

RV: CONTESTACIÓN DEMANDA RAD 19001-23-33-000-2021-00367-00 - MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan
<stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 28/04/2023 16:40

Para: Peter Alexander Sanchez Segura <psanchezs@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (3 MB)

PODER CONFERIDO.pdf; CONTESTACION DEMANDA FONDO DE VIVIENDA PUERTO TEJADA.pdf;

De: Paola Andrea Guzmán Carvajal <paoguzmancar@hotmail.com>

Enviado: viernes, 28 de abril de 2023 16:13

Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan

<stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria General Tribunal Administrativo - Cauca - Popayan
<sgtadmincau@notificacionesrj.gov.co>; Vivienda . <vivienda@puertotejada.gov.co>

Asunto: RV: CONTESTACIÓN DEMANDA RAD 19001-23-33-000-2021-00367-00 - MEDIO DE CONTROL:
CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Honorable Magistrado
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
La Ciudad.

Referencia:

Expediente: 19001-23-33-000-2021-00367-00

Demandante: LAIN Grupo Empresarial SAS

Demandado: Municipio de Puerto Tejada y otro

Medio: controversias contractuales

PAOLA ANDREA GUZMÁN CARVAJAL, mayor de edad y vecina de Santiago de Cali, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.113.673.467 expedida en Palmira - Valle, abogada titulada, portadora de la tarjeta profesional No. 295.535 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de Apoderada Especial del FONDO DE VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL DEL MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA – CAUCA, entidad descentralizada del orden local, representada legalmente por la Dra. **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**, mayor de edad, vecina de esa localidad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.620.214, quien me hubiere otorgado poder especial, amplio y suficiente, el cual anexo, con la mayor reverencia y comedimiento, me permito allegar escrito de contestación de la demanda y excepciones.

La contestación a la demanda, el poder y los anexos (732 folios) se encuentran adjuntos al presente correo electrónico.

 [ANEXOS Y PRUEBAS DOCUMENTALES.pdf](#)

De igual forma, se encuentran disponibles para ser descargados en el siguiente drive:

https://drive.google.com/drive/folders/1gKD1_KSCpPBfqoLyqEvmjTJOZAnfqLPA?usp=sharing

Cordialmente,

Paola Andrea Guzmán Carvajal
Abogada Especialista en Derecho Administrativo
Tel: 3167101689

PODER. MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSAS CONTRACTUALES. RADICACIÓN: 19001-23-33-000-2021-00367-00"

Vivienda . <vivienda@puertotejada.gov.co>

Vie 28/04/2023 8:50 AM

Para: Paola Andrea Guzmán Carvajal <paoguzmancar@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (444 KB)

PODER..pdf;

Buenos dias

Doctora

PAOLA ANDREA GUZMAN CARVAJAL

Respetuosamente envié documento a través del cual le confiero poder amplio y suficiente debidamente rubricado por la suscrita, en interés de que se presente LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, al interior del proceso judicial que a continuación se relaciona:

DEMANDANTE: LAIN GRUPO EMPRESARIAL S.A.S.

DEMANDADO: MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA – FONDO MUNICIPAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSAS CONTRACTUALES

RADICACIÓN: 19001-23-33-000-2021-00367-00"

atentamente

Claudia Ximena Castillo Lerma

Gerente

Celular 3113331544

correo:vivienda@puertotejada.gov.co

FONDO MUNICIPAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL

PAGINA. WEB <http://www.fonvispuertotejadacauca.gov.co/>

Por favor ayúdenos a mejorar respondiendo la siguiente

ENCUESTA DE SATISFACCIÓN

	FONDO MUNICIPAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA NIT 817000320-6	CODIGO: F-GD-63
		VERSION: 01
		Página 1 de 1
Estado: CONTROLADO	PODER	Documento: ACTUALIZADO

Honorable Magistrado
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHAVEZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
E.S.D.

DEMANDANTE: LAIN GRUPO EMPRESARIAL S.A.S.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA – FONDO MUNICIPAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICACIÓN: 19001-23-33-000-2021-00367-00

CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA, mayor de edad, identificada con la C.C. No. 34.620.214, obrando en calidad de Gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social y, en consecuencia, actuando en representación de la misma, respetuosamente manifiesto que CONFIERO PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE a la abogada **PAOLA ANDREA GUZMÁN CARVAJAL**, mayor de edad, vecina de Santiago de Cali, identificada con la C.C. No. 1.113.673.467 y T.P. No. 295.535 del C.S. de la J., para que en nombre y representación del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social del Municipio de Puerto Tejada, presente la CONTESTACIÓN A LA DEMANDA de la referencia.

La apoderada queda facultada para presentar contestación de la demanda del proceso de la referencia, para presentar y solicitar pruebas, solicitar medidas cautelares y, en general, las demás facultades que otorga el art. 77 del C.G.P. con el fin de hacer todo cuanto sea necesario para la CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Sírvase señor Juez reconocer personería a la apoderada en los términos del presente mandato.

El presente poder se otorga conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 2213 de 2022, que faculta otorgar poderes con la sola firma.

Se autoriza remitir notificaciones al correo de la apoderada: paoguzmancar@hotmail.com

Atentamente,


CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA
C.C. 34.620.214 de Santander de Quilichao

Acepto,


PAOLA ANDREA GUZMÁN CARVAJAL
C.C. 1.113.673.467
T.P. 295.535 del C.S. de la J.

	MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA NIT: 891.500.580 - 9 DESPACHO ALCALDE	Código: 100
		Versión: 1
		Página 1 de 2
		Fecha de Emisión: 29/11/2013
		Código Postal: 191501
DECRETO		

DECRETO No. (03) DE 2023 04 ENE 2023

**POR EL CUAL SE HACE TERMINACION DE UN ENCARGO Y SE REALIZA UN
NOMBRAMIENTO**

EL ALCALDE MUNICIPAL DE PUERTO TEJADA – CAUCA, en uso de sus facultades constitucionales, legales y en especial las conferidas en el artículo 315 de la Constitución Política, la Ley 136 de 1994 modificada por la Ley 1551 de 2012, el Decreto 1083 de 2015, las demás normas concordantes y,

CONSIDERANDO

Que el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia establece que corresponde a los alcaldes nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

Que el artículo 91 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, consagra las funciones de los Alcaldes, el cual dice:

“Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

[...]

d) En relación con la Administración Municipal:

[...]

2. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes”

Que mediante Acuerdo municipal No 28 de 1993, fue creado el Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social y reforma Urbana del municipio de Puerto Tejada – Cauca.

Que según el artículo 3 del Acuerdo Municipal No. 15 de 1994, el fondo de Vivienda e Interés Social, contará con un Gerente Ejecutivo que será nombrado (a) por el Alcalde Municipal.

Que ante la vacancia definitiva del cargo por renuncia de la titular del cargo señora CLAUDIA XIMENA NAVIA MINA, fue encargado el Secretario de Transito HERACLIO DIAZ PRADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.639.563 de Florencia – Caquetá.

Que en ejercicio de la discrecionalidad administrativa y al cumplir con los requisitos de formación y experiencia según el Manual de Funciones y Competencias Laborales del Instituto, la doctora CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA identificada con cedula de



	MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA NIT: 891.500.580 - 9 DESPACHO ALCALDE	Código: 100
		Versión: 1
		Página 2 de 2
		Fecha de Emisión: 29/11/2013
	DECRETO	Código Postal: 191501

ciudadanía 34.620.214 de Santander de Quilichao – Cauca, cumple los requisitos para ser nombrada gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social.

Que, en mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: TERMINAR EL ENCARGO efectuado a **HERACLIO DIAZ PRADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.639.563 de Florencia - Caquetá, en el cargo de gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social, Código E3, Grado salarial 01, a partir del 04 de enero de 2022.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOMBRAR a la doctora **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA** identificada con cedula de ciudadanía 34.620.214 de Santander de Quilichao – Cauca, en el cargo de gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social, Código E3, Grado salarial 01, a partir del 05 de enero de 2022.

PARAGRAFO: Sin perjuicio de la fecha de nombramiento, téngase para todos efectos legales y fiscales, la fecha efectiva de la posesión de **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**.

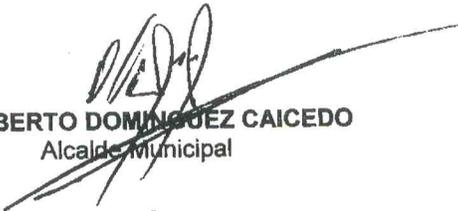
ARTÍCULO TERCERO: COMUNÍQUESE el presente acto administrativo concerniente a la terminación del encargo al señor **HERACLIO DIAZ PRADO**.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNÍQUESE el presente acto administrativo concerniente al nombramiento efectuado a la señora **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**.

ARTÍCULO QUINTO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su comunicación y no procede recurso de ley.

Dado en Puerto Tejada Cauca, a los **04 ENE 2023**

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


DAGOBERTO DOMÍNGUEZ CAICEDO
Alcalde Municipal

Revisó: Sandra Roa – Jefe Oficina Asesora Jurídica 
Aprobó: Sebastián Belalcázar – Secretario Talento Humano 

	MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA NIT: 891.500.580 - 9 DESPACHO ALCALDE	Código: 100
		Versión: 1
		Página 2 de 2
		Fecha de Emisión: 29/11/2013
DECRETO		Código Postal: 191501

ciudadanía 34.620.214 de Santander de Quilichao – Cauca, cumple los requisitos para ser nombrada gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social.

Que, en mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: TERMINAR EL ENCARGO efectuado a **HERACLIO DIAZ PRADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.639.563 de Florencia - Caquetá, en el cargo de gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social, Código E3, Grado salarial 01, a partir del 04 de enero de 2022.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOMBRAR a la doctora **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA** identificada con cedula de ciudadanía 34.620.214 de Santander de Quilichao – Cauca, en el cargo de gerente del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social, Código E3, Grado salarial 01, a partir del 05 de enero de 2022.

PARAGRAFO: Sin perjuicio de la fecha de nombramiento, téngase para todos efectos legales y fiscales, la fecha efectiva de la posesión de **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNÍQUESE el presente acto administrativo concerniente a la terminación del encargo al señor **HERACLIO DIAZ PRADO**.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNÍQUESE el presente acto administrativo concerniente al nombramiento efectuado a la señora **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**.

ARTÍCULO QUINTO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su comunicación y no procede recurso de ley.

Dado en Puerto Tejada Cauca, a los **04 ENE 2023**

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


DAGOBERTO DOMÍNGUEZ CAICEDO
 Alcalde Municipal

Revisó: Sandra Roa – Jefe Oficina Asesora Jurídica
 Aprobó: Sebastián Belalcázar – Secretario Talento Humano *Sebastián Belalcázar*

	MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA NIT: 891.500.580 – 9 DESPACHO ALCALDE	Código: 100-
		Versión: 1
		Página 1 de 1
		Decreto de adopción 029/2007
ACTA DE POSESION		Código Postal 191501

ACTA DE POSESION No 03 05 ENE 2023

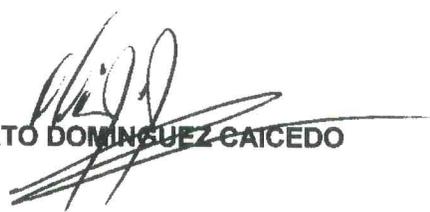
Al despacho de la Alcaldía Municipal de Puerto Tejada, Cauca, hoy 05 ENE 2023 de 2023, compareció la señora **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.620.214, con el fin de tomar posesión del cargo **GERENTE DEL FONDO MUNICIPAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL, código E3, Grado 01, Libre Nombramiento y Remoción**, mediante Decreto No 03 del 04 de enero de 2023, proferido por este despacho.

En tal virtud el señor Alcalde Municipal, le tomo el juramento de rigor por cuya gravedad prometió cumplir bien y fielmente con los deberes y obligaciones que el cargo le asigne e impone.

Acto seguido la posesionada presento los documentos de Ley. Se le dio a conocer el Manual de Funciones y Competencia Laboral, correspondiente al cargo del cual toma posesión, manifestando bajo la gravedad de juramento que no se encuentra dentro de las causales de inhabilidades e incompatibilidades.

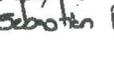
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada y una vez leída y aprobada por los que en ella intervinieron se firma tal como aparece.

El Alcalde


DAGOBERTO DOMÍNGUEZ CAICEDO

El (a) Posesionado (a)


CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA

Proyectó: Mónica Lorena Burbano R, Profesional Universitario 
 Reviso: Sebastián Belalcázar, Secretario de Talento Humano 
 Vo.Bo Sandra Milena Roa, Jefe Oficina Jurídica 



MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA
NIT: 891.500.580 - 9
SECRETARIA DE TALENTO HUMANO

Código: 150

Versión: 1

Página 1 de 1

Fecha de Emisión: 29/11/2013

NOTIFICACION PERSONAL

Código Postal: 191501

NOTIFICACION PERSONAL

Hoy dos (02) de enero de 2022, se notificó personalmente el (a) señor (a) **HERACLIO DIAZ PRADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.639.563, del contenido del Decreto N° _____ del ____ de enero de 2023, **"POR EL CUAL SE HACE TERMINACION DE UN ENCARGO Y SE REALIZA UN NOMBRAMIENTO"**

Quien notifica,

Sebastian Belalcazar Cuenca

SEBASTIAN BELALCAZAR CUENCA
Secretaria de Talento Humano y Servicios Administrativos

El La notifico(a)

	MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA NIT: 891.500.580 – 9 SECRETARIA DE TALENTO HUMANO	Código: 150 Versión: 1 Página 1 de 1 Fecha de Emisión: 29/11/2013
	NOTIFICACION PERSONAL	Código Postal: 191501

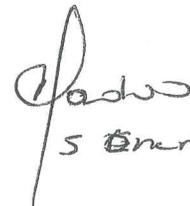
NOTIFICACION PERSONAL

Hoy cinco (05) de enero de 2023, se notificó personalmente el (a) señor (a) **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**, identificada con cedula de ciudadanía número **34.620.214**, del contenido del Decreto N° 03 del 04 de enero de 2023, "POR EL CUAL SE HACE TERMINACION DE UN ENCARGO Y SE REALIZA UN NOMBRAMIENTO"

Quien notifica,


SEBASTIAN BELALCAZAR CUENCA
 Secretaria de Talento Humano y Servicios Administrativos

El La notifico(a)


 5 Enero / 2023

Popayán, abril 28 de 2023.

Honorable Magistrado
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
La Ciudad.

Referencia:

Expediente: 19001-23-33-000-2021-00367-00
Demandante: LAIN Grupo Empresarial SAS
Demandado: Municipio de Puerto Tejada y otro
Medio: controversias contractuales

PAOLA ANDREA GUZMÁN CARVAJAL, mayor de edad y vecina de Santiago de Cali, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.113.673.467 expedida en Palmira - Valle, abogada titulada, portadora de la tarjeta profesional No. 295.535 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de Apoderada Especial del FONDO DE VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL DEL MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA – CAUCA, entidad descentralizada del orden local, representada legalmente por la Dra. **CLAUDIA XIMENA CASTILLO LERMA**, mayor de edad, vecina de esa localidad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.620.214, quien me hubiere otorgado poder especial, amplio y suficiente, el cual anexo, con la mayor reverencia y comedimiento, proceso a CONTESTAR LA DEMANDA Y PROPONER EXCEPCIONES PREVIAS Y DE MERITO en el trámite de la referencia.

Por cuestiones metodológicas se desarrollarán los siguientes capítulos:

- I. Oportunidad.
- II. Aclaración previa indispensable en relación con la cláusula compromisoria
- III. En cuanto a las partes del proceso
- IV. Pronunciamiento sobre las pretensiones.
- V. Pronunciamiento sobre la medida cautelar
- VI. Pronunciamiento frente a los hechos en general
- VII. Pronunciamiento específico de los hechos.
- VIII. Pronunciamiento expreso sobre las normas supuestamente violadas y el concepto de violación
- IX. Pronunciamiento sobre los fundamentos de la acción incoada
- X. Pronunciamiento sobre las pruebas.
- XI. Pronunciamiento al juramento estimatorio de la cuantía.
- XII. Razones de la defensa y excepciones.
- XIII. Solicitud de pruebas.
- XIV. Anexos.
- XV. Notificaciones.

I. OPORTUNIDAD

Mediante auto No. 111 del pasado 8 de marzo de 2023, el Magistrado Ponente dispuso admitir la demanda, decidiendo negativamente en la misma providencia lo relacionado con la medida cautelar que había requerido la parte actora.

De igual forma se concede a las entidades demandadas el término de 30 días como traslado para efectos de dar contestación formal de la demanda y/o para proponer las excepciones previas, de mérito o mixtas que se consideren procedentes.

Termino que comienza a correr pasados dos días desde la notificación del proveído, encontrándonos en termino para contestar la referida demanda.

II. ACLARACIÓN PREVIA INDISPENSABLE

Revisada detalladamente la demanda, y sobre todo el anexo denominado “*convenio de asociación No. 01 de diciembre 26 de 2019 entre el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Puerto Tejada y LAIN Grupo Empresarial SAS*”, es indispensable traer a colación la cláusula vigésima que reza:

*“...CLAUSULA VIGESIMA. SOLUCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las partes Acuerdan que en el evento de presentarse diferencias en razón de la celebración, ejecución y liquidación del presente convenio de Asociación, las partes acudirán a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, el arreglo directo, la transacción, y **el arbitramento**, entre otros...”*

Es clara la intencionalidad y lo que se hubiere pactado expresamente en el acuerdo contractual referido, donde las partes de mutuo acuerdo estipulan que ante la existencia de cualquier tipo de controversia que se presente en relación con la celebración, ejecución y liquidación del convenio, la jurisdicción elegida no sería la contenciosa administrativa, sino que por el contrario luego de surtirse los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se acudiría **INEXORABLEMENTE** a la jurisdicción especial arbitral.

Preceptiva contractual que en ningún momento atendió la parte demandante, pese a la claridad del texto del convenio y para lo cual existe regulación legal contenida en la ley 1563 de 2012.

Bajo una interpretación forzada de lo expresamente señalado contractualmente, podría aducirse que no estamos ante una cláusula compromisoria o un expreso pacto arbitral, pero no hay duda de que esa fue la voluntad de las partes donde el clausulado de un contrato se constituye en ley para las partes, existiendo referentes jurisprudenciales del mismo Consejo de Estado donde hace prevalecer esa intencionalidad, como se expondrá más adelante.

Y es que si bien, habilidosamente se enuncia en la demanda que lo pretendido es la nulidad de dos actos administrativos, ello para aferrarse a la jurisdicción

contencioso administrativa, **en el fondo lo que pretende la parte demandante es un presunto restablecimiento de las pretendidas y esperadas condiciones económicas de la ejecución de un convenio**, lo cual es una controversia de carácter contractual y para lo cual, reitero **las partes establecieron una jurisdicción especial**.

Adicionalmente, pretendiendo aferrarse a la jurisdicción contencioso administrativa, la demanda adecua la pretensión principal como una nulidad de dos actos administrativos por medio de los cuales la entidad estatal, esto es el Fondo de Vivienda de Interés social, le declaró la nulidad del convenio de asociación No. 01 del 26 de diciembre de 2019, ello bajo el sofisma de que la jurisdicción arbitral no tendría potestad para decidir sobre la legalidad de esas actuaciones, no obstante cuando revisamos el texto de la pretensión y lo comparamos con lo que se hubiere definido en los citados actos administrativos, no hay duda que en ningún momento en que la entidad estatal no declaró la nulidad del convenio como se predica en la demanda, solamente dio por terminado el convenio, circunstancias muy disimiles y que tienen sus connotaciones especiales, es por ello que no es válido pretender una nulidad sobre lo que no se ha decretado.

Anteponer esta circunstancia fáctica y jurídico – contractual, a la misma contestación de la demanda y la presentación de los medios exceptivos, pretende simplemente evitar un desarrollo procesal ante la jurisdicción contencioso administrativa, para finalmente tener que asumir la decisión de que la controversia le correspondería a la jurisdicción arbitral.

III. EN CUANTO A LAS PARTES DEL PROCESO

En el texto de la demanda se precisa que uno de los sujetos sobre los cuales se destila la presente controversia contractual es el FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y DE REFORMA URBANA de Puerto Tejada, asistiéndole la razón en cuanto a que estamos ante una entidad pública del orden local, con autonomía administrativa y presupuestal, lo cual le permite comparecer ante estos estrados judiciales a través de su apoderada judicial.

De igual forma, se acude a la figura de la solidaridad para pretender vincular al Municipio de Puerto Tejada como entidad territorial local, sobre lo cual será dicha entidad la que se pronuncie sobre el particular.

Para con la parte demandante, estamos ante una entidad de derecho privado con facultades para comparecer dado que le asistiría una clara legitimación en la causa por activa.

Finalmente, y si bien no se relaciona en el texto de la demanda, toda vez que estamos ante intereses del orden territorial, el auto admisorio ordenó la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo cual no alcanza a constituir irregularidad sustancial alguna toda vez que su interacción procesal está regentada para procesos judiciales en los cuales se ventilen intereses de entidades del orden nacional.

IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES.

En forma subsidiaria a la falta de jurisdicción para el trámite que nos concita, nos pronunciaremos frente a los diferentes capítulos contenidos en el texto de la demanda, conservando el orden en que fueron presentados.

A LA PRIMERA DE LAS PRETENSIONES. Me opongo a la prosperidad de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 04 del 14 de febrero de 2020 proferida por el Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada, toda vez que el referido acto administrativo fue expedido atendiendo los preceptos normativos de carácter superior, como se demostrará en la presente actuación

A LA SEGUNDA DE LAS PRETENSIONES. Igualmente me opongo a la prosperidad de la segunda de las pretensiones de la demanda en el sentido que se declare la nulidad de la Resolución No. 16 del 22 de mayo de 2020, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 04 del 14 de febrero de 2020.

A LA TERCERA DE LAS PRETENSIONES. Me opongo a la pretensión establecida en el numeral tercero de este acápite, donde se propende por la declaración de incumplimiento contractual del Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada.

De igual forma me opongo a la pretensión encaminada a hacer efectiva en contra del Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada, la cláusula penal del convenio de Asociación No. 01 del 26 de diciembre de 2019, contenida en la cláusula decima quinta, toda vez que no están dadas las condiciones fácticas ni jurídicas para la imposición de esa sanción contractual.

A LA CUARTA DE LAS PRETENSIONES. Me opongo a la pretensión establecida en el numeral cuarto de este acápite, donde se propende por la condena en favor de la parte demandante por los supuestos perjuicios materiales y morales causados por la entidad que represento, debiendo señalar desde esta instancia inicial que ante la remota prosperidad de esta pretensión, la misma sería inane toda vez que cuando se prevé contractualmente una clausula penal, en ella las partes están estimando anticipadamente esos eventuales perjuicios, quedando vedado a las partes el pretender una doble indemnización, que es en últimas lo que se predicaría de la pretensión tercera y cuarta de la demanda.

A LA QUINTA DE LAS PRETENSIONES. Me opongo a la prosperidad de la pretensión encaminada a que se condene al Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada al pago de las costas y agencias del derecho, toda vez que los procederes administrativos y contractuales realizados de su parte en momento alguno desconocen el marco regulatorio sobre el cual se fundamentó. Debiendo resaltar además que la controversia aquí suscitada no involucra solamente intereses particulares, sino también el interés público, lo que hace inviable este tipo de condenas.

A LA SEXTA DE LAS PRETENSIONES. Igualmente me opongo a la prosperidad de la sexta de las pretensiones de la demanda en el sentido que se declare responsable solidario al MUNICIPIO DE PUERTO TEJADA, en primer lugar, porque no están dadas

las circunstancias para ello, y en segundo lugar en razón a la improcedencia de este tipo de responsabilidad solidaria en materia contractual, máxime cuando las dos entidades demandadas se caracterizan por tener una autonomía e independencia administrativa, contractual y presupuestal.

V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

Si bien en el texto de la demanda se incorporó un acápite encaminado a que se decretara una medida cautelar tendiente a ordenar el embargo y secuestro del bien inmueble, donde se pretendía desarrollar el programa de vivienda contenido en el convenio Asociativo No. 01 del 26 de diciembre de 2019, sobre este particular con una razonada y clara fundamentación jurídica y argumentativa el Tribunal Administrativo del Cauca se pronunció negativamente, lo cual no amerita mayores elucubraciones sobre el particular, máxime cuando se inicia con un falaz y hasta calumnioso señalamiento en el sentido de que la parte demandada ha actuado de mala fe, sin que exista el más mínimo asomo probatorio o indiciario de ese proceder, resaltándose que en este tipo de procesos declarativos reivindicatorios la carga de la prueba está radicada en la parte actora.

VI. PRONUNCIAMIENTO A LOS HECHOS EN GENERAL

En relación con los hechos presentados en la demanda, me permito manifestar que algunos no me constan, razón por la que me atengo a lo que de ellos resulte probado en legal forma dentro del proceso arbitral en referencia; y, siempre y cuando guarden relación con las pretensiones de la demanda.

Finalmente, conforme a las reglas del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil³, hoy 167 CGP y el 1757 Código Civil⁴, al disponer que ***“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”***, la parte demandante entonces deberá, probar el supuesto de hecho que las normas jurídicas persiguen. Lo anterior por remisión general del artículo 306 del C.P.A.C.A, y en especial del artículo 211 ibídem.

VII. FRENTE A LOS HECHOS ESPECÍFICOS DE LA DEMANDA

AL HECHO PRIMERO. Es cierto, según se evidencia en la prueba documental, que el Concejo Municipal de Puerto Tejada, mediante el Acuerdo Municipal No. 017 del 25 de noviembre de 2019, autorizó al Alcalde Municipal para donar en favor del Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Puerto Tejada el bien inmueble denominado la Serafina – matrícula inmobiliaria No. 13025153 – con el propósito de adelantar proyectos de vivienda de interés social y de vivienda de interés prioritario.

AL HECHO SEGUNDO. Es cierto, según se evidencia en la prueba documental, que el 30 de septiembre de 2019, la Junta Directiva del Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Puerto Tejada, mediante acta No. 04, autorizó al Gerente del Fondo para que formalmente recibiera la transferencia del bien inmueble antes señalado, todo ello a efectos de cumplir con el cometido institucional de propender por la generación

vivienda en la municipalidad, claro está que ese mandato legal y estatutario siempre deberá entenderse al amparo del régimen legal vigente, sin que dichas autorizaciones conlleven una patente de corso para desconocer la legalidad como principio fundamental.

Y se hace mención a esa legalidad que debe revestir toda actuación de las entidades estatales, en razón a que como lo hubiere manifestado el Fondo de Vivienda de Interés social en la fase administrativa, el entonces Gerente que suscribió el referido Convenio de Asociación No. 01, no contaba con todas las facultades para ello, es decir que su proceder no se ajustaba a los cánones legales y reglamentarios para ello, lo cual viciaba de nulidad el contrato de asociación y lo que en él se determinaba.

AL HECHO TERCERO. En estricto sentido jurídico no es un hecho, es una percepción de la parte demandante en cuanto el fin último que motiva la existencia del Fondo de Vivienda de Interés Social en la entidad territorial, debiéndose aclarar que para atender esta política constitucional y estatal no se hace necesario contar con un ente descentralizado, máxime cuando en otras entidades se cumple con esos cometidos de brindar soluciones de vivienda de interés social y prioritaria, incluyendo el componente de otorgamiento de subsidios, en forma directa por las entidades territoriales locales. Pero en todo caso la forma de aplicar estas políticas de habitad dependerá de cada entidad territorial.

AL HECHO CUARTO. No es cierto en la forma como plantea el hecho la demanda, toda vez que, si bien el Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada no se puede preciar de ser una entidad boyante en materia dineraria y de recursos líquidos, cuenta con uno de los principales insumos para adelantar programas de vivienda estatal, como es la propiedad sobre la tierra. Insumo éste que le otorga un poder de decisión y de preponderancia para con quienes pudieren tener recursos financieros.

Lo anterior para desvirtuar el argumento de la demanda tendiente a predicar que era una imperiosa e insalvable necesidad la de suscribir el convenio asociativo No. 01 de 2019, toda vez que legalmente existen y seguirán existiendo varias opciones para generar los espacios de vivienda de interés social, sin que la contratación directa sea la única forma, como pretende hacerlo entrever la parte demandante.

De igual forma, no es cierto que con el pretendido convenio asociativo No. 01 de 2019 para la construcción de viviendas en el predio la Serafina, se estuvieran generando espacios de vivienda para la población más vulnerada de Puerto Tejada, en absoluto, toda vez que lo pretendido era la construcción de viviendas vis y vip, que por los costos no están encaminados a favorecer a los más desvalidos económicamente como se aduce, ello estaba encaminado a un grupo poblacional con algún poder de adquisición, lo cual se evidencia con los costos de la vivienda y lo que finalmente le correspondería asumir a cada adquirente. El sofisma está en pretender que se va a generar vivienda para la población más vulnerable, cuando lo que se hace es competir con las construcciones del sector privado, con única diferencia del valor del subsidio estatal.

AL HECHO QUINTO. No es cierto, razón de ser de la existencia de los actos administrativos censurados, que el Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada, hubiere adelantado una actividad precontractual ajustada a

los cánones legales que garantizaran al menos la transparencia y publicidad en pos de seleccionar un socio estratégico para desarrollar el plan de vivienda en el predio la Serafina que había recibido en donación meses atrás.

Si bien en la demanda se aduce que el Director del Fondo de Vivienda de Interés Social para el 19 de diciembre de 2019 se permitió remitir una invitación privada a tres empresas constructoras, es dable indicar que la referida entidad estatal si bien es la encargada de atender las necesidades de vivienda en la municipalidad, ello no implica que para alcanzar ese cometido esté libre de cumplir con los postulados constitucionales y legales en materia de contratación, y por sobre todo el cumplimiento de los principios de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva, entre otros.

No existe registro documental que permita colegir los criterios objetivos que conllevaron a que el Gerente del Fondo de Vivienda, quien se había posesionado escasamente un día antes, hubiere optado por esta modalidad contractual de selección carácter privada, como lo denomina la demanda, cuando la característica principal es que esas convocatorias sean abiertas para obtener el mayor número de propuestas. Tampoco se han acreditado las razones objetivas que permitieron escoger a esas tres constructoras y no a otras, inclusive algunas que tienen desarrollos similares en la localidad o en cercanías.

Pero la legalidad de la convocatoria que pretende defender la parte demandante, no está limitada a la formalidad de los documentos, sino que esas garantías de legalidad deben ser plenas, comenzando por analizar si quien adelantó el proceso de selección privada estaba plenamente facultado para ello, es decir si contaba con las autorizaciones legales correspondientes de la Junta Directiva del Fondo de vivienda, porque no basta con la ligera suscripción de unas invitaciones o de un convenio asociativo, sino que dada su condición de Gerente del Fondo de Vivienda, se debe inspeccionar si contaba con las facultades expresas para comprometer a la entidad en un proyecto de esta envergadura y sobre todo si todo ello había sido avalado por la Junta Directiva, que es en últimas el coadministrador de la entidad.

No es suficiente con el solo comentario de que se remitió una invitación privada para presentar propuesta económica para aunar esfuerzos para ejecutar un proyecto de vivienda, es dable que quien pretenda ser socio estratégico indague sobre las competencias y hasta donde se extienden las facultades de quien representa la entidad estatal, máxime cuando Gerente Encargado llevaba tan solo dos días en el cargo, y donde además se involucran cuantiosos recursos públicos y privados.

Análisis de contextualización que se debe realizar para el momento de valorar el proceder diligente o negligente de quien pretende sacar un provecho económico de un contrato que a simple vista podría decirse que se fundamenta en la vulneración de preceptos legales.

Y es que sobre la falta de competencia especial y específica del Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social para adelantar la convocatoria privada o cerrada como la denominó, ante la Personería Municipal de Puerto Tejada se allegaron los pronunciamientos claros y expresos de dos miembros de la Junta Directiva del Fondo, los señores **DIEGO FERNANDO LASSO RIVAS** y **SILENA RODRIGUEZ ORDOÑEZ**, quienes en documento escrito le informaron al Agente del Ministerio Público Local, sobre las irregularidades contractuales y por sobre todo que en ningún momento habían facultado al referido Gerente Encargado para realizar el proceso contractual y mucho menos para que comprometiera el bien inmueble recientemente adquirido.

La Personería Municipal adelantó una acción preventiva en este sentido, en razón a las falencias e irregularidades que se estaba incurriendo en la referida contratación, donde se había actuado sin la autorización expresa de la Junta Directiva del Fondo de Vivienda, sobre todo en relación con la cuantía del proceso y del contrato mismo.

Entonces cómo pretender avalar un proceder ligero del Fondo de Vivienda de Interés social, quien supuestamente confeccionó un proceso de invitación privada y cerrada en menos de dos días, dado que el nombramiento del Gerente Encargado tuvo lugar el día 17 de diciembre y el 19 del mismo 2019, remitió las invitaciones privadas a algunas entidades. Es procedente preguntarse cuando realizó el estudio de mercado para incorporarlo a los estudios previos, cuándo confeccionó un presupuesto oficial que implicaba un compromiso de más de 67 mil millones de pesos, cómo obtuvo la información de que esas eran las personas jurídicas o constructoras que debía invitar y no otras, cómo entender que en forma personal pretendiere asumir todos los roles del proceso contractual tales como el de confeccionador de los términos de referencia y de la fase precontractual, así como de evaluador de propuestas sin criterios objetivos, la de asumir en forma directa y sin autorización de la Junta Directiva la suscripción de un contrato de esa naturaleza y hasta las autodesignadas funciones de supervisión del contrato. Todo un artista para pretender darle un ropaje de legalidad a lo que en realidad es una contratación irregular.

Es por ello válido predicar que de esas ilegalidades y los proceder irregulares en que se incurrió no pueden desprenderse derechos o circunstancias con ropaje de legitimidad, máxime cuando en el caso en particular se incurre en proceder que desconocen los principios de la contratación y particularmente de la misma ley 80 de 1993, porque tal y como lo expusiere en forma general el Fondo de Vivienda de Interés Social el Convenio Asociativo No. 01 del 26 de diciembre de 2019 fue celebrado como si estuviésemos ante una modalidad de contratación directa, donde claramente se puede colegir que estamos en una actividad contractual que puede ser desarrollada por muchos contratistas lo que hace imperativo un proceso licitatorio.

Y es que no puede aducirse ahora como sofisma de distracción, como pretende hacerlo la demanda, que estamos ante otro régimen de contratación estatal como el que prevé el artículo 365 de la Constitución Política, prueba de ello es que en el mismo texto del convenio se regula la aplicación de las cláusulas exorbitantes que trae consigo la ley 80 de 1993, lo cual nunca fue objeto de reparo por el hoy demandante.

Sin lugar a dudas, cuando se involucra una verdadera selección objetiva en pos de obtener una mejor propuesta para con el estado, el procedimiento de la ley 80 de 1993, bien sea la licitación o el concurso público, es la opción más idónea para estos cometidos de selección, sin que exista hoy en día reglamentación para lo que denominaron INVITACIÓN PRIVADA o cerrada, como lo resalta la demanda en este hecho quinto, lo que evidencia que los actores del proceso contractual conocían que estaban al margen de la regulación contractual que vincula tanto al fondo de vivienda como al contratista.

Reitero, no es dable pretender sacar beneficios económicos dinerarios habiendo participado en un proceso que no se compadece con la legalidad, que es en últimas lo pretendido por el hoy demandante, toda vez que con conocimiento de que no estaba ante un proceso licitatorio concurrió a una invitación privada y posteriormente a suscribir un convenio asociativo, pretendiendo con posterioridad obtener unas utilidades sin haber realizado un ápice de ejecución del convenio mismo.

Y es que se hace necesario precisar para complementar estos cometidos

argumentativos, lo que resalta el acto administrativo mediante el cual se da por terminado el convenio asociativo, donde estaban involucradas las cláusulas exorbitantes, que si bien formalmente la fecha del contrato es el 26 de diciembre de 2019, el registro en el aplicativo del SECOP y la real publicidad del mismo se efectuaron ya el 31 de diciembre del mismo año, minutos antes de iniciar una nueva vigencia fiscal y una nueva administración municipal.

Si bien podría aducirse que la vigencia fiscal culmina el 31 de diciembre a las 12 de la media noche y no a las 11.34 p.m., ello no deja de ser muy llamativo, máxime cuando en la municipalidad se había decretado como día no laboral ese 31 de diciembre de 2019, ello mediante el Decreto No. 137. Indicios éstos de proceder irregulares que no pueden pasar desapercibidos en un análisis jurídico acucioso como el que de seguro realizará el Operador Judicial Contencioso Administrativo.

AL HECHO SEXTO. Si bien se aduce en la demanda que la empresa LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS presentó propuesta técnica y económica al Fondo de Vivienda de Interés social, no me consta que esa hubiere sido la temporalidad precisa, máxime cuando para la estructuración de una propuesta de esta magnitud se requiere un tiempo suficiente y por sobre todo contar con la suficiente información del proyecto a realizar y unos pliegos de condiciones precisos, lo cual no se evidencia en la invitación privada (sic) que supuestamente se le hiciera días atrás.

Bajo esa supuesta premisa de haber sido entregada la propuesta técnico económica por parte de la empresa LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS, es dable resaltar que no existe una trazabilidad del estudios de las propuestas presentadas, dado que según los decires de la parte actora no fue la única propuesta, sin que en los archivos de la entidad se encuentre registro del análisis jurídico, técnico, de revisión de documentos y demás actividades de valoración, que permitan colegir cuáles fueron los criterios objetivos para optar por la selección de la propuesta.

AL HECHO SEPTIMO. Si bien es cierto que el Gerente Encargado del Fondo de Vivienda de Interés Social de la época, aparece suscribiendo lo que se rotula como estudio previo para contratar, con el cual pretende sin éxito darle un ropaje de legalidad a ese acuerdo irregular entre las partes, debemos predicar que sin desconocer la existencia de la ley 3 de 1991 y la misma ley 489 de 1998, lo acordado entre las partes no es un verdadero convenio asociativo al cual concurre en estado en igualdad de condiciones que los particulares cuando se realiza en debida forma.

Es esos convenios que tienen su origen en la misma constitución política desde el artículo 365 y desarrollado legalmente en varios preceptos normativos, el estado se despoja de sus potestades como tal y concurre en igualdad de condiciones, no obstante en el presente caso, solamente fue el sofisma de acudir a esta figura para esquivar un proceso licitatorio, público y en condiciones de transparencia.

Y es que ello es así, porque del mismo texto de lo que denominó estudios técnicos, del contrato de asociación y de la documentación en general se evidencia que siempre se hace mención y referencia a la ley 80 de 1993, estatuto éste que no establece como una de sus modalidades contractuales el de los convenios asociativos. Bajo esta regulación de carácter legal son viables únicamente los procesos públicos de selección, sin que sea válida la llamada invitación privada, lo cual se regulaba con el decreto 222 de 1983, estatuto este derogado desde 1993.

Y es que lo anterior, es decir que estamos ante un proceso contractual típico de la ley 80 de 1993, y no de un supuesto convenio asociativo, cuando en el texto mismo del convenio se introducen textualmente la posibilidad real de que la entidad estatal acuda a la imposición de las cláusulas exorbitantes, característica propia y sine qua non de que estamos ante un contrato típico de carácter estatal, no que no se estila consignarlas y aplicarlas en un convenio asociativo típico, por la igualdad de cargas.

Y es precisamente que acudiendo a esas facultades exorbitantes que la entidad hoy demandada se permitió dar por terminado el contrato en forma unilateral, lo que demuestra una vez más que estamos ante un contrato típico de la ley 80 de 1993 y no ante una alianza estratégica como pretende hacerlo entre ver la parte demandante.

Y más claro aún, cuando revisamos el contenido de los actos administrativos que hubiere expedido el Fondo de Vivienda de Interés Social en febrero 24 y mayo 16 de 2020, cuando decide dar por terminado unilateralmente el referido contrato, que no es como lo aduce la demanda en sus pretensiones, que se hubiere declarado una nulidad, en absoluto, simplemente ante los vicios de legalidad se permitió declarar la terminación unilateral del contrato regido por la ley 80 de 1993, como corresponde.

No hay duda de que estamos ante un claro y evidente contrato que debe estar regulado por la ley 80 de 1993, dadas las implicaciones del mismo, la naturaleza de las prestaciones que se imponen y el procedimiento agotado y lo que expresan los documentos contractuales, razón por la cual ante la autorización del mismo texto contractual es viable que se acuda a la imposición de las cláusulas exorbitantes como en efecto lo realizó la entidad estatal – Fondo de Vivienda de Interés Social.

AL HECHO OCTAVO. Si bien es cierto que con fecha 26 de diciembre de 2019 aparentemente se suscribió entre las partes lo que auto-denominan Contrato de Asociación No. 01, no existe registro documental del proceso de análisis de las propuestas presentadas y mucho menos de los elementos objetivos que permitan colegir cuáles fueron las verdaderas circunstancias que llevaron a realizar la elección de la propuesta de la firma LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS.

Si en gracia de discusión se aceptara que en Colombia, al amparo de la ley 80 de 1993, estuvieren reguladas las convocatorias privadas como fue lo que realmente tuvo ocurrencia, ni en el expediente contractual, ni en los documentos aportados por el demandante se encuentra el acta del Comité de Evaluación que hubiere realizado el análisis respectivo.

Análisis de propuestas que implica una comparación y verificación con unos términos de referencia, además de la confrontación y verificación de la información contenida en la propuesta, predicando cuáles fueron los criterios objetivos que llevaron a la entidad estatal a tomar la decisión de elegir una determinada propuesta. Total huerfandad sobre este particular, lo que permite colegir que no estaban dadas las condiciones jurídicas para el proceso de selección y que se acudió a última hora, a escasos días de terminar el periodo de la administración municipal para pretender amarrar un proyecto de inversión sobrepasando ese periodo democráticamente otorgado.

Prueba de ello es que las actividades de registro en la plataforma de SECOP se realizó el día 31 de diciembre de 2019 a escasos minutos de terminar la vigencia fiscal (11:34 p.m.), día no laborable en la municipalidad de Puerto Tejada conforme al Decreto No. 137 del 9 de diciembre de 2019, expedido por el Alcalde Municipal. En este sentido, es válido preguntarse... si verdaderamente la suscripción del convenio asociativo No. 01,

tuvo lugar el día 26 de diciembre de 2019, ante la escasa actividad contractual de la temporada en el Fondo de Vivienda de Interés Social, cómo debe entenderse que no se hubiere procurado el registro y la publicación del contrato en la página del SECOP sino hasta los últimos minutos... por sobre todo cuando estamos ante un contrato que superaba los 67 mil millones de pesos, cuantía que con creces supera el presupuesto de muchas anualidades del Fondo de Vivienda.

AL HECHO NOVENO. Conforme lo reconoce el mismo texto de la demanda, el referido convenio de asociación, está regulado por la ley 80 de 1993 y sus normativas modificatorias y regulatorias, lo cual se constituye en una clara confesión, olvidándose por la parte demandante que el proceso de selección denominado “INVITACION PRIVADA” o similares, no están reguladas en esta normativa legal, toda vez que el procedimiento por excelencia es la LICITACION PUBLICA o hasta el Concurso público, según sea el caso.

Es tal la confusión normativa de quien hubiere fungido como Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social para la época de la suscripción del contrato, como para con quienes confeccionaron la demanda, que pretenden escurar la irregular contratación con el marco legal de la ley 80 de 1993, aunque en otros apartes aducen que se acudió al mecanismo asociativo donde el estado concurre en igualdad de condiciones que los particulares, pero lo que se evidencia en el presente caso es que la entidad estatal jamás de los jamases se desprendió de esas facultades, y es por ello que estamos ante una actuación que debe estar regentada por la referida ley 80 de 1993 con sus modificaciones posteriores, sin que sea válido en esa órbita legal avalar lo que se denominó como fase precontractual, lo cual afecta al contrato mismo que se hubiere suscrito.

AL HECHO DECIMO. Es cierto que la Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada, se permite expedir la Resolución No. 04 del 14 de febrero de 2020, dar por terminado el referido contrato en forma unilateral, decisión que en ningún momento fue apresurada o desprovista de los análisis respectivos, y mucho menos que no se le hubiere brindado al contratista la oportunidad de conocer y controvertir lo que se expuso en el referido acto administrativo.

Para ello debemos precisar que desde inicio del mes de enero de 2020, cuando comenzaba una nueva administración del Municipio de Puerto Tejada y del mismo Fondo de Vivienda, se requirió en varias oportunidades al Contratista para que compareciera a las reuniones o mesas de trabajo, a fin de dar claridad en torno a la suscripción de contrato de asociación No. 01 de 2019, donde si bien se acudió inicialmente, luego se hizo caso omiso a las citaciones que se le realizaran antes de tomar una decisión administrativa sobre el particular.

En forma concomitante el Fondo de Vivienda de Interés Social, se permitió requerir a un Abogado Externo que prestaba apoyo jurídico a la entidad, una conceptualización sobre la legalidad del referido convenio de asociación No. 01 de 2019, y es por ello que el 14 de enero de 2020 por parte del Dr. FEDDY SUCCAR CHEDIAC, se emitió el concepto donde precisaba, además de las irregularidades contractuales en que se había incurrido, que se agotara inicialmente una instancia de terminación bilateral.

Para atender esa finalidad de dar por terminado bilateralmente el contrato de asociación referido, se convocó en varias oportunidades al contratista para que asistiera a la sesión

de trabajo, entre otras para el 20 y 24 de enero de 2020, sin que compareciera el representante legal de la firma contratista, de lo cual se levantaron las actas correspondientes.

Ante esa falta de interés en solucionar las irregularidades contractuales y dado que estábamos ante evidentes vulneraciones del ordenamiento normativo de la contratación es que se expide el acto administrativo que contiene la decisión de dar por terminado unilateralmente el referido contrato.

Y es que la ilegalidad del referido acuerdo de voluntades y las irregularidades en que se incurrió para su afanoso perfeccionamiento, son evidentes y de tal contundencia que no se requiere de ser el más experto en contratación pública para determinar que lo pretendido era sin lugar a dudas evadir un proceso licitatorio, como correspondía, pretendiendo realizar la adjudicación de un contrato en forma directa, donde la cuantía superaba los 67 mil millones de pesos. La ilegalidad se evidencia a primera vista.

Lo anterior sin dejar de reiterar que el entonces Gerente del Fondo de Vivienda de Interés social, no contaba con una competencia precisa y sobre todo con una autorización expresa y claramente definida por la Junta Directiva del Fondo, toda vez que para este tipo de contratos, en razón de la cuantía, debería contar con una autorización expresa, la cual jamás le fue concedida.

De este hecho décimo de la demanda, debemos señalar que en forma correcta se hace mención a la terminación unilateral del convenio No. 01, contradiciendo lo que se expone en el texto de las pretensiones donde se aduce que se declaró la nulidad del referido convenio. Y resaltamos nuevamente esa inconsistencia en razón a que no es viable confundir o asimilar las dos figuras jurídicas, esto es la terminación unilateral y la nulidad del convenio.

Esa contrariedad sin lugar a dudas conllevará a la declaratoria de una ineptitud de las pretensiones, que en tratándose de una actividad rogada, no habría lugar a una adecuación de las mismas y mucho menos a una corrección oficiosa.

AL HECHO DECIMO PRIMERO. Es cierto que el Representante Legal de la firma LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS, presentó formal recurso de reposición en contra de la Resolución No.04 del 14 de febrero de 2020, sin que en el mismo lograra desvirtuar los supuestos fácticos y jurídicos que se habían destilado en el acto administrativo censurado.

AL HECHO DECIMO SEGUNDO. Es parcialmente cierto en cuanto a que el Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada mediante la Resolución No. 16 del 22 de mayo de 2020, resolvió el recurso de reposición presentado, sin que le asista la razón a la parte demandante en cuanto a la supuesta extemporaneidad, pero aún así en ningún momento la entidad estatal ha perdido la competencia para pronunciarse como en efecto lo hizo, máxime cuando estamos ante un componente de ilegalidad absoluta que no se sana por el transcurso del tiempo.

AL HECHO DECIMO TERCERO. Es cierto que en el texto del contrato o convenio de asociación y particularmente de las obligaciones del Fondo de Vivienda se prevé la posibilidad de que la entidad estatal pueda emprender acciones de responsabilidad contra el socio estratégico y sus garantes por el incumplimiento de sus funciones.

Si bien ese tipo de acciones de reparación en favor de la entidad estatal no se acometieron en esa oportunidad, o al menos no se evidencia registro sobre el particular, debemos señalar que ello sería dable en el marco de que el contrato estatal estuviere revestido de toda legalidad, porque no sería posible pretender obtener una reparación si se está cuestionando la legalidad de la fuente, esto es que desde un comienzo el Fondo de Vivienda de Interés social cuestionó la legalidad del procedimiento de selección y del mismo texto contractual, como se lo hizo conocer a la empresa contratista, hasta tal punto de haberse decretado la terminación unilateral del contrato o convenio de asociación No. 01.

AL HECHO DECIMO CUARTO. Es cierto que la empresa LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS no ha obtenido de la entidad estatal ningún tipo de indemnización, toda vez que no tiene derecho a ello, en primer lugar, porque no están dadas las condiciones fácticas ni jurídicas para que se haga acreedor a ello, y en segundo lugar porque con sus proceder, conocimientos y experiencias en la materia, concurrió en la confección de esas actuaciones que han sido catalogadas como ilegales por la entidad estatal.

No sería procedente que teniendo conocimiento de cómo está regulada la contratación estatal, al amparo de la ley 80 de 1993 y su normativa modificatoria y regulatoria, pretenda ahora la empresa contratista beneficiarse con una indemnización económica, cuando ella participó activamente en esas actuaciones irregulares, razón de ser finalmente la empresa seleccionada con un contrato viciado en su legalidad.

Es dable traer a colación el principio de derecho que relata que nadie puede beneficiarse de su propio proceder, máxime si este está viciado en su legalidad. Que es en últimas lo que hoy pretende la parte demandante, cual es obtener una utilidad que jamás se consolidó en sus haberes, con unos supuestos gastos que probatoriamente dejan mucha duda en razón de los medios de prueba aportados, sobre lo cual nos referiremos más adelante, y que además, independientemente de la referida legalidad, jamás demostró actuación real y efectiva de ejecución.

Continuando con lo expuesto en la segunda parte del hecho DECIMO CUARTO, en relación con la obligación legal prevista en la ley 80 de 1993 (art. 14, inciso 2º Numeral 1º) donde el contratista deprecia una indemnización por la terminación unilateral del convenio de asociación No. 01, ello ratifica una vez más, con la confesión de parte, que estamos ante un típico contrato estatal, y que por lo mismo no estamos ante un convenio de asociación propiamente dicho donde el estado concurre en igualdad de condiciones.

Y es que esa concepción de contrato estatal de la ley 80 de 1993 que le otorga el demandante al negocio jurídico, es lo que viabiliza que la entidad estatal hubiere podido declarar la terminación unilateral del contrato como en efecto lo hizo, basado en la ilegalidad de las actuaciones contractuales, en lo cual, se reitera, tuvo participación activa la parte demandante.

AL HECHO DECIMO QUINTO. Es cierto en cuanto a que en el texto del convenio de asociación No. 01 del 26 de diciembre de 2019 se estipuló la cláusula decima quinta en el sentido de precisar una cláusula penal del 20% del valor del contrato, ello como una estimación anticipada de eventuales perjuicios.

Pero esa consignación literal no implica que automáticamente deba ser asumida por la

entidad estatal, en absoluto, máxime cuando el texto del contrato y las actividades contractuales desarrolladas, estuvieron viciadas de legalidad, razón de ser de la misma terminación unilateral que hubiere decretado el Fondo de Vivienda de Interés Social.

Adicionalmente, cómo pretender obtener una cláusula penal, que como lo establece el mismo texto contractual, es una estimación anticipada de los perjuicios, y por otra parte en las demás pretensiones todas principales, porque no se acudió a la subsidiariedad, requiere de otras indemnizaciones, lo cual es contradictorio.

AL HECHO DECIMO SEXTO. Si bien no se comparte lo expuesto por la parte demandante en lo que se refiere a los costos en que supuestamente hubiere incurrido, este hecho décimo sexto, recobra gran importancia para la tesis argumentativa que se ha expuesto hasta este momento, toda vez que en forma vedada, acepta lo que hemos predicado.

Y es que la parte demandante, refiriéndose a los actos administrativos que dieron por terminado el convenio de asociación No. 01, señala que esa circunstancia de afectación pecuniaria fue *“ocasionado por la imprecisión administrativa”* y no por el incumplimiento del contratista.

Con lo anterior se está reconociendo tácitamente que los procederes de quienes representaban al Fondo de Vivienda de Interés Social al momento de la confección de contrato, en momento alguno están revestidos de la total legalidad, como lo había aducido inicialmente, ya empieza a calificar esas actuaciones como de imprecisiones, que en últimas son ilegalidades como lo hemos resaltado y como lo hubiere predicado la actuación administrativa de terminación unilateral del convenio, que sea dicho de paso nuevamente, en esas actuaciones tomó parte activa quien hoy pretende obtener réditos indemnizatorios.

Pero aún así, continuemos con las referencias fácticas a que hace alusión el referido hecho décimo sexto, donde se predica que se realizó un contrato de prestación de servicios por 220 millones de pesos con el señor ROBERTO JAVIER ROJAS, de los cuales supuestamente se han realizado unos pagos de anticipo, que se pretenden acreditar con recibos de caja y con abonos en efectivo, debiéndose censurar desde esta instancia inicial que este tipo de contratos, así sea en el sector privado, por lo general están revestidos de una solemnidad, máxime para acreditar una eventual indemnización de perjuicios.

Pero adicionalmente a esa manifestación de pago de un anticipo, lo cual por esas cantidades de dinero no es tan común que se hicieren con pagos en efectivo, deben estar sustentados con unos descuentos, al menos de retención en la fuente, de lo cual no se hace mención alguna, independientemente de que se hubieren reportado en las actividades contables de la empresa y que adicionalmente estuvieren reportados esos pagos ante la DIAN de la vigencia 2019, sobre lo cual se requerirán las certificaciones correspondientes en la fase probatoria.

Pero adicionalmente debemos censurar que la parte demandante pretende aducir como costos del proceso contractual unos honorarios que no pueden ser ejecutados antes de haber firmado al menos un acta de iniciación del convenio, previa aprobación de las pólizas de garantía, máxime cuando siendo conocedor de la actividad contractual es predicable que todo gasto para ser acreditado a la ejecución contractual debe estar precedido de esa acta de iniciación, lo cual no tuvo ocurrencia, razón por la cual no es viable que se pretenda recuperar unos supuestos pagos realizados a mutuo propio, en

caso de ser probada legalmente su real ocurrencia.

En relación con los costos supuestamente asumidos por concepto de las pólizas, se establece que fueron adquiridas en el mes de febrero sin predicar la fecha en que ello tuvo lugar, no obstante que para el día 14 de ese mes se asumió la decisión de dar por terminada la relación contractual, lo cual estuvo precedida por reuniones desde el mes de enero de 2020, con lo cual se podría evidenciar que para cuando se adquirieron esas pólizas la empresa contratista ya tenía conocimiento sobre los reparos que existían sobre el contrato y la inviabilidad de continuar con el mismo.

Para este cometido debemos resaltar igualmente que desde el mes de enero de 2020, el Fondo de Vivienda de Interés Social, había citado en varias oportunidades al Contratista para auscultar formas de terminar bilateralmente el contrato, razón por la cual ya se tenía conocimiento de la intencionalidad de la entidad estatal de no continuar con esa relación contractual, es por ello que si con posterioridad, esto es para el mes de febrero de 2020, el contratista decide adquirir unas pólizas de garantía, ello era bajo su responsabilidad y asumiendo el riesgo de que esos valores que asumiera podían ser desconocidos por la entidad contratante.

Bajo este razonamiento cronológico es dable censurar que se hubiere incurrido en un costo de pólizas, cuando desde principios del mes de enero de 2020 ya se estaba censurando la legalidad del convenio y se preveía la eventual terminación bilateral del mismo como resultado de las cláusulas exorbitantes expresas en el texto del contrato.

AL HECHO DECIMO SEPTIMO. Es cierto que se hubiere adelantado el trámite de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría 39 Judicial II Administrativa de Popayán, para lo cual bastará con revisar el contenido de la solicitud y la constancia respectiva, todo ello a efectos de valorar si existe una coincidencia de lo que se expuso y sobre todo lo que se pretendió en esa fase preprocesal y lo que hoy en día se pretende en esta actuación judicial.

Y es que se hace necesario resaltar en esa identidad de lo pretendido en la conciliación prejudicial y lo pretendido en esta fase judicial, toda vez que de haberse modificado podría conllevar a un indebido agotamiento de ese requisito de procedibilidad.

VIII. EN CUANTO A LAS NORMAS SUPUESTAMENTE VIOLADAS.

Considero de importancia suma resaltar lo que la demanda predica en este acápite, toda vez que inicia señalando que

“...los actos administrativos aquí impugnados son violatorios de las normas que rigen la responsabilidad contractual...”

Debe entenderse entonces que lo pretendido por la parte actora es la revisión de legalidad y/o nulidad, como lo expresa en las pretensiones, de unos actos administrativos? De ser así podríamos estar ante un proceso de nulidad simple o hasta de nulidad y restablecimiento del derecho, donde el núcleo esencial es la verificación y el acatamiento de un ordenamiento jurídico.

No obstante, en el análisis general e integral de la demanda no se tiene plena certeza de cuál es la intencionalidad última de la parte actora, la nulidad deprecada o la de solventar una controversia contractual, indefinición que podría estar soslayando una indebida escogencia del medio de control judicial.

Seguidamente, se permite reseñar una serie de normativas del código civil, del código del comercio, de la ley 80 de 1993, del CPACA, de preceptos constitucionales indeterminados y hasta se hace referencia a la doctrina y la jurisprudencia.

Como lo hubiésemos resaltado anteriormente, y seguiremos haciendo énfasis en lo que continúa, se hace expresa alusión a la ley 80 de 1993, que regula la contratación estatal en Colombia, donde bajo ninguna preceptiva permite ni establece lo que se denomina una INVITACION PRIVADA o CERRADA, esto es un procedimiento contractual que sin criterios objetivos pretenda escoger a unos cuantos eventuales contratistas, esa práctica contractual no tiene cabida alguna en un sistema donde el proceso de selección por excelencia es la licitación pública, para casos como el de la construcción de planes de vivienda y ejecución de obras de infraestructura.

Nos permitimos resaltar lo anterior para señalar que el supuesto convenio de asociación desde su génesis tenía vicios de legalidad y que ante ese hallazgo a principios del año 2020, para las directivas del Fondo de Vivienda de Interés Social no había otra opción que darlo por terminado, como efectivamente tuvo lugar, por ser una afrenta contra esos principios normativos de carácter público en materia contractual.

EN CUANTO AL CONCEPTO DE VIOLACIÓN ADUCIDO

Atendiendo la literalidad de este acápite, no es cierto que la entidad estatal al dar por terminado unilateralmente el convenio que estaba viciado de legalidad, hubiese desconocido los principios de imparcialidad y buena fe, como se aduce, toda vez que en ningún momento se evidencia que sus procederes desconozcan el marco regulatorio de la actividad contractual referida, toda vez que desde la misma fase precontractual se estipuló que el marco regulatorio sería la ley 80 de 1993 y sus modificaciones posteriores, dentro de lo cual no está permitido realizar procesos de invitación privada o cerrada, figura jurídica que no existe al amparo de esta normativa, y que si lo pretendido era acudir a otro tipo de contratación diferente, para nada deberían de haberse apegado al marco regulatorio de la contratación estatal previsto en la referida ley 80 de 1993.

Actuar conforme a los postulados de legalidad y en pos de no persistir en una serie de irregularidades y hasta ilegalidades contractuales, como en efecto lo hizo el Fondo de Vivienda de Interés Social, en ningún momento atenta contra la buena fe, como se aduce, más por el contrario ese postulado constitucional sí podría estar siendo vulnerado por quienes siendo expertos conocedores de la actividad contractual acuden a unos procedimientos de selección que no tienen soporte en la ley 80 de 1993, pretendiendo darles un ropaje de legalidad cuando se puede presumir que en ningún momento se efectuó un proceso de selección objetiva, más por el contrario se acudió a una supuesta invitación privada o cerrada para evitar que otros posibles interesados pudieran concurrir, eso si en igualdad de condiciones.

En cuanto a la censura de haber acudido al numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, aceptando tácitamente la parte demandante que ese es el marco regulatorio de la actividad contractual, debemos señalar que dicho precepto normativo resalta que son **ABSOLUTAMENTE NULOS**, y hago énfasis en el calificativo que le da el mismo legislador, absolutamente, para resaltar la importancia misma de que ante la presencia de esas causales no se debe esperar, se debe actuar en forma pronta e imperativa, como en efecto lo hizo el Fondo de vivienda de Interés Social de Puerto Tejada.

Y es que con dicho fundamento normativo aplicado al caso en particular es claro y

contundente que el contrato de asociación No. 01 del 26 de diciembre de 2019 estaba viciado de una ABSOLUTA NULIDAD, toda vez que el mismo fue tramitado, confeccionado y suscrito contrariando expresamente lo que establece la ley 80 de 1993 y su normativa modificatoria, esto es que este tipo de selecciones deben realizarse a través de licitaciones públicas, sin que sea permitido acudir a figuras indelicadas, por decir lo menos, de invitaciones cerradas.

Haber actuado en forma contraria a la ley, tanto por quienes en ese entonces representaban a la entidad estatal, como quienes se prestan para esos innobles motivos, es lo que se está censurando en las decisiones de terminación unilateral que sumió la entidad estatal, sin que sea viable pretender que quienes hicieron parte de esa ilegalidad pretendan sacar provecho aduciendo una supuesta legitimidad que no les asistiría al amparo de principios ampliamente resaltados en los últimos años por las altas Cortes, como es el principio de la moralidad pública, la cual sin lugar a dudas se vio timada en este caso en particular de contratación irregular.

Por otra parte los actores censuran que no se hubiere acudido a la figura de la declaratoria de incumplimiento en caso de que se hubiesen dado los supuestos fácticos para ello, sobre lo cual debemos señalar que si bien la legislación también prevé esa posibilidad ante los incumplimientos del contratista, lo cual es típico de los contratos regulados por la ley 80 de 1993 y sin que ello sea viable en los contratos donde se concurre en igualdad de condiciones, debemos señalar que ante una nulidad absoluta como la que se predicaba era más que procedente actuar como en efecto se hizo. El propender por un incumplimiento del contratista, implicaría aceptar que la fuente de dicho incumplimiento estaría ajustado a la legalidad, lo cual no tiene ocurrencia en nuestro caso como lo hemos venido precisando.

Finalmente no es de recibo, y es producto de la ligereza de la demanda, la argumentación tendiente a endilgar una falta de lo que denominan un balance real y ajustado al texto de convenio, lo cual se cae de su propio peso cuando se revisa el contenido mismo de los actos administrativos que dieron lugar a la terminación unilateral del convenio, donde sin mayores extensiones literarias se predica que el proceso de selección y perfeccionamiento del contrato, al amparo de la ley 80 de 1993 como lo reiteran los documentos, estaba viciado en su legalidad.

Para declarar una terminación unilateral de un contrato ante la observancia de una causal del orden legal como la aducida por el Fondo de Vivienda de Interés Social no se requiere de mayores elucubraciones, máxime cuando ello estuvo precedido de unos espacios o audiencias de discusión y hasta de la existencia de una conceptualización jurídica de un experto que así lo confirma. Hago énfasis al concepto que hubiere emitido el Dr. Dr. FEDDY SUCCAR CHEDIAC, abogado experto que hubiere contratado la entidad.

IX. EN CUANTO A LO QUE DENOMINAN FUNDAMENTOS DE LA ACCION INCOADA

La parte actora, pretendiendo señalar que no se tenía fundamento legal para asumir la declaración de terminación unilateral del convenio asociativo que nos concita, y mucho menos que concurrían los supuestos fácticos para ello, se permite traer a colación apartes de la Sentencia del 2 de mayo de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez (Rad. Interno Exo. 15599).

Referente jurisprudencial sobre el cual no encontramos reparo alguno, más por el

contrario nos permite reforzar la tesis argumentativa que hemos venido predicando, habiéndose presentado una indebida interpretación de la misma por la parte demandante, como se resalta a continuación.

Y es que verdaderamente para que sea procedente la aplicación del numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, no podemos estar ante una simple irregularidad, o un desconocimiento menor de un precepto normativo, como lo ha sostenido en forma recurrente el mismo Consejo de Estado, en todo caso se hace necesario que nos enfrentemos ante una clara violación de un precepto constitucional o legal, con carácter expreso y claro.

Y es precisamente ello lo que se concreta y se cumple en el caso de marras, toda vez que no hay duda que la ley 80 de 1993, dado que ese es el marco regulatorio predicado en la relación contractual que nos motiva, establece que el proceso de selección por excelencia es la licitación pública, y si bien prevé que en casos excepcionales se pueda acudir a la contratación directa, en ningún momento prevé el procedimiento de LA INVITACION PRIVADA o CERRADA, proceder éste que desconoce en forma burda la misma ley 80 de 1993, además de desconocer preceptos constitucionales como el de la moralidad pública, la publicidad y la selección objetiva, sin dejar de resaltar el debido proceso administrativo que regula la actividad estatal.

Reiteramos, no estamos ante una violación menor de normas de carácter imperativo, y es por ello aplicable el referente jurisprudencial del Consejo de Estado que menciona la demanda, en el sentido de avalar los proceder del Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada.

EN CUANTO A LO QUE DENOMINAN ABUSO – DESVIACION DE PODER

Se aduce en la demanda que ante la existencia de las cláusulas exorbitantes, cuando las utiliza el Estado es porque no ha existido otro mecanismo para proceder, o habiéndolo ha fracasado en su intento. Señalando adicionalmente que cuando se acude a esos poderes superiores sin tener en cuenta el servicio público, per sé surge lo que se denomina abuso del derecho que conlleva a la ilegalidad de las decisiones asumidas.

Reiterando una vez más que la parte actora reconoce que el marco regulatorio que le vincula con la entidad estatal es la ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias y reglamentarias, debemos señalar que el atender en estricto sentido los preceptos legales no conllevan automáticamente un abuso del poder como se pretende aducir, es más para declarar su existencia debe analizarse si efectivamente esas actuaciones estatales desconocen esos marcos normativos, lo cual no se cumple en el caso que nos motiva, toda vez que existiendo una autorización legal para tomar las decisiones de terminación unilateral del convenio asociativo del 26 de diciembre de 2019, era la actuación que procedía ante la suscripción de un contrato abiertamente ilegal, ello para proteger la misma legalidad, el servicio público y hasta la indemnidad del patrimonio público y la afectación de terceros como serían los supuestos adquirentes de un plan de vivienda soportado en un convenio afectado en su legalidad.

Pero a pesar de todo, en la demanda solamente se menciona la figura del abuso del poder, sin que se realice una verdadera argumentación donde se evidencie que ello tuvo ocurrencia en el caso en particular, incumpléndose con la obligación argumentativa y probatoria que le corresponde.

EN CUANTO A LO QUE DENOMINAN COMO INDEMNIZACION Y CLAUSULA PENAL

Para la parte demandante el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el convenio de asociación referenciado concede el derecho a la otra parte a obtener la indemnización prevista en la cláusula decima quinta, indicando como inviable que sea el mismo Fondo de Vivienda de Interés Social quien habiendo optado por la confección del proceso de selección del contratista, conforme a los parámetros establecidos en la misma ley 80 de 1993, sea posteriormente quien declare la terminación unilateral.

Esa inviabilidad que evidencia la parte actora, es lo que en su criterio le concede el derecho para deprecar la efectividad de la cláusula penal prevista en el contrato, en razón de los perjuicios que supuestamente se le hubieren causado, entre ellos, las erogaciones realizadas para con la adquisición de las pólizas de garantía, y la suscripción de un contrato de prestación de servicios tendientes a obtener la asesoría para la implementación del proyecto de vivienda la Serafina.

En ese contexto depreca que se le reconozca el 20% del valor del convenio como cláusula penal, por lo que denomina incumplimiento del contrato por parte del Fondo de Vivienda de Interés Social, sobre lo cual debemos señalar que si bien en el texto contractual se estipuló dicha sanción y se cuantificó la misma, no podemos dejar de resaltar que la fuente de esa estipulación está viciada en su legalidad, y es por ello que no podría pretender hacerse efectiva una prescripción contenida en un acto que no tiene la suficiente legitimidad para ello.

No podemos olvidar que el referido contrato y todas las actuaciones que conllevaron a su existencia, están afectados de nulidad en razón de haber desconocido preceptos normativos superiores de carácter vinculante, como lo hemos reseñado. Por otra parte, llama poderosamente la atención que sin haber contado con acta de iniciación y sin aprobación de las garantías contractuales la empresa contratista se hubiere apresurado supuestamente a perfeccionar un contrato de asesoría y de inmediato a realizar unos pagos a título de anticipo.

La prudencia contractual y la experiencia en este tipo de proceder conlleva a predicar que los contratos estatales además del perfeccionamiento y registro de los mismos, deben aguardar la fase de aprobación de las pólizas para proceder a la iniciación de la ejecución, toda vez que cualquier actividad que se realice para ser convalidada como tal debe estar circunscrita a una temporalidad posterior a esa acta de iniciación, so pena de incurrir en lo que se conoce como hechos cumplidos, que en últimas difícilmente pueden ser convalidados o legalizados en una liquidación contractual estatal.

En lo que corresponde al Contrato de Asociación No. 01 del 26 de diciembre de 2019, legalizado el día 31 de diciembre del mismo año, a escasos minutos de terminar la vigencia (11.34 p.m.) como se demuestra en la página del SECOP y se resalta en el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, en ningún momento se registra que se hubiere suscrito un acta de iniciación formal y mucho menos que previamente se hubieren aprobado las pólizas de garantía.

Si no existen esas dos actuaciones contractuales, aprobación de garantías y acta de iniciación, la entidad estatal no puede asumir el compromiso de pagar o reconocer unos gastos previos que a mutuo propio y bajo su propio riesgo hubiere asumido el contratista.

Reiterando que estamos ante un sistema de contratación pública, amparado por la ley 80 de 1993, es indispensable que se inicie la fase de la ejecución para poder asumir

unos costos como los que pretende recuperar la parte demandante. No es posible que se pretenda recuperar un supuesto costo por un contrato de asesoría, que en últimas no ha cumplido la finalidad misma y mucho menos que hubiere sido avalado por quien tiene la condición de supervisor del convenio o contrato.

Lo anterior aunado a la informalidad de dicha contratación, lo que permite colegir que de ser así, debe existir registro de la contratación y los pagos en particular y con destinación al plan de vivienda de la Serafina en los reportes de las declaraciones de renta de la vigencia 2019, tanto de la empresa contratista como de quien hubiere fungido como contratista – asesor, razón por la cual se acudirá a la solicitud de una prueba en este sentido, dado que por el carácter reservado de la información no se puede obtener la misma a través de un derecho de petición, lo que habilita que sea decretada en ese sentido.

X. EN CUANTO A LAS PRUEBAS APORTADAS

Revisadas las pruebas documentales que se aportan al expediente no encontramos reparo alguno frente a que las mismas sean atendidas e incorporadas al proceso judicial, no obstante que sobre cada una de ellas se hace necesario realizar la valoración debida, en la fase procesal correspondiente, toda vez que la sola existencia y la aceptación de nuestra parte no implica que el contenido de las mismas se ajuste a las realidades de los hechos y que se compadezcan a los parámetros de legalidad.

Así por ejemplo en los supuestos estudios previos se hacen mención a unos estudios de mercado que en ningún momento se han anexado, así fuese una responsabilidad de la entidad contratante, toda vez que la ingeniería financiera de un proyecto de esta magnitud ni se alcanza a confeccionar en tres o cuatro días calendario y mucho menos son producto de la inventiva de una determinada persona.

Lo anterior en razón a que llama poderosamente la atención en la premura de tiempos para confeccionar y presentar una propuesta con costos detallados, los cuales no tienen factor de comparación toda vez que la entidad no contaba con un presupuesto detallado sobre el particular, o al menos no se encuentra registro alguno en los archivos oficiales. Pero como lo hemos referenciado, ello será objeto de análisis probatorio en la fase correspondiente.

En cuanto a las pruebas con las que se pretende demostrar la suscripción del Contrato de Asesoría, y los recibos de pago de unos anticipos, si bien no podríamos tacharlos de falsos en forma directa, desde esta instancia inicial debemos censurar la forma de intentar probar un hecho de tanta trascendencia como es el pago de más de 100 millones de pesos, inicialmente que se hiciera en efectivo y en segundo lugar que se realizara a través de recibos de caja, cuando para ello debiera de haber existido al menos una transferencia, una cuenta de cobro o una consignación que dejara registro de la operación, como corresponde a una empresa que en forma ordenada tiene unos protocolos, procesos y procedimientos para sus actividades de negociación.

En cuanto a la solicitud de recepcionar el testimonio del señor JAIRO ZAPATA ARACU, en su condición de ex – gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada, en principio, no encontramos objeción alguna.

EN CUANTO A LOS ANEXOS

No encontramos reparo alguno sobre lo que se denomina anexos de la demanda.

XI. EN CUANTO A LA CUANTÍA

No encontramos reparo alguno en la cuantía que hubiere acogido la parte demandante y la forma de justificarla, toda vez que corresponde a una estipulación prevista en el mismo texto contractual.

EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO Y LA COMPETENCIA

No existe reparo en cuanto al trámite que a la presente controversia le hubiere imprimido el Tribunal Administrativo del Cauca, quien es la autoridad judicial competente para el conocimiento y resolución de la misma en razón a la cuantía y la territorialidad donde ejerce el rol funcional la entidad demandada.

XII. RAZONES DE DEFENSA y EXCEPCIONES

En nuestro sistema jurídico, en forma general podemos colegir que la responsabilidad contractual, que es en esencia lo que se debate en este proceso y en ningún momento la nulidad como se predica en las pretensiones, puede dividirse en dos tipos a saber, la objetiva y la subjetiva o como lo cataloga la doctrina francesa con culpa o sin culpa.

Cuando se hace referencia a la responsabilidad subjetiva o con culpa, ésta se fundamenta en tres elementos:

- a. El incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía;
- b. Que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente,
- c. Que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

Mientras cuando estamos frente a la responsabilidad objetiva o sin culpa se ha recurrido a la teoría del desequilibrio del contrato, bajo tres (3) teorías:

- a. Ius Variandi.
- b. Hecho del príncipe.
- c. Teoría de la Imprevisión.

En el presente caso atendiendo el contenido de la demanda, no se encuentra, o en un mejor decir, no se es explícito a cuál de las dos modalidades se acude, confundándose en algunos apartes con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual hace más ininteligible lo pretendido hasta bordear una ineptitud sustancial, que de seguro será valorado por el Operador Judicial al momento de decidir de fondo, si hasta esa instancia se llegase.

Por ahora solo basta con señalar que para con los procederes del Fondo de Vivienda de Interés Social, no se han estructurado esos elementos de la responsabilidad

contractual subjetiva, toda vez que en ningún momento se ha incumplido con un deber contractual legalmente previsto, ello en razón a que esa fuente contractual para ser tenida como tal debe estar revestida de esa legalidad, que no existe en el caso que nos motiva como lo hemos señalado y como seguiremos reiterando en esta actuación procesal.

Y es que no se podía pretender ejecutar un contrato que sin mayores disquisiciones estaba viciado de legalidad desde su confección, pasando por un proceso de selección de invitación privada o cerrada que está proscrito desde el mismo nacimiento de la ley 80 de 1993, además de las falencias que en materia de competencia tenía quien fungió como Gerente Encargado del Fondo de Vivienda para esos albores contractuales.

De una ilegalidad, no puede pretenderse que surjan derechos legitimados por la sola existencia de una documentación contractual, haciéndose necesario resaltar que ese principio de la legalidad y el respeto por los preceptos normativos de la contratación estatal no solo vincula a los empleados públicos, sino también a los servidores públicos que siendo particulares entran a esa órbita funcional, como son los contratistas.

Por ello no les es dado argumentar que las falencias en los procesos de selección son atribuibles únicamente a las entidades estatales, máxime cuando participan de esa estructuración contractual cuando presentan las propuestas y hacen parte de un proceso de interés general.

Es por ello que reiteramos que el Fondo de Vivienda de Interés Social en ningún momento incumplió acuerdo contractual alguno que estuviere ajustado a los preceptos legales, simplemente tomó la decisión de dar por terminada una relación contractual que se había gestado, tramitado y perfeccionado con desconocimiento de preceptos normativos vinculantes, razón por la cual no podría endilgársele responsabilidad subjetiva alguna.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, no nos encontramos bajo ninguna de las teorías que sustentan la misma, por ende no hay lugar a que se ordene reconocimiento indemnizatorio alguno para con la parte demandante.

Dado que no existe responsabilidad contractual de mi representada bajo ninguna de las posibilidades antes señaladas, se procede a presentar las siguientes excepciones, pero antes de ello debemos precisar que las excepciones constituyen una herramienta que otorga el ordenamiento jurídico para que el demandado pueda ejercer su derecho de contradicción y defensa, ya sea atacando las pretensiones del demandante, enderezando el litigio para evitar posibles nulidades o terminando el proceso al considerar que este no cuenta con todas las formalidades que exige la ley para que pueda ser adelantado.

Así, el demandado puede formular tres tipos de excepciones, a saber:

- i) excepciones previas
- ii) excepciones de mérito o de fondo y
- iii) excepciones mixtas.

Las excepciones previas también conocidas como dilatorias deben ser resueltas en el trámite de la audiencia inicial y son aquellas destinadas a sanear el proceso, su

cometido no es el de cuestionar el fondo del asunto, sino el de mejorar el trámite de la litis o terminarla cuando ello no es posible, evitando posibles nulidades y sentencias inhibitorias numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Las excepciones de fondo, son aquellas que por la naturaleza de afrontar el núcleo esencial de la controversia están destinadas a ser resueltas en el fallo definitivo, es por ello que se tiene que aguardar hasta esa instancia procesal.

Entre tanto que las excepciones denominadas como mixtas son aquellas que están encaminadas a atacar la relación jurídica sustancial, sin embargo, el legislador ha permitido que sean resueltas de manera anticipada en la audiencia inicial, esto en virtud del principio de economía procesal. Sentencia de agosto 30 de 2018. M.P. Ramiro pazos Guerrero. Sección Tercera Consejo de Estado. Radicación número: 41001-23-33-000-2015-00926-01(58225).

- **EXCEPCIÓN MIXTA-PREVIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN**

Se solicita al Honorable Tribunal Administrativo del Cauca, declarar que en el presente asunto ha operado la excepción de FALTA DE JURISDICCIÓN, excepción que por tener el carácter de mixta, puede ser objeto de resolución una vez se hubiere dado contestación formal a la demanda y luego de descorrer el término para que la parte se pronuncie sobre las excepciones, o aún en la misma audiencia inicial.

Para la sustentación correspondiente debemos señalar que nuestro marco constitucional colombiano (art. 116) ha establecido que, en principio, la facultad de dirimir las controversias que se susciten entre las personas corresponde a los jueces de la república para lo cual se los ha investido de esa potestad estatal, y excepcionalmente, podrían estar habilitados los particulares para que asuman esos roles funcionales de administración de justicia en casos especiales, como tiene ocurrencia con los árbitros legalmente habilitados.

De igual forma debemos reseñar que en materia de contratación estatal el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual deciden someter a la decisión de particulares el conocimiento de una determinada controversia susceptible de transacción. Esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso.

En dicho Decreto también se definieron las dos modalidades del pacto arbitral. Así, la cláusula compromisoria corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros. Así se concluye del contenido del artículo 118 ibídem:

"CLÁUSULA COMPROMISORIA. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinan las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente".

Del contenido de la anterior disposición también se puede concluir que la cláusula compromisoria tiene su fuente en un contrato y que tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. Es igualmente dable deducir que la cláusula compromisoria debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación, ya sea incluyéndola en el contrato o en acto separado, la cual deberá contener la designación de las partes y la determinación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 ibídem:

"La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere"

El compromiso, a su turno, como ya se mencionó, constituye otra de las modalidades del pacto arbitral, consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento. Así lo prevé el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998:

"COMPROMISO. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante..."

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad de trascendental importancia consiste en delimitar la competencia de los árbitros, siendo reiterativo en que ante la existencia de pacto arbitral en cualquiera de sus modalidades excluye la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, así:

*"A este mecanismo alterno, patrocinado por la Constitución Política en su artículo 116² y desarrollado en un régimen jurídico particular compilado en su mayoría en el citado Decreto 1818 de 1998 -conocido como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos-, se llega en virtud de pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, y por cuya inteligencia **las partes se obligan a someter sus diferencias a***

la decisión de un Tribunal de Arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes...

Bajo ese entendido cuando las partes en un contrato estatal estipula una cláusula compromisoria acuerdan someter las "eventuales diferencias" que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato a la jurisdicción arbitral, es decir que al pactarse dicha cláusula compromisoria se está renunciando anticipadamente a la jurisdicción natural administrativa y es por ello que cuando un caso como el presente llegare a un operador judicial éste debe consultar la voluntad de las partes y a ella debe atemperarse.

Ahora bien, para con el caso en particular del "convenio de asociación No. 01 de diciembre 26 de 2019, celebrado entre el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Puerto Tejada y LAIN Grupo Empresarial SAS", es indispensable traer a colación la cláusula vigésima que reza:

*"...CLAUSULA VIGESIMA. SOLUCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las partes Acuerdan que en el evento de presentarse diferencias en razón de la celebración, ejecución y liquidación del presente convenio de Asociación, las partes acudirán a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, el arreglo directo, la transacción, y **el arbitramento**, entre otros..."*

En este sentido, es clara la intencionalidad y lo que se hubiere pactado expresamente en el acuerdo contractual referido, donde las partes de mutuo acuerdo estipulan que ante la existencia de cualquier tipo de controversia que se presente en relación con la celebración, ejecución y liquidación del convenio, la jurisdicción elegida no sería la contenciosa administrativa, sino que por el contrario luego de surtirse los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se acudiría INEXORABLEMENTE a la jurisdicción especial arbitral.

Preceptiva contractual que en ningún momento atendió la parte demandante, pese a la claridad del texto del convenio y para lo cual existe regulación legal contenida en la ley 1563 de 2012.

Bajo una interpretación forzada de lo expresamente señalado contractualmente, podría aducirse que no estamos ante una cláusula compromisoria o un expreso pacto arbitral, pero no hay duda de que esa fue la voluntad de las partes donde el clausulado de un contrato se constituye en ley para las partes, existiendo referentes jurisprudenciales del mismo Consejo de Estado donde hace prevalecer esa intencionalidad.

Es clara entonces la voluntad que plasmaron las partes encaminadas a definir que las diferencias suscitadas en torno al contrato de asociación sean resueltas a través del mecanismo del arbitramento, circunstancia que impide que esta Jurisdicción pueda conocer del asunto por falta de competencia y así deberá declararse.

- **INDEBIDA PRESENTACION Y/O ACUMULACION DE PRETENSIONES**

En una demanda contra una entidad estatal, ante una jurisdicción rogada como es la que opera en materia de controversias contractuales de carácter estatal, las pretensiones deben ser claras y concisas, sin que las mismas dieren lugar a dudas e interpretaciones, toda vez que de evidenciar esas inconsistencias estaríamos ante una indebida presentación de las mismas, y en ocasiones hasta una indebida acumulación.

En lo que corresponde a las pretensiones de la demanda que nos concita se solicita, como si estuviésemos en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que se decrete la nulidad de dos actos administrativos claramente determinados, pero más allá de ello se aduce que con esas actuaciones administrativas la entidad estatal declaró la nulidad del convenio asociativo No. 01 del 26 de diciembre de 2019, nulidad esta última que en ningún momento ha sido decretada por el Fondo de Vivienda de Interés Social, en absoluto, toda vez que lo realmente decretado fue la terminación unilateral de un convenio por vicios de legalidad.

Como puede colegirse, las pretensiones no son consistentes en su confección, así como tampoco se compadecen con lo que en estricto sentido hubiere definido la entidad estatal en la fase administrativa, lo cual genera una inviabilidad de dichas solicitudes.

- **INDEBIDA ASPIRACION A UNA DOBLE INDEMNIZACIÓN ESTANDO INVOLUCRADOS RECURSOS PUBLICOS**

No podemos perder de vista en esta instancia de controversia judicial que estamos en presencia de procederes administrativos y con recursos de carácter público, donde el manejo de los mismos y la aspiración de captar parte de esos recursos, debe estar basado en la máxima transparencia y pulcritud.

En este sentido vale indicar que el establecimiento de una cláusula penal en las relaciones contractuales, como lo establecen los mismos textos, es la estimación anticipada de unos eventuales perjuicios que se le pudiere causar a la parte que hubiere cumplido y que debe ser asumida por quien no se hubiere atemperado a sus obligaciones contractuales.

Así opera cuando se pretende la efectividad de la cláusula penal, no obstante en el caso en particular, la parte demandante, además de requerir el reconocimiento y pago de la cláusula penal, que es una cuantificación anticipada de los perjuicios, también por separado predica que se le debe reconocer un daño emergente y lucro cesante, por lo cual en esencia estaría requiriendo un doble pago indemnizatorio, lo cual no es aceptable, toda vez que estamos ante la presencia de recursos públicos.

Claro está que la presentación de esta excepción, como todas las demás tienen un carácter subsidiario, en razón a que la falta de jurisdicción es insaneable, y ello tan solo ante la eventualidad remota y poco probable posibilidad de que se declarase una precaria responsabilidad de la entidad estatal.

- **DE LA GENESIS ESPUREA DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN**

Como se ha resaltado en la presente contestación de la demanda, la actuación contractual del estado está regentada por el principio de legalidad, donde la escogencia del contratista y la mejor propuesta por el estado debe, en todo caso, estar precedida de un debido proceso con las máximas garantías constitucionales y legales que traen consigo los principios de la función pública y los principios de la misma contratación estatal.

Esos procederes contractuales se encuentran debidamente reglamentados en la ley 80 de 1993 y las normas posteriores modificatorias, al igual que en la amplia gama reglamentaria, y es por ello que en esos procesos donde se acude a este mecanismo de selección contractual, el estado tendrá el control y por sobre todo ejercerá unas facultades extraordinarias que desdibujan ese principio de igualdad de cargas.

En otro tipo de procesos contractuales, alejados de la órbita de la ley 80 de 1993, podrá existir una igualdad entre las partes contratante y contratista, como es el caso de los verdaderos convenios asociativos donde el estado se une al sector privado para sacar adelante una iniciativa o un proyecto bajo una modalidad asociativa. Allí no hay lugar a imponer esas potestades estatales de carácter exorbitante.

Así una de las características de la contratación estatal regulada por la ley 80 de 1993, entre otras es la existencia y aceptación de esas cláusulas exorbitantes, como ha tenido ocurrencia en el caso que nos motiva.

Pero adicional a esa argumentación a que nos hemos venido refiriendo insistentemente, quien asume la representación de la entidad estatal debe contar con todos los estudios previos y sobre todo la acreditación de la competencia administrativa, que para el caso de entidades como el Fondo de Vivienda de Interés Social, debe estar amparado con unas facultades expresas para suscribir un contrato de esta magnitud y que compromete un activo de la entidad y con la aprobación previa y precisa de la Junta Directiva.

Bajo esta contextualización, quien adelantó el proceso contractual en representación del Fondo de Vivienda, no había obtenido una autorización expresa para la suscripción del referido convenio de asociación No. 01, toda vez que esta intencionalidad y mucho menos el proceso de selección y la adjudicación misma, fue autorizada por la Junta Directiva del Fondo, y si bien en alguna oportunidad se le autorizó al Gerente para que recibiera por transferencia o donación de manos del Municipio de Puerto Tejada el bien inmueble, ello en ningún momento implica ni tácita ni expresamente que sobre ese bien pudiese disponer el Fondo, sin obtener previamente la autorización de la Junta Directiva.

Además de ello, conforme a la cuantía del proceso se requería indudablemente una autorización expresa de la Junta Directiva, lo cual jamás de los jamases fue aprobada, es por ello que la génesis de ese convenio, incluyendo el procedimiento, están viciados, afectando el resultado final que fue la suscripción irregular del citado convenio de asociación.

Otra circunstancia que incide igualmente en la espúrea actuación administrativa contractual, es sin lugar a dudas que en la entidad territorial Municipio de Puerto Tejada y sus entidades descentralizadas, dado que para el 31 de diciembre de 2019 culminada

el periodo de una administración municipal y el día primero de enero de 2020 iniciaba una nueva gestión administrativa, se había declarado por Acto Administrativo de Carácter General como no laborable, lo que implica cesación en el ejercicio de actividades de carácter estatal.

No obstante lo anterior, la Gerencia del Fondo de Vivienda al parecer para evitar que sobrepasara la vigencia fiscal y por ende perder una eventual competencia por temporalidad, realizó el mismo 31 de diciembre de 2019, a las 11:34 pm el registro en la plataforma del SECOP, ello a escasos minutos de la nueva anualidad, lo cual si bien pudiere aducirse que todavía no culminaba la referida anualidad, si es un indicio muy grave de la indebida actuación administrativa, que a la postre afecta esa legalidad y transparencia que se exige en materia de contratación estatal.

Y si la publicación del contrato de asociación se hubiere realizado a las 11:34 pm del 31 de diciembre de 2019, es dable preguntarse cuando se realizó el registro presupuestal del convenio? Actuación presupuestal ésta que no se evidencia y que hace parte de la formalización contractual.

- **LA DESNATURALIZACION DE LA FIGURA DE LA ASOCIACION CONTRACTUAL**

La concurrencia del estado en las alianzas estratégicas y los convenios de verdaderas asociaciones público – privadas, esta fundamentada en los aportes y unión de esfuerzos que realizan las partes que suscriben esos acuerdos de voluntades. Es por ello que esos aportes deben ser reales en unas condiciones de una negociación que beneficie a todas las partes, que en el sector privado se conoce como el principio del gana – gana.

Principio que ha inspirado muchos de los verdaderos convenios asociativos e iniciativas de integración de capitales del sector público y el privado, lo cual realmente no se evidencia en el caso que nos motiva, toda vez que el proyecto de vivienda se estructuró, al parecer con otra finalidad, esto es la de esquivar el proceso licitatorio y que el contratista realizara el más mínimo de los aportes, donde el capital semilla, esto es el bien inmueble, sería aportado por la entidad estatal y la otra gran parte del proyecto sería aportado por los adquirentes de las unidades de vivienda, con sus ahorros o con subsidios del orden departamental, nacional o cajas de compensación.

Pero al analizar la actuación contractual en su integralidad, no se evidencia que los aportes del socio estratégico, sean reales y efectivos, si bien se enuncian algunas actividades como publicidad, logística, espacios, divulgación, entre otros, en esencia no se predica una cuantificación real y efectiva, solamente que ello alcanza un valor de \$ 2.500.000,00, por unidad de vivienda.

Mientras la entidad estatal, esto es el Fondo de vivienda aporta un bien real y tangible, debidamente valorado, el socio estratégico se compromete a realizar actividades de publicidad y divulgación para compensar esa supuesta alianza estratégica, nada más lacónico en una apuesta por un proyecto de más de 67 mil millones.

Esa desproporción de los aportes reales es lo que vulnera igualmente el proceso de contratación, toda vez que ese supuesto valor del aporte por unidad de vivienda estaría

rodeando el 3% de la unidad de vivienda, valor mucho menor a un descuento que se podría obtener por la compra de los materiales en esas cantidades y condiciones.

Es válido preguntarse, al amparo que estamos ante un proceso financiado en parte con recursos del estado, si esa proporción de concurrencia realmente amerita acudir un socio estratégico que en últimas no realiza aportes significativos y que por el contrario pretendía beneficiarse del bien inmueble de la entidad y que ante su fracaso, dadas las ilegalidades en que se incurrió, pretende obtener unas utilidades superiores a los 12 mil millones de pesos, lo cual no es viable en tratándose de recursos del estado.

- **INDEBIDO AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD**

Constituyéndose en un requisito de procedibilidad de carácter obligatorio, el trámite de la conciliación prejudicial, para este tipo de medios de control, el mismo se ha constituido para que la entidad tenga la posibilidad de llegar con un acuerdo conciliatorio, pero igualmente para que pueda determinar cual sería el medio de control por el cual se le estaría censurando.

En esta segunda finalidad del requisito de procedibilidad se está garantizando el principio de defensa, toda vez que le permite al estado prepararse para una futura controversia judicial, razón por la cual igualmente se debe acatar el principio de lealtad procesal de las partes.

Principio este último que se ha visto afectado en el trámite que nos concita, toda vez que al revisar la conciliación prejudicial presentada, la finalidad era censurar una supuesta nulidad y el restablecimiento del derecho en razón de unos actos administrativos, y de esta forma se agotó el requisito de procedibilidad.

Pero la demanda en forma, fue presentada a través de un medio de control judicial diferente, esto es el de las controversias contractuales, lo cual resalta la falta de coincidencia entre lo que se debatió en la fase conciliatoria y lo que posteriormente se llevó a la vía judicial. Inconsistencia que permiten determinar que no se tramitó y por ende no se cumplió a cabalidad con el requisito de procedibilidad, pudiendo ello ser una maniobra de distracción que afecta ese principio de lealtad procesal que debe existir para con todas las partes del proceso y para con la misma administración de justicia, razones que permiten solicitar que se declare como próspera esta excepción, lo que se evidencia con la simple comparación de la solicitud de conciliación y lo que se consigna en la presente demanda.

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA DEL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 187 DE LA LEY 1437 DE 2011 DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

Cuando quiera que en desarrollo del proceso se prueben hechos que constituyan excepción, solicitamos señor Magistrado que así deberá declararse al proferirse la sentencia. En otras palabras, las que se desprendan de los hechos, de las pruebas y las normas legales pertinentes.

XIII. SOLICITUD DE PRUEBAS:

Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se tengan con su valor legal los medios de convicción aportados en el escrito de la demanda arbitral y, adicionalmente, se decreten aquellos que en la siguiente relación se detallan.

A. DOCUMENTALES

Para reforzar las argumentaciones planteadas en pos de propender por la defensa de la entidad estatal, me permito allegar los siguientes documentos:

EN RELACIÓN CON LA ETAPA PRECONTRACTUAL

1º. Copia escaneada del documento que contiene los estudios previos del convenio que reposan en la carpeta – expediente contractual, debiéndose precisar que no cuentan con la firma autógrafa del Gerente Encargado JAIRO ZAPATA ARACU, sin indicar fecha precisa de su confección, así como tampoco se precisa nombre, firma o designación del servidor público que lo hubiere sustanciado y aprobado. No obstante en el último párrafo del folio final, donde aparece el nombre del Gerente Encargado se aduce que “... *este estudio fue realizado por el Gerente del FONDO MUNICIPAL DE VIVIENDA DE PUERTO TEJADA revisado por la oficina asesora jurídica...*”

2º. Copia escaneada de lo que denominan Plan anual de adquisiciones, documento éste que no cuenta con firma del Gerente Encargado del Fondo de Vivienda de Municipal, ni de servidor público que lo hubiere sustanciado o aprobado, solamente la designación y el nombre.

3º. Copia del anexo que denominan Matriz de Riesgos, la cual si se encuentra firmada por el Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada, sin especificar la fecha de su confección toda vez que hace referencia al mes de diciembre de 2019, sin precisar el día correspondiente.

Si bien no estamos en la fase de análisis de las pruebas, llama poderosamente la atención que la designación de la entidad en todo caso corresponde a: Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada, como aparece en el anexo denominado matriz de riesgos, entre tanto que en lo que denominan estudios previos y plan de adquisiciones se aduce al pie del espacio para la firma que corresponde a FONDO DE VIVIENDA MUNICIPAL.

Inconsistencia que no puede obedecer a un error de digitación, sino que pudiere ser que esa denominación se la hubiere colocado una persona que no estaba directamente relacionada con la entidad, o en un eventual caso que esa denominación y su contenido no fue elaborada en la entidad, razón por la cual es de suma trascendencia la prueba testimonial de quien para la época fungía como asesora jurídica del Fondo de Vivienda de Interés Social.

4º. Copia escaneada de 5 documentos fechados 19 de diciembre de 2019, suscrito por el Gerente Encargado del Fondo de Vivienda de Interés Social y dirigidos a igual número de empresas (CONALPABI, CONCING SAS, ELECTRO PROYECTOS, CONSTRUCCIONES Y CONSULTORIAS DEL PACIFICO SAS, CONSTRUCTORA E

INTERVENTORIAS LOS SAMANES) donde se les cursaba INVITACION PRIVADA para presentar propuesta para el proyecto de vivienda Villas de la Serafina.

Sobre estas pruebas documentales que son idénticas en su contenido de invitación, no se encontró registro electrónico o de correo certificado que las mismas se hubieren remitido formalmente, o que las mismas hubieren llegado a los destinatarios, tan solo se registra en la parte inferior derecha de cada folio una rubricación que es similar a todas que diera a entender que es la nota de recibido, con el aditamento que como fecha establece un 13-01-2020, lo que podría entenderse como 13 de enero del año 2020, lo cual de ser válida la interpretación, implicaría que dichas invitaciones no llegaron oportunamente a sus destinos, lo cual de ser así, se constituiría en un vicio adicional a los que ya se han referido.

5°. Copia escaneada de la comunicación de fecha 19 de diciembre de 2019 suscrita por el Gerente Encargado del Fondo de Vivienda de Interés Social, dirigida a la empresa LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS, mediante la cual se le cursa invitación privada para participar del proyecto de vivienda villas de la Serafina. Documento que cuenta con una nota de recibido manuscrita del mismo día a las 3:20 p.m., lo que indicaría que la entrega fue personal y que supuestamente se desplazaron hasta la ciudad de Cali – Barrio Siete de Agosto para ello. Actuación ésta que no se realizó con las otras empresas supuestamente invitadas, toda vez que no existe una nota de recibido de esta naturaleza, salvo lo que se comentó sobre el registro en la parte inferior derecha de cada folio.

6°. Anexo a la carta de invitación privada que se le hubiere entregado a la empresa LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS, se encuentra copia en cuatro folios de lo que sería la propuesta con la que finalmente se suscribió el contrato de asociación No. 01 de 2019, registrándose en la parte superior derecha del primer folio una firma de recibido del 23 de diciembre de 2019, al parecer con la firma del Gerente Encargado del Fondo de Vivienda, quien se tomó la tarea de suscribirla pero sin que hubiere prestado la misma atención para las otras eventuales propuestas.

7°. Copia escaneada en dos folios de otra invitación fechada 19 de diciembre de 2020 y dirigida a LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS, con similar contenido a la anterior, suscrita por el Gerente Encargado del Fondo de Vivienda de Interés Social, sin nota de recibido. Si bien podría aducirse que es una copia adicional que pudo haberse imprimido, llama poderosamente la atención que ésta se consigna en dos folios, entre tanto que las enunciadas anteriormente todo su contenido se estiló en un solo folio, pero además se debe reseñar que los logotipos utilizados en el encabezado de los oficios no son los mismos, así por ejemplo en este caso del nuevo oficio de dos folios, dicho logo se extiende en la parte superior de costado a costado, que es como se encuentra en otras comunicaciones oficiales, entre tanto que las invitaciones privadas a que nos hemos referido tienen un logotipo de la entidad diferente y recortado que cubre tan solo una parte del costado superior izquierdo.

Son formalidades que deben resaltarse, toda vez que podría ser que no todos esos documentos pudieren provenir de la misma entidad pública.

8°. Copia escaneada de la comunicación de fecha 26 de diciembre de 2019, mediante la cual el Gerente Encargado del Fondo de Vivienda de Interés social se AUTODELEGA la función de supervisión.

9º. Copia escaneada del Acuerdo Municipal No. 17 de 2019, con sus notas de petición y remisión, relacionado con la concesión de facultades al Alcalde Municipal de Puerto Tejada para transferir el predio la Serafina al Fondo de Vivienda de Interés Social.

10º. Copia del Acta No. 04 la Reunión de Junta Directiva de fecha 30 de septiembre de 2019, donde entre otros, se autoriza al Gerente del Fondo de Vivienda para recibir el bien inmueble la Serafina, proveniente del Municipio de Puerto Tejada.

11º. Copia escaneada del Decreto Municipal No. 137 del 9 de diciembre de 2019, mediante el cual se modifica la jornada laboral en temporada decembrina para todas las entidades del municipio de Puerto Tejada, incluyendo las descentralizadas como el mismo Fondo de Vivienda, precisando que el 31 de diciembre será un día no laborable.

12º. Copia escaneada de la Resolución No. 1359 del 17 de diciembre de 2019 mediante la cual se encarga de las funciones de Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social al señor JAIRO ZAPATA ARACU.

EN RELACIÓN CON LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO

13º. Copia simple escaneada del texto del Convenio de Asociación No. 01 suscrito entre el Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social y la empresa LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS, llamando la atención que en la parte superior se encuentran adosados los logotipos respectivos de las partes, y el que corresponde al Fondo de Vivienda es similar al que habían utilizado en la invitación privada.

14º. Copia simple de la remisión y de las pólizas que hubiere presentado la empresa contratista el 12 de febrero de 2020, cuando el Fondo de Vivienda de Interés Social lo había requerido para presentarse a unas mesas de trabajo.

15º. Copia de la comunicación de fecha 13 de febrero de 2020, mediante la cual el Fondo de Vivienda de Interés Social hace una devolución formal de la pólizas que hubiere allegado la parte contratista.

EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES POSTERIORES A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN.

16º. Copia del Concepto Jurídico que sobre la legalidad del Convenio de Asociación No. 01 de 2019 hubiere rendido el Dr. FREDDY SUCCAR CHEDIAC, donde se resaltan las irregularidades en que se incurrió durante la fase precontractual y contractual.

17º. Copia de las actuaciones administrativas adelantadas por el Fondo de Vivienda de Interés Social, con las citaciones, constancias de no comparecencia de la empresa contratista, listados de asistencia, entre otros, donde se demuestra que antes de la terminación unilateral del contrato, la entidad estatal abogó por unas mesas de trabajo y hasta reuniones para aclarar el componente de legalidad y hasta para terminar de mutuo acuerdo el citado contrato.

18º. Copia del requerimiento que realizara la Personería Municipal de Puerto Tejada

al Fondo de Vivienda de Interés Social, fechado 30 de enero de 2020, donde se anexan dos quejas suscritas por miembros de la Junta Directiva del Fondo, aduciendo irregularidades en la suscripción del Convenio de Asociación No. 01 de 2019.

19°. Copia de la Resolución No. 04 del 14 de febrero de 2020, mediante la cual el Fondo de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Puerto Tejada declara unilateralmente terminado el convenio No. 01 de 2019.

20°. Copia del Recurso de Reposición que hubiere interpuesto la empresa LAIN GRUPO EMPRESARIAL SAS en contra de la Resolución No. 04 de 2020.

21°. Copia de la Resolución No. 016 del 22 de mayo de 2020, con el oficio remisorio, suscrita por el Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto, dejando en firme la decisión de terminación unilateral del convenio 01 de 2019.

22°. Copias de la actuación de conciliación prejudicial adelantadas en la Procuraduría 39 Judicial II Administrativa de Popayán que reposan en el expediente contractual.

23° Actas de las reuniones de la junta directiva 2019 - 2020.

24° Actuaciones y documentación del Fondo de Vivienda de Interés Social.

PETICIÓN ESPECIAL DE PRUEBAS DOCUMENTALES.

Si bien a las partes les asiste el deber de aportar todas las pruebas que se encuentren en su poder en función del principio de lealtad, en algunos casos no es posible aportarlas toda vez que las mismas pueden tener un carácter de reservado o sin tenerlo no lograron ser conseguidas por la parte interesada.

En estas expresas oportunidades surge la posibilidad de que a petición de parte las decrete el Operador Judicial, como tiene ocurrencia en el presente caso para la situación que se expone a continuación.

Considerando que las pruebas aportadas por la parte actora no generan una plena certeza, en torno a la supuesta suscripción de un contrato de asesoría con el señor ROBERTO JAVIER ROJAS, así como el pago de unos honorarios finalizando el año 2019, con cargo supuestamente a la ejecución del convenio de asociación No. 01 de esa misma anualidad, solicitamos requerir a la DIAN para que se sirva certificar si en las declaraciones de renta de la vigencia fiscal 2019, tanto de la empresa contratista como del señor ROBERTO JAVIER ROJAS, se registraron dichas operaciones contractuales y los pagos respectivos, suministrando de ser viable copia de la declaración de renta de los mismos con los respectivos anexos y notas explicativas.

B. TESTIMONIALES

De conformidad con lo preceptuado en el Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Administrativo del Cauca, decretar y practicar los siguientes testimonios, los cuales se

pronunciarán sobre aspectos relacionados con el presente conflicto y sobre lo que les conste del proceso contractual.

- **DIEGO FERNANDO LASSO RIVAS, ITALO CARABALI, EDITH MULATO y SILENA RODRIGUEZ ORDOÑEZ**, personas mayores de edad, quienes en su condición de miembros de la Junta Directiva del Fondo de Vivienda de Interés Social para el año 2019 podrán testificar sobre la donación que hubiere realizado el Municipio de Puerto Tejada con destino a vivienda de interés social del predio conocido como la Serafina.

De igual forma expondrán todo lo concerniente a las autorizaciones que le hubieren otorgado al Gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social para la implementación del plan de vivienda, sobre el conocimiento y la intervención que como miembros de Junta Directiva tuvieron sobre el desarrollo del proceso y la suscripción del referido convenio de asociación No. 01 de 2019. Así mismo para que se sirvan exponer todo lo que le conste sobre la denuncia presentada por ellos y el trámite que le hubiere otorgado la Personería Municipal de Puerto Tejada.

- **NIDIA CORDOBA**, persona mayor de edad, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Asesora Jurídica del Fondo de Vivienda de Interés Social, para que se permita exponer todo lo que le conste sobre el trámite precontractual, contractual y de legalización del convenio de asociación No. 01 de 2019, debiendo particularizar sobre quien adelantó las referidas fases contractuales y la verificación que las mismas se ajustaran a los parámetros legales
- **CLAUDIA XIMENA NAVIA**, quien para el primer semestre de 2020 fungía como gerente del Fondo de Vivienda de Interés Social a efectos de que se sirva exponer todo lo que le conste sobre la suscripción del referido convenio de asociación No. 01 de 2019, el estado en que fue recibido en enero de 2020, las mesas de trabajo realizadas sobre esta temática como actuaciones previas a la decisión de dar por terminado el contrato en forma unilateral, así como lo que sobrevino a la referida decisión administrativa.
- **SANDRA QUESADA**, persona mayor de edad, quien desde el año 2020 se desempeña como Asesora Jurídica del Fondo de Vivienda de Interés Social, para que se permita exponer todo lo que le conste sobre el trámite precontractual, contractual y de legalización del convenio de asociación No. 01 de 2019, debiendo particularizar sobre quien adelantó las referidas fases contractuales y la verificación que las mismas se ajustaran a los parámetros legales
- **JAIR LEANDRO HERRERA FRANCO**, quien para principios del año 2020 fungía como Personero Municipal de Puerto Tejada, a efectos de que se sirva exponer todo lo que le conste sobre el trámite de la acción preventiva relacionada con la suscripción del contrato de asociación No. 01 de 2019.

INSPECCION JUDICIAL

Si bien la inspección judicial en la nueva normativa administrativa se ha constituido en un medio de prueba que se decreta cuando no existe otro mecanismo que permita obtener el resultado probatorio esperado, en razón a que no se cuenta con la posibilidad de acceder a los registros contables de la empresa contratista, ni del señor ROBERTO JAVIER ROJAS, se solicita se decrete una inspección a los libros contables y financieros de ambos para constatar el real y efectivo pago de los honorarios aducidos como anticipo del contrato de asesoría para el proyecto de vivienda, los cuales posteriormente pretende recuperarlos la parte demandante a través de esta demanda judicial.

NOTA ACLARATORIA. Si bien a las entidad demandada, esto es el Fondo de Vivienda de Interés Social, le corresponde remitir el expediente contractual, ello atendiendo la obligación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo de la Contencioso Administrativo, además de haber sido reseñado desde el mismo auto admisorio, debo señalar que las pruebas documentales que se allegan, corresponden a el expediente contractual que hubiere sido puesto a nuestra disposición para la defensa de la entidad, sin que se haga necesario remitir nuevamente la misma documentación, salvo que así lo estimare necesario el Despacho.

XIV. ANEXOS

Para estos efectos procesales me permito anexar los siguientes documentos:

1. La documentación relacionada en el acápite de pruebas.
2. Poder debidamente otorgado.

XV. NOTIFICACIONES

A la suscrita, quien actúa en nombre y representación de la entidad demandada Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Puerto Tejada, según poder a mi conferido, recibiré notificaciones en el email: paoguzmancar@hotmail.com

Del señor Magistrado,



PAOLA ANDREA GUZMÁN CARVAJAL

C.C. 1.113.673.467

T.P. 295.535 del C.S. de la J.