diseños, los planos y las especificaciones técnicas, es que se contrario el objeto y alcances del contrato, contenidos en la ley y en el clausulado del contrato.

Ahora bien, cuando aduce que la falta de la licencia constituye un vicio oculto, el simple enunciado que a propósito carece de soporte probatorio y fundamento legal, por supuesto que se cae por su propio peso.

En los tiempos que corren, resulta verdaderamente interesante conocer cuál es el concepto que describe los **vicios ocultos**. Tal y como lo indica el **artículo 1484 Código Civil**, por vicios ocultos se entienden aquellos desperfectos que pudiera tener aquel objeto, producto o cosa vendida y que fuesen difíciles de percibir a simple vista por el comprador.

Lógicamente, dichos vicios ocultos hacen impropio el uso del producto, objeto o cosa adquirido, o bien su utilización se reduce de tal manera que de haberlo sabido por el comprador no habría efectuado la compra o bien hubiera pagado un menor precio por ello.

Sobre el tema y de manera pacífica se ha expresado en múltiples decisiones que, como la traída por la Una vez cumplida la ritualidad establecida por el artículo 14 del

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
Página 1 de 55			

decreto legislativo 806 de 2020, como quiera que en el presente asunto no se avizora motivo de nulidad alguno que afecte la validez del proceso adelantado y además se reúnen los presupuestos procesales que permiten un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión litigiosa, a ello se procede de la siguiente manera: 2. El artículo 1741 del código civil dispone que “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.” 2.1. Al hacer el análisis de dicha norma, la doctrina nacional tiene dicho que “el código civil optó por calificar como causales de nulidad absoluta los vicios de los actos jurídicos que estimó de mayor gravedad, tales como el objeto y la causa ilícitos, la inobservancia de la plenitud de la forma solemne y la incapacidad absoluta, permitiendo y ordenando su declaración de oficio por el juez y legitimando para impetrar dicha declaración al ministerio público y a cualquier interesado. Por el contrario, respecto de otros vicios, como la incapacidad relativa, la incapacidad particular (establecida sin consideraciones al orden público), los vicios del consentimiento y la lesión enorme en ciertos actos, conservó la sanción tradicional de la nulidad relativa, declarable solamente a instancia de las personas que con ella se trata proteger.” (G. OSPINA FERNANDEZ. E. OSPINA ACOSTA. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Ed. Temis. Quinta Edición. Pags. 449 y 461) 2.2. Como se extracta de los anteriores postulados doctrinales y legales, los contratos solamente pueden ser anulados con base en las causales expresamente establecidas por la ley sustancial, debiéndose precisar y dejar en claro que cuando el artículo 1741 en cita en su inciso final indica que “Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”, no se está refiriendo a que cualquier clase de vicio o anomalía presentes en el contrato genere la nulidad de éste, sino que se refiere puntualmente a aquellos vicios que la ley señala como causales de nulidad relativa, exclusivamente. Por manera que, cuando se reclama la nulidad de un determinado acto o contrato con base en una causal diferente a las contempladas por la ley 10 sustancial, una pretensión de tal categoría no puede salir avante, habida cuenta que en el campo de las nulidades opera el principio de la taxatividad, y por tanto, si la ley sustancial no le atribuye a un determinado defecto o irregularidad el efecto generatriz de una nulidad, ya absoluta o bien relativa del negocio jurídico, el juez no está autorizado para declararla, ello sin perjuicio de que ese defecto o irregularidad puedan desembocar en otra forma diferente de ineficacia contractual. :

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

(...)

*Una vez cumplida la ritualidad establecida por el artículo 14 del decreto legislativo 806 de 2020, como quiera que en el presente asunto no se avizora motivo de nulidad alguno que afecte la validez del proceso adelantado y además se reúnen los presupuestos procesales que permiten un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión litigiosa, a ello se procede de la siguiente manera:*

*2. El artículo 1741 del código civil dispone que “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así misma nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”*

*2.1. Al hacer el análisis de dicha norma, la doctrina nacional tiene dicho que “el código civil optó por calificar como causales de nulidad absoluta los vicios de los actos jurídicos que estimó de mayor gravedad, tales como el objeto y la causa ilícitos, la inobservancia de la plenitud de la forma solemne y la incapacidad absoluta, permitiendo y ordenando su declaración de oficio por el juez y legitimando para impetrar dicha declaración al ministerio público y a cualquier interesado. Por el contrario, respecto de otros vicios, como la incapacidad relativa, la incapacidad particular (establecida sin consideraciones al orden público), los vicios del consentimiento y la lesión enorme en ciertos actos, conservó la sanción tradicional de la nulidad relativa, declarable solamente a instancia de las personas que con ella se trata proteger.” (G. OSPINA FERNANDEZ. E. OSPINA ACOSTA. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Ed. Temis. Quinta Edición. Pags. 449 y 461)*

*2.2. Como se extracta de los anteriores postulados doctrinales y legales, los contratos solamente pueden ser anulados con base en las causales*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*expresamente establecidas por la ley sustancial, debiéndose precisar y dejar en claro que cuando el artículo 1741 en cita en su inciso final indica que “Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”, no se está refiriendo a que cualquier clase de vicio o anomalía presentes en el contrato genere la nulidad de éste, sino que se refiere puntualmente a aquellos vicios que la ley señala como causales de nulidad relativa, exclusivamente. Por manera que, cuando se reclama la nulidad de un determinado acto o contrato con base en una causal diferente a las contempladas por la ley sustancial, una pretensión de tal categoría no puede salir avante, habida cuenta que en el campo de las nulidades opera el principio de la taxatividad, y por tanto, si la ley sustancial no le atribuye a un determinado defecto o irregularidad el efecto generatriz de una nulidad, ya absoluta o bien relativa del negocio jurídico, el juez no está autorizado para declararla, ello sin perjuicio de que ese defecto o irregularidad puedan desembocar en otra forma diferente de ineficacia contractual”.*

En este orden de ideas, existiendo la licencia de construcción, la cual hace parte integral del proceso contractual, no podrá accederse a la solicitud.

Ahora bien, se reprocha por parte de la representante legal de la firma constructora, que no se accediera a la firma del acta de liquidación del contrato, advirtiendo la existencia de un vicio salvable.

Para ello, debemos hacer referencia al hecho de que en reiteradas oportunidades fue requerida la representante legal de la firma Ingeniería y Proyectos Sostenibles con el fin de que rindiera las explicaciones en primera instancia a los órganos de control, lo cual derivó en requerimientos producidos por el Departamento Nacional de Planeación a través de la Subdirección de Control y Vigilancia, al realizar visita a la obra y determinar las falencias en el sistema constructivo de las viviendas, sin embargo, nunca se brindó una explicación, como tampoco fueron remitidos los informes solicitados, las actas de balance, como tampoco se informó de la situación con los fondos girados a título de anticipo que dieran cuenta de la ejecución, por el contrario se optó por guardar silencio.

Sin embargo, en el mes de noviembre se recibió una solicitud de liquidación del contrato, en tanto que la entidad procedió a proyectar el acta de liquidación bilateral anticipada del contrato con la devolución de los recursos girados como anticipo a la

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

obra, la cual nunca fue devuelta firmada, como tampoco se dio noticia de estos recursos. Pero lo más grave del asunto es que, en las revisiones realizadas a la obra, no se advirtió que los recursos estuvieran allí invertidos. De ello, de cuenta el informe rendido por el supervisor de Fonpacífico, al establecer que las obras construidas no conservaban la unidad con la norma técnica, mucho menos con los estudios y diseños proyectados. De esta manera, de que serviría liquidar el contrato, si los recursos que es el principal problema no están a disposición de la representante legal de la firma ejecutora de la obra, o si están no hay pronunciamiento alguno sobre ello, como tampoco se ha hecho la devolución de los mismos y no tener que haber llegado a las instancias en que nos encontramos.

Es claro que existiendo los documentos que hacen parte del proceso contractual, con lo que se suscribió el contrato de obra civil OB-088-2023, que el objeto era la construcción de la viviendas, que estas no se hicieron conforme con los requerimientos y los pocos recursos utilizados, no pueden ser aprobados, por un error constructivo, lo propio es liquidar el contrato y hacer la devolución de los recursos, sin embargo, esta etapa ya fue superada, pues el acta nunca fue firmada y los recursos aún desconocemos donde se encuentra, En tanto que ninguna explicación se ha dado al respecto. A dicha afirmación arribamos, con solo dar lectura de los mecanismos de defensa, pues al respecto nada se indica, ninguna propuesta se hizo en este sentido. Mucho menos ninguno medio de prueba que invite a una defensa proactiva se hizo, en torno determinar un criterio diferente. Es por esta razón que, no podríamos prolongar más este asunto, por cuanto ninguna actividad ha realizado la sociedad hoy cuestionada por los malos manejos dados al recurso público, girado como anticipo para la ejecución de la obra. Pues vemos, que ni están invertidos en la obra y los pocos invertidos no pueden ser aprobados, por cuanto la construcción está por fuera de la norma y el faltante ninguna explicación se ha dado, por ello, no podríamos prejuzgar, pero las incógnitas que surtieron tan solo pueden ser resultas a través del presente proceso, imponiendo las cargas descritas en la decisión, de sancionar con la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de la contratista y como consecuencia de ello, siniestrar el contrato ordenando la devolución de los recursos y la caducidad del contrato.

Los reparos que hoy se plantean, son a destiempo, puesto que este momento ya fue superado, con los requerimientos realizados de tiempo atrás, la confección de la mencionada acta, lo cual ninguna mereció una respuesta de parte de la señora Buitrago Espinosa, adicionalmente, como tantas veces se ha indicado a lo largo de la decisión, el balance financiero, termina reducido a ceros. Por cuanto ningún gasto operativo o administrativo podría reconocerse, primero, porque lo invertido no consulta con la norma y en segundo lugar porque ningún informe o balance

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

financiero fue presentado, ni se dio explicación alguna de los recursos.

Finalmente, el objetivo de la liquidación es determinar si las partes pueden declararse a paz y salvo mutuo o si existen obligaciones por cumplir y la forma en que deben ser cumplidas. Por esta razón, la liquidación sólo procede con posterioridad a la terminación de la ejecución del contrato.

Si el fin de la liquidación es saldar las cuentas, sobre estas ya se ha expresado que el saldo sería, sin ejecución alguna a cargo de la contratista, luego el valor ejecutado es cero, el valor por ejecutar es del 100%. En tanto, que el valor a devolver es del 100% del valor girado a título de anticipo. Por falta de ejecución o ejecución incorrecta. Luego lo aducido que ello debe sancionarse como un vicio oculto, ninguna vocación de prosperidad tendrá.

Seguidamente la doctora Camila apoderada de la garante, expreso sus inconformidades, para ello, hizo referencia de dos aspectos: i) La falta de motivación de los actos administrativos, ii) la falta de comunicación a la compañía de seguros del siniestro. En torno a ello, hacemos las siguientes precisiones.

Si bien es cierto, en el juicioso análisis que hace la abogada de la teoría relacionada con la falsa motivación, lo cual fue acuñado con abundante soporte doctrinal y jurisprudencial, lo cierto del caso, es nada de lo expuesto ocurrió. Solo baste con echarle una lectura del contenido de la resolución en comentario para arribar sencillamente a tal conclusión, los reparados realizados, no tienen carecen de fundamento.

En la decisión que concluyó con la imposición de las cargas a la contratista de obra y de paso a la garante, se fue muy cuidadoso en hacer una descripción por capítulos; i) de las normas generales que gobiernan el procedimiento administrativo sancionatorio, partiendo del régimen excepcional contractual en el que estamos, ii) una descripción de los antecedentes fácticos, iii) un recuento de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, iv) las normas violadas y su fundamento con explicación de la misma, v) la relación de las pruebas que lo soportan, vi) una argumentación sobre las misma, vii) el procedimiento administrativo sancionatorio, con referencia puntual a lo realizado en las audiencias, viii) los argumentos de defensa, ix) la crítica a dichos argumentos, x) las consideraciones que soportan la

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

decisión y la parte resolutive.

Ahora bien, en el libre ejercicio del derecho de contradicción, por supuesto que es válido todo lo que se argumente, sin embargo, en las manifestaciones promovidas por la doctora Camila como defensora de la compañía de seguros, persiste una constante y que le corresponde en este caso demostrar que ese cúmulo de violaciones invocadas, tienen sustento en sus dichos, pues no se trata de sugestionar con acontecimientos que no tienen soporte, es demostrar a través de la carga argumentativa que los mismos, tienen asidero.

Es cierto que, si la decisión no está conforme a los postulados, principios de las normas rectoras, en el control de legalidad, pudiera precaver una nulidad, pero para que ello ocurra, ello debe ser demostrable.

En tal sentido subyace una diferencia entre principios y normas rectoras. Para algunos no existe diferencia entre principios y normas rectoras, razón por la cual utilizan indiscriminadamente dichos términos como sinónimos (La expresión principios o normas rectoras sirven para resaltar la naturaleza especial que los mismos poseen, como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a las demás normas que conforman el respectivo procedimiento. Suarez Sánchez, Alberto. El debido proceso. Procuraduría General de la Nación, Santa Fé de Bogotá. 1998 página 14); no obstante, ha de destacarse que las normas rectoras constituyen disposiciones, que si bien tienen primacía sobre todo el cuerpo normativo que ellas pautan, no suponen necesariamente límite al legislador en la construcción de disposiciones legales futuras, sino que derivan en límites predicables para el operador de la ley, como criterio material de interpretación y aplicación.

No desconozco que las normas rectoras las más de las veces reconocen o positivizan principios, por lo menos fragmentariamente, pero se estructura entre éstas y los principios una relación contingente, pues las normas rectoras recogen en ocasiones una parte de un principio, en tanto que los principios no requieren ser recogidos a través de disposición legal alguna, como que existen valorativamente de manera previa a la creación de la ley.

Es cierto que los principios no siempre son normas jurídicas positivas, pero se trata

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

de valores, los cuales, se insiste, no han de hallarse recogidos positivamente para tener existencia ontológica, a la vez que axiológica. Así pues, el valor de la justicia no requiere hallarse recogido en norma jurídica alguna, sin embargo, resultaría poco menos que insostenible negar su existencia imperativa.

Si la obligatoriedad de los principios depende de su positivización por vía de normas rectoras en los diferentes catálogos normativos, tendríamos que reconocer que el legislador no se halla sometido a principio alguno, y que su gestión se justifica por sí misma, en cuanto se traduzca en la expedición de normas con independencia de su valoración y legitimidad materiales.

Es decir, de negar a los principios un carácter de obligatoriedad previo al momento legislativo, tendremos que sentirnos sometidos a cualquier disposición que a bien tenga expedir el legislador, sin importarnos su concatenación axiológica con los postulados que formulan los principios.

Ello sería equivalente a confundir Estado de Derecho, con Estado que promulga leyes cualquiera sea su contenido y con indiferencia por los valores implícitos en ellas, como con razón lo destaca Díaz: *"No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva a veces intencionalmente, al confusionismo"*. (Díaz, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Taurus. Madrid 1991 Página 17).

No se trata aquí de un problema estrictamente filosófico, como pretenden entenderlo algunos, y por esta vía encuentran la rendija por donde escurrirse hasta justificar la validez de las normas por las normas mismas, dentro de una aprehensión positivista recalcitrante; no, se trata de entender que el legislador es solamente uno de los gestores de las tres ramas del poder público, las cuales suponen, en virtud de lo

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

dispuesto en el artículo 113 de la Constitución, su interrelación y colaboración armónica para el logro de los fines esenciales del Estado.

Los valores que intentan ser recogidos a través de la construcción o descubrimiento de los principios, existen con independencia de su positivización y sin duda alguna obligan axiológicamente al legislador, al operador de la ley y al intérprete, v. gr., una sentencia injusta constituye un pronunciamiento judicial formal de un administrador de justicia, pero carece de un contenido material de legitimidad (Barreto Ardila, Hernando. La jurisprudencia en un Estado social y democrático de derecho material. En revista Derecho Penal y Criminología No 51. Universidad Externado de Colombia. Santa Fé de Bogotá. 1993 página 13).

Ha de recordarse, que la obligación axiológica tiene primacía sobre la obligación normativa, pues los valores no han de sustentarse en normas, en tanto que las normas siempre e indefectiblemente han de soportarse en valores que las llenan e integran su contenido; podemos reconocer y sentirnos obligados por valores no contenidos en normas, pero lo que al ser humano le resulta insoportable es obligarse frente a normas ausentes de valores que les den sentido.

Entregar obligatoriedad e imperatividad a los principios sólo a partir de su reconocimiento normativo en disposiciones rectoras, nos retorna a los postulados positivistas iniciales de Radbruch que recogiera con posterioridad a la segunda guerra mundial cuando manifestaba: "*El juez tiene la obligación profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico ante la orden autoritaria del derecho, preguntar únicamente qué es lo que es derecho y nunca si también es justo*" (Radbruch, Gustavo. Filosofía del derecho.1932)

Es decir, bienvenidas las normas rectoras que positivizan siquiera fragmentariamente los principios, pero con independencia de ellas y aún en su ausencia, los principios existen y tienen fuerza vinculante y obligatoria, tanto en la construcción legal del sistema, como en su aplicación e interpretación.

Acertadamente ha expuesto nuestra jurisprudencia constitucional: "*Una disposición del derecho positivo colombiano, a partir de la definición de Estado social de*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021
			Página 1 de 55

*derecho, es aplicable sólo cuando reúna dos requisitos: que formalmente haya sido expedida de manera regular y que materialmente sea conforme a los valores y principios fundamentales de la Constitución. El operador jurídico debe realizar este doble examen al momento de interpretar una norma vigente" (Corte Constitucional Sentencia C -104 de marzo 11 de 1993 MP Alejandro Martínez Caballero).*

Dentro de las nociones de primacía de la persona humana, su dignidad y sus derechos fundamentales, así como la prevalencia del derecho sustancial, no tiene cabida la afirmación de dejar libre al legislador para que denomine leyes a sus disposiciones normativas, sin interesarnos en su teleología, etiología y axiología. No podemos en nuestro momento histórico, seguir confundiendo las nociones de ley y justicia, por el contrario, tenemos que percatarnos y exigir que el denominado derecho, para que pueda llevar ese nombre, requiere ser justo, en cuanto respete la autonomía de la persona y la trate como libre, para posteriormente tenerla como responsable. (Barreto Arcila, Blanca Nélica. Derecho Penal y Derechos Humanos. Tesis de grado. Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano (ESAP) Santa Fé de Bogotá. 1995 página 26).

Entonces descendiendo al tema objeto de estudios, tenemos que el principio de legalidad alude a ser sólo ser juzgado y sancionado por las conductas tipificadas en la ley, por tanto, se manifiesta, en el sentido de que única y exclusivamente el legislador se encuentra facultado para determinar conductas sujetas a sanciones, procediendo a definir las de manera clara, expresa, estricta, escrita, inequívoca e indubitable.

El legislador ha de determinar, entonces, concreta la cláusula general de reserva entendida en dos sentidos: El primero como la competencia restrictiva, retenida, exclusiva y excluyente que asiste al legislador para definir conductas susceptibles de sanción, asignar sus consecuencias, y fijar los procedimientos de investigación y juzgamiento; el segundo, como el conocimiento que ha de asistir a los destinatarios de la ley acerca de lo prohibido para saber lo permitido y de acuerdo con ello regular su conducta.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

En un Estado social y particularmente democrático, participativo y pluralista, como es reconocido el nuestro en el artículo 10 de la Constitución Política, se impone que sólo el órgano legislativo, elegido popularmente y que representa al pueblo, tiene la facultad de expedir leyes.

Tratándose de leyes sancionatorias, tal exigencia cobra mayor rigor, como que se trata de hacer uso de un recurso extremo al cual acude el Estado para regular y controlar las conductas de los miembros de la comunidad.

Por ello el principio del debido proceso impone a ser procesado de acuerdo con las normas sustantivas y procesales preexistentes, por funcionario competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de procedimiento regulado en la Constitución y en el Código.

El principio de legalidad del proceso puede descomponerse básicamente en dos vertientes: Una legalidad de orden formal y una legalidad de carácter material.

La primera, la legalidad formal, se predica de las etapas prescritas por el legislador previamente a la comisión del hecho, que señalan cómo se debe surtir la acción; establece claramente los requisitos para iniciarla, el funcionario ante quien se debe adelantar, los momentos en que las partes pueden intervenir, las medidas y decisiones que se pueden adoptar, etc.

Constituye una serie encadenada de actos dirigidos hacia unas finalidades, que se concretan en la reconstrucción metodológica de una conducta, lo cual supone un orden lógico de aprehensión valorativa desde la posibilidad, pasando por la probabilidad, para finalmente arribar a la certeza sobre su comisión, la imputación y responsabilidad que pueda predicarse, o en caso contrario, establecer la inocencia del investigado, aun en términos de posibilidad dando aplicación del principio de la duda.

Sobre esto deben efectuarse varias precisiones, referidas a la diferenciación entre las nociones de posibilidad, probabilidad y certeza.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Así pues, la posibilidad asume la ocurrencia del suceso en términos de contingencia; es algo factible; la probabilidad afronta la ocurrencia del suceso desde la noción de inminencia, existen razones para creer que así sucedió o sucederá; la certeza se refiere al conocimiento claro y seguro sobre el suceso.

Frente a este tópico, resulta más que evidente que el hecho si sucedió con grado de certeza, pues es claro que, al haberse ejecutado una obra sin el lleno de los requisitos legales, esto es, en cuanto al cumplimiento de los preceptos normativos, a los estudios y diseños, sí que se violentó la ley y los deberes obligacionales contenidos en el clausulado del contrato.

La legalidad material apunta no a la lógica en la forma y curso del trámite, sino a las garantías y derechos que supone el proceso, para que valorativamente pueda tenersele como justo, legítimo y válido.

Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado: "*Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las partes que en él intervienen.*

*"La situación conflictiva que surge en cualquier tipo de proceso exige una regulación y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones del individuo o partes procesales.*

*"La verdad no se investiga a cualquier precio sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo".* (Corte Constitucional sentencia T – 521 de septiembre 19 de 1992 PM Alejandro Martínez Caballero).

Continuando con los enunciados seguidamente el principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

(extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión.

En este sentido, si se revisa cuidadosamente lo que fue objeto de apertura de la actuación, se tiene, que en el discurrir de la convocatoria a la audiencia y los elementos constitutivos de la resolución 349 de 2024, se enrostró el hecho de que los recursos girados a la contratista a título de anticipo, habían sido invertidos en forma inadecuada, por cuanto obra carecía del rigor técnico, al ser confrontada con la norma y los diseños. En tanto, que, al no poderse avalar la obra, los recursos seguían la suerte de la mala ejecución. Es decir, no podrían ser estos reconocidos. De otro lado, al haberse requerido a la contratista para que diera las explicaciones lo ocurrido con la obra y al no dar esta informe o noticia de los recursos, lo procedente era, dar inicio al trámite a efectos de investigar y si fuera del caso sancionar la conducta irregular.

En este orden de ideas, resultó probado con grado de certeza que lo que se le enrostró como trasgredido a la representante de la firma ejecutora, es lo que hoy se le hace exigible. Luego hay total congruencia entre lo imputado y lo fallado.

El acervo probatorio adosado a la foliatura, del cual previamente se dio traslado a las partes, esto es, a la señora Paola Andrea Buitrago Espinosa y la compañía seguros, en calidad de garante del contrato a través de la póliza de cumplimiento, da cuenta precisamente que permanece encolumna la presunción de responsabilidad, pues a pesar de haberse dado la oportunidad procesal para ejercer el legítimo derecho a la defensa que les asistía, haciendo incluso uso de la defensa técnica, debemos precisar que no se fue lo suficientemente proactivos en controvertir la pruebas obrantes, como tampoco en aportar elementos materia de prueba que demostraran la ausencia de responsabilidad, mucho menos para desvirtuar el cargo, eximiéndose de responsabilidad por causas extrañas, o ajenas a la obra.

Por ello, aducir que la decisión adoptada carece de validez porque no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas y los argumentos defensivos y las alegaciones

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

conclusivas, sí que contraviene los postulados del derecho de contradicción. Recordando que este principio no solo le compete al operador, también a las partes o sujetos procesales, pues si los reparos estriban en aducir la falta motivación en estos hechos, como podría motivarse lo que nunca se controvertió. Para ello, es necesario revisar la audiencia adelantada el día 8 de enero en la cual se hicieron las intervenciones, en ella se podrá advertir, que no hubo riqueza probatoria, tan sola se hizo solicitud de un medio probatorio, la práctica de un simple testimonio, que en mucho pudo contribuir a disuadir a este representante que las inversiones se encontraban ajustadas. Por su parte nada o mucho contribuyo a la discusión, cuando el debate se centró en establecer como se hacía la amortización del anticipo, entre otras cosas, a no haberse ejecutado las cantidades de obra, no sería posible dar trámite a un acta parcial de pago, en la cual se pudiera hacer una devolución del anticipo, amortizándolo. Por otro lado, se pretendía establecer si la póliza tenía previsto un amparo que cubriera la amortización del anticipo. Por manera alguna, estos tópicos pudieron forjar una convicción distinta a la que estaba formulada en los cargos, que tiene pleno respaldo probatorio, en un contrato, unas actas, el soporte del pago del anticipo y unas observaciones al proceso constructivo, contenidos en un informe, las cuales apropósito iteramos no fueron controvertidas, ni desvirtuadas. Luego, los argumentos esgrimidos como medio de defensa tampoco alcanzaron la virtud de dar claridad a la situación, pues lo que se propuso fue la existencia de una causal excluyente de responsabilidad, la cual nunca se probó y si en cambio se reclama una liquidación bilateral del contrato, que nunca se tuvo el ánimo de ser suscrita, uno, porque a pesar de haberse proyectado y enviado a la contratista de obra, esta nunca fue enviada firmada, y dos, los recursos no fueron devueltos. En este punto es importante advertir que si la obra no está conforme con la norma y los diseños los recursos allí invertidos no podrán ser reconocidos, luego, el balance financiero terminara siendo en cero con devolución del 100% del anticipo girado a la contratista.

De otro lado, es claro que se determinó y fundamentó con absoluta precisión, sobre la responsabilidad que le incumbe a la firma ejecutora de la obra, la cual se hace extensiva por solidaridad a la compañía de seguros garante del contrato, esto es seguros mundial, a través de la póliza de cumplimiento, en el amparo del buen manejo e inversión del anticipo, la cuantía se expresó en la totalidad del amparo,

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

toda vez, que al no haberse ejecutado la obra conforme las prescripciones de orden legal y contractual, se hacen responsables por la mala utilización del mismo, al haberse avocado la obra a una demolición de lo construido, atendiendo al proceso inadecuado con el cual fueron levantadas las viviendas, iteramos sin soporte técnico alguno.

Finalmente, se podrá observa en la decisión en el acápite respectivo que uno a uno se controvirtió por este despacho los argumentos defensivos, controvirtiéndose los mismos, en punto de demostrar porque no tenían vocación de prosperidad y sí en cambio con respaldo en las pruebas se debía imponer las sanciones.

Ahora bien, a voces del artículo 167 del CGP, establece la carga de la prueba. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

Al respecto Corte Constitucional mediante Sentencia C – 086 del 24 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, indicó:

*“Con todo, en este punto es necesario aclarar que la norma acusada no puede ser interpretada al margen de los fines y principios que orientan el Código General del Proceso y que por lo mismo tienen fuerza vinculante. Ello significa que el juez, como director del proceso, ha de estar vigilante para dar cumplimiento a su misión en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, ya sea al acudir a sus atribuciones oficiosas en el decreto y práctica de pruebas, o bien para hacer una distribución razonable de la carga probatoria según la posición en la que se encuentren las partes en cada caso.*

*En este sentido, el artículo 2º del código reconoce el derecho que toda persona tiene “a la tutela judicial efectiva” para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, “con sujeción a un debido proceso de duración razonable”, lo que reafirma la competencia del juez para asumir un rol activo en el proceso y lograr la búsqueda de la justicia material. El artículo 4º consagra el principio de igualdad, según el cual “el*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

*juez deber hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”; ello supone abandonar una visión estrictamente formalista de la posición de las partes en el proceso para hacer uso de las facultades oficiosas y restablecer el equilibrio o distribuir las cargas probatorias cuando las circunstancias así lo demanden. El artículo 7º reitera la sujeción de los jueces al imperio del Derecho, lo que incluye la obligación de tener en cuenta la jurisprudencia y la doctrina probable incluso en lo relativo a la carga dinámica de la prueba; así como la obligación de “exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos” en caso de apartarse de la doctrina probable en la materia o de cambio de criterio en casos análogos. El artículo 11 exige al juez interpretar las normas procesales teniendo en cuenta “que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”. Por último, el artículo 12 señala que los actos procesales se realizarán “con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial”.*

*De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional. No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso, e incluso excepcionalmente podrá hacerse uso de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional”.*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Conforme con lo hasta aquí expuesto, si la apoderada, reclama la falsa motivación, le correspondía demostrar los supuestos de hecho y derecho en que falló la decisión, pues no es suficiente postular los argumentos, ello debe ser probado so pena de fracaso del recurso.

El ultimo tópico abordado por la defensa en sede del recurso, es el hecho de que la entidad no mantuvo el riesgo en el contrato de seguro, al decir de la recurrente con ello se quebrantó el mandato del artículo 1060 del CC.

Para ello, debemos transliterar el contenido de la norma así:

*“El artículo 1060 del Código de Comercio contiene el deber de conservación del estado del riesgo en cabeza del tomador o del asegurado y a su vez la obligación de notificar al asegurador sobre todas aquellas circunstancias que deriven en la modificación del estado del riesgo asegurado”.*

Para ello, damos inicio por indicar que el seguro de cumplimiento, ha generado amplias discusiones acerca de su naturaleza jurídica, incluso algunos doctrinantes llegaron a considerar que se trataba de una fianza y no de un seguro, pero independientemente de que sea considerado una fianza o un seguro en sí mismo, materia que no es objeto de estudio en el presente asunto, pero sobre la cual se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 21 de septiembre de 2000, exp. 6140, concluyendo que se trata de un contrato de seguro y no de fianza, lo cierto es que su finalidad es servir de garantía para el cumplimiento de una obligación contractual.

*“Las garantías son en esencia un contrato accesorio, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal” (Becerra, 2005, página 1), estas están enunciadas en el artículo 65 del Código Civil Colombiano bajo el nombre de cauciones, dentro de las cuales no se encuentra el seguro de cumplimiento, seguramente porque el Código Civil Colombiano data de 1873 y no fue hasta el año de 1938 cuando con la Ley 225 se reguló el tipo de seguro que ocupa este documento.*

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

La jurisprudencia ha definido el seguro de cumplimiento como:

*“Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, ha dicho la Sala, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ amparada”. (C.S.J. Sentencia del 7 de mayo de 2002. Exp. 6181)*

Se tiene entonces que la jurisprudencia colombiana ha clasificado el contrato de seguro de cumplimiento como una garantía, en virtud de la cual el asegurador asume el riesgo de incumplimiento de una obligación contractual que previamente ha contraído el garantizado o afianzado, quien es deudor de la mencionada obligación, con el asegurado quien es el acreedor.

Generalmente, y aunque este ha sido un tema polémico dentro de la doctrina colombiana, quien tiene la calidad de tomador en la póliza de seguro de cumplimiento es el deudor de la obligación, es decir que es este quien junto a la compañía de seguros se constituye como parte en el contrato de seguro, no siendo así el asegurado o acreedor, quien es simplemente el beneficiario o la persona quien recibirá la indemnización en el caso de materializarse el riesgo asegurado, esto es el incumplimiento del tomador del seguro respecto a la obligación garantizada.

Conforme a lo anterior, es dable afirmar que en los eventos en los que el deudor es el tomador de la póliza, lo cual es lo más usual en la práctica aseguraticia, se está frente a la figura de seguro por cuenta de un tercero, pues el interés asegurable evidentemente no lo ostenta el tomador deudor sino el acreedor de la obligación principal, quien figura

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

como asegurado. También se tiene, que se está frente a un seguro de daños, más exactamente de carácter patrimonial, pues no se asegura un bien en específico sino el patrimonio del acreedor que pueda verse afectado con el incumplimiento de su deudor.

Este tipo de contrato es utilizado para garantizar tanto obligaciones de carácter privado como aquellas que nacen de contratos de naturaleza pública, sin embargo es importante precisar que para los primeros depende únicamente de la voluntad de las partes su contratación, pero para los segundos es obligatoria, ya que el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el 7 de la Ley 1150 de 2007 disponen expresamente que las obligaciones que emanan de contratos estatales deben ser garantizadas, y aunque no limita únicamente la garantía al contrato de seguro, lo cierto es que este se ha convertido en el mecanismo más usual y al que más recurren los contratistas para garantizar las obligaciones que contraen con entidades estatales, aspecto de absoluta relevancia y que tiene soporte en la jurisprudencia, toda vez que como se expondrá ulteriormente incide en la aplicación de la figura de modificación en el estado del riesgo.

El artículo 1060 del Código de Comercio contiene el deber de conservación del estado del riesgo en cabeza del tomador o del asegurado y a su vez la obligación de notificar al asegurador sobre todas aquellas circunstancias que deriven en la modificación del estado del riesgo asegurado.

En primer lugar, es pertinente estudiar qué se entiende por estado del riesgo:

*“El estado del riesgo hace referencia a las condiciones y probabilidades para que se produzca el siniestro. Encuentra su fundamento en que el riesgo es el elemento característico del contrato, y el estado del riesgo es el factor que ha impulsado al asegurador para obligarse.”* (Narváez, 2002, p.140).

Así las cosas, se tiene que según el estado en el que se encuentre el riesgo que es presentado al asegurador para que lo asuma, este teniendo en cuenta diversos aspectos, que en muchas ocasiones son de carácter actuarial, determinará la prima a cobrar y si establece garantías que puedan ayudar a mantener el riesgo en el estado en que le es entregado o a mitigar el siniestro en caso que se presente.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

Lo anterior con la finalidad de cumplir con los principios de equidad y suficiencia de la prima, los cuales está el asegurador obligado a respetar al momento de asumir los riesgos, así lo dispone el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

*“Dentro de la comunidad de riesgos, si el estado de estos no se mantuviera, aumentaría en idéntica proporción las posibilidades de ocurrencia de los siniestros, y, por tanto, impedirían al asegurador la aplicación debida de las reglas que gobiernan la operación técnica de los seguros, como son el cálculo de probabilidades y un manejo eficiente de los mecanismos de dispersión de los riesgos”. (Narváez, 2002, p.140)*

Ahora bien, la modificación en el estado del riesgo se refiere a:

*“Las mutaciones o agravaciones del estado del riesgo son hechos sobrevinientes, previsibles o no, cuya existencia durante los tratos que precedieron a la celebración del contrato hubiera podido impedir la formación de este o llevarlo a concertarlo en condiciones más gravosas para el asegurado”. (Narváez, 2002, p.140)*

Se tiene entonces, que aunque lo ideal es que el estado del riesgo se mantenga incólume a lo largo de la vigencia del contrato de seguro, ello no obsta para que se presenten situaciones, que aunque pueden ser previsibles, modifiquen el estado del riesgo, pero cuando ello ocurre es obligación del tomador y/o del asegurado notificar oportunamente a la compañía de seguros, para que esta tenga la posibilidad de evaluar las acciones que tomará respecto a la modificación presentada, las cuales según el Código de Comercio son revocar el contrato o reajustar la prima.

En caso que se falte a la obligación de notificar las modificaciones en el estado del riesgo, el contrato de seguros terminará automáticamente, además, si la omisión en la notificación se debió a mala fe del tomador y/o del asegurado, la compañía aseguradora podrá retener la prima no devengada.

Es importante mencionar, que las modificaciones en el estado del riesgo no siempre pueden significar una agravación en el mismo, sino que por el contrario pueden reflejarse en su disminución, sin embargo, la obligación y la sanción previstas en el artículo 1060

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

del Código de Comercio únicamente son aplicables para aquellas circunstancias que impliquen una agravación en el estado del riesgo.

Respecto a las circunstancias que disminuyen el riesgo, no contempló el legislador una obligación de notificación, pero si dispuso en el artículo 1061 del tantas veces mencionado Código de Comercio, que, en caso de aminoración del riesgo, el asegurador debe reducir la prima.

Ahora bien, conviene precisar que cuando el artículo 1060 hace referencia al estado del riesgo, se hace alusión a esas circunstancias que modifican las condiciones generales de la póliza, pro como se puede evidenciar, este no es el caso, veamos porque.

En la trazabilidad contractual tenemos que el contrato dio inicio el día 13 de diciembre de 2023, en tanto que se tramito el plan de inversión del anticipo y se produjo su desembolso a la representante legal de la firma contratista por valor superior a los \$1.359 millones de pesos, con el fin de cumpliera los propósitos que la ley autoriza, que este sea invertido en la obra, bien para la compra de materiales, alquiler de equipos y herramienta y pago de mano de obra.

Así las cosas, estando en ejecución el contrato en el mes de marzo, se produce una novedad y es que la obra se venía ejecutando sin rigor técnico, valga decir, que se construían las viviendas sin tener en cuenta los diseños, amén de que al confrontar lo realizado tampoco cumplía con la norma técnica de la construcción, por cuanto se utilizó un sistema combinado que no está aprobado. Por tal razón se ofició a la contratista a efectos de que se suspendieran las obras, pues no se podía seguir permitiendo realizar más inversiones a la obra, cuando se encontraba con la inadecuada ejecución desde lo técnico.

Por otro lado, esa necesario realizar los informes mensuales de ejecución de la obra con el fin de ser reportado al aplicativo GESPROY, por tratarse de recursos provenientes del sistema general de regalías. Es decir que llevaban casi tres meses de ejecución y aun no se habían hecho los reportes de estos periodos ejecutados. Advertida está situación el Departamento Nacional de Planeación a través de la Subdirección de Control y Vigilancia, realizó visita a la obra en el mes de abril, evidenciando, lo que ya se tenía, por

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacífico.org - www.fonpacífico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

esa razón, se dio inicio a los requerimientos a la contratista con el fin de que enderezara, corrigiera el camino o el rumbo en la ejecución, al no encontrar eco en la contratista, se opta por oficiar a la compañía de seguros garante del contrato a efectos de que requiera a la contratista y la compañía de seguros, emite el oficio indicando que demos tramita a la reclamación, conforme lo prevé el artículo 1077 del código del comercio.

Así las cosas, se hizo uso de la notificación de incumplimiento del contrato y con posterioridad se da inicio a la actuación administrativo sancionatoria.

Ahora bien, como se puede evidenciar, la circunstancias del evento, no han cambiado, no ha mutado de ninguna manera los eventos contratados a través de la póliza de seguros, con el amparo de cumplimiento, capítulo del buen manejo y correcta inversión del anticipo.

El artículo 1060 de la norma en cita hace referencia a que se modifiquen las condiciones, como vemos, no se presentó ninguna modificación. Lo ocurrido es que, la firma ejecutora no cumplió en debida forma con las obligaciones del contrato, al haber realizado una inadecuado ejecución del contrato y no obstante ello, no se hicieron los reportes como era obligación, según se desprende de las obligaciones contenidas en el contrato de obra civil OB-088-2023.

Al respecto debemos recordar que era una obligación realizar los trabajos constructivos con estricto a pego a las condiciones pactadas, es decir, a los diseños, planos y especificaciones allí contenidas, según da cuenta la cláusula 2 literal b) numeral 1.

Pero es más, se supone que la sociedad que se vio beneficiada con la adjudicación del contrato, acredito suficiente experiencia e idoneidad en la ejecución de este tipo de actividades de obra civil. Luego es reprochable que hubiera realizado el proceso constructivo desviada de los preceptos legales y de los diseños entregados. Al parecer el equipo de profesionales requerido no fue contratado o los que fueron contratados no tenían la idoneidad o el conocimiento de las normas de la construcción. De ahí que nunca fueron entregados los informes de ejecución para ser reportado en el aplicativo GESPROY.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>		<b>Código:</b> 120.26.1
			<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>		Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

En síntesis, el riego nunca vario, siguió siendo el mismo con el que se amparó el contrato, solo que por una inadecuada ejecución los recursos públicos girados como anticipo a la obra, fueron mal invertidos, precisamente porque al no estar la obra conforme con las especificaciones técnicas constructivas, se dilapidaron estos, en punto de poder reconocerse estas inversiones y los otros recursos sobrantes no se tiene noticia de ellos. Es importante recordar que el valor de ejecuciones no superan los 150 millones, luego al no estar el anticipo invertido en la obra, y al declararse la caducidad del contrato, estos deben ser devueltos a su destino original que es el sistema general de regalías.

Entendamos lo siguiente, de no darse la caducidad del contrato, sino proceder a una liquidación del contrato bilateral o forzosa, el fin sería el mismo. Es decir, balance de la ejecución en cero, ejecución pendiente del contrato en el 100% y devolución del anticipo con el 100% . No podríamos declararnos a paz y salvo hasta que los recursos no sean devueltos o reintegrados al SGR.

Por tanto, no se repondrá la decisión, la misma será confirmada, de tal suerte que al no haberse producido tal evento, esto es, la liquidación propuesta con la devolución de los recursos, lo procedente es declarar el incumplimiento del contrato, siniestrar el mismo afectando la póliza de cumplimiento CCS 100025642 otorgado por seguros mundial, en amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por la suma de \$1.359.066.243.04, ordenando la devolución de los recursos girados a la contratista a título de anticipo, y caducar el contrato.

Sin más pronunciamientos que realizar, en mérito de lo expuesto, se

### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO:** No reponer la decisión adoptada, en consecuencia, confirmar integralmente la Resolución 011 del 17 de enero de 2025.

**ARTICULO SEGUNDO:** Surtir la notificación de la presente Resolución de conformidad con el artículo 67 y 69 de la Ley 1437 de 2011 a la contratista y a la aseguradora de seguros, Seguros Mundial.

Dirección: Oficina Santiago de Cali (Valle del Cauca) - Carrera 57 # 2-23

Dirección: Oficina Cartago (Valle del Cauca) - Carrera 5 # 8-105.

Dirección: Oficina Quibdó (Chocó) - Carrera 22 # 18B-10B UTCH Bloque 5 Piso 3.

info@fonpacifico.org - www.fonpacifico.org - Teléfonos: +(57) 322 594 5739 +(57) 313 748 8307.

	<b>FONDO MIXTO DE ETNOCULTURA Y DESARROLLO SOCIAL - FONPACÍFICO</b> <b>NIT. 901.039.684-5</b>	<b>Código:</b> 120.26.1
		<b>Versión:</b> 1
	<b>RESOLUCIÓN</b>	Fecha de Aprobación 01/04/2021 Página 1 de 55

**ARTICULO TERCERO:** Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

**ARTICULO CUARTO:** La presente Resolución rige a partir del día siguiente a su notificación.

### **NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Para constancia se firma en Cartago – Valle del Cauca, a los Veinticuatro (24) días del mes de enero de Dos Mil Veinticinco (2025).

**JAKE STEVEN REALPE ESCOBAR**  
Director Ejecutivo

Proyectó: Jhon Alexander Hurtado Arce  
Asesor Oficina Jurídica y de Contratación.