

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

LA SUBDIRECTORA DE CONTRATACIÓN DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL

Conforme a lo previsto en el numeral 5.2. del clausulado de condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., procede a proferir decisión contractual en relación con la ejecución del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, con fundamento en las consideraciones y el análisis probatorio jurídico que se exponen a continuación y en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias conferidas mediante el Decreto 2094 de 2016 expedido por la Presidencia de la República y la Resolución 3019 del 6 de diciembre de 2022 expedida por la Dirección General de PROSPERIDAD SOCIAL.

CONSIDERACIONES:

1. HECHOS

- 1.1. El día 12 de noviembre de 2021 se suscribió el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ – FIP y la EMPRESA PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL PROYECTA, identificada con NIT 801.004.883-0, el cual tiene por objeto: «REALIZAR LA GERENCIA INTEGRAL A LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL CON EL PROPÓSITO DE APORTAR A LA INCLUSIÓN SOCIOECONÓMICA, LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA, LA CONSOLIDACIÓN DE TERRITORIOS Y LA GENERACIÓN DE ESPACIOS PARA LA REINTEGRACIÓN, ESTABILIZACIÓN Y RECONCILIACIÓN SOCIAL EN EL MARCO DE LA CONVOCATORIA NO. 001 DEL 2020 Y LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA, ASÍ COMO A LOS PROYECTOS DE MEJORAMIENTO DE CONDICIONES DE HABITABILIDAD», por un valor de CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO DIECINUEVE MIL CIENTO SIETE PESOS (\$49.460.119.107) M/CTE, IVA incluido, y un plazo de ejecución inicial hasta el 31 de julio de 2022.
- 1.2. El cumplimiento de las obligaciones del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 se encuentra amparado con la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con NIT 860.009.578-6, cuyo amparo de cumplimiento cubre un valor asegurado de CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES ONCE MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$4.946.011.910,70) M/CTE y con una vigencia desde el 12 de noviembre de 2021 hasta el 22 de enero de 2023.
- 1.3. La supervisión del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 estuvo a cargo del profesional especializado OSCAR JAVIER RODRÍGUEZ SUÁREZ, quien fungió como supervisor desde su inicio hasta el 30 de junio de 2022, y actualmente funge como supervisor el profesional especializado JUAN CARLOS MURILLO PRIMERO, quien fue designado desde el 1° de julio de 2022, adscritos ambos a la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat (DISH).
- 1.4. El plazo del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 finalizó el día 31 de julio de 2022.
- 1.5. Mediante el memorando M-2022-4301-065152 del 16 de diciembre de 2022, el supervisor del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 allegó a la Subdirección de Contratación un informe donde se reportó lo siguiente:
 - 1.5.1. De conformidad con lo estipulado en la cláusula segunda denominada «ALCANCE AL OBJETO», el contratista tenía la obligación de:

«En el marco de la convocatoria No. 001 del 2020 y para la reactivación económica, realizar la GERENCIA INTEGRAL (consistente en realizar las gestiones y actuaciones necesarias para el recibo a satisfacción de los proyectos, incluyendo realizar la contratación derivada de las obras e interventorías) a los proyectos de infraestructura vial que PROSPERIDAD SOCIAL – FIP haga entrega, así como para los proyectos de mejoramiento de condiciones de habitabilidad, con el

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

propósito de aportar a la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos, la superación de la pobreza y la consolidación de territorios, para lo cual deberá desarrollar en el plazo estipulado en el contrato interadministrativo la maduración, contratación y ejecución de las obras hasta su entrega a satisfacción a PROSPERIDAD SOCIAL - FIP, la Entidad Territorial y la comunidad, así como la contratación de las interventorías requeridas; y posterior liquidación de los contratos derivados cumpliendo con los parámetros de calidad y eficiencia en los procesos constructivos, logrando la funcionabilidad de las obras, garantizando el respeto de las normas que la legislación colombiana ha establecido para tal fin, y acorde con los estudios, diseños, áreas, especificaciones y presupuestos para los proyectos aprobados por parte de PROSPERIDAD SOCIAL -FIP».

- 1.5.2. Como consta en correo electrónico enviado el 20 de diciembre de 2021 por parte del ingeniero de la DISH Edgar Fabian Peña Valencia (apoyo a la supervisión), PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, entregó las fichas de las iniciativas a PROYECTA Gerencia Integral, correspondientes a los treinta (30) proyectos a cargo del CONTRATISTA, listados a continuación:

No.	Objeto	Municipio / Departamento
1	Mejoramiento de vías urbanas de bajo tránsito, en carios municipios - Quindío	Buenavista - Quindío
2		Calarcá - Quindío
3		Circasia – Quindío
4		Córdoba – Quindío
5		Génova – Quindío
6		La Tebaida – Quindío
7		Pijao – Quindío
8		Quimbaya – Quindío
9		Salento - Quindío
10	Mejoramiento de vías mediante el uso de placa huella para el desarrollo productivo rural - Tolima	Alvarado - Tolima
11		Casabianca - Tolima
12		Herveo - Tolima
13		Líbano - Tolima
14		Planadas - Tolima
15		Rovira - Tolima
16		Villa Hermosa - Tolima
17	Mejoramiento de la vía que del casco urbano de Alpujarra conduce a la vereda La Aradita mediante a construcción de placa huella en el municipio de Alpujarra - Tolima	Alpujarra - Tolima

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

18	Mejoramiento y mantenimiento de la vía Caldas Viejo Venadillo Fase 2 en el municipio de Alvarado - Tolima	Alvarado - Tolima
19	Construcción de placas huellas en vías terciarias del municipio de Cunday - Tolima	Cunday - Tolima
20	Pavimentación en concreto rígido en la vía La Laguna municipio de Melgar - Tolima	Melgar - Tolima
21	Pavimentación de las vías urbanas comprendidas entre la cra 2 entre cll 4 y 6. cll 5 entre cra 2 y 4. cra 4 entre cll 5 y 4. cra 5 entre cll 3 y 4. cll 3 entre cra 3 y 5. cll 2 entre cra 3 y 4 en el municipio de Piedras - Tolima	Piedras - Tolima
22	Mejoramiento de vías terciarias mediante uso de placa huella en la vereda Aguas Negras del municipio de Purificación - Tolima	Purificación - Tolima
23	Construcción de obras de pavimentación en concreto rígido en 12 sectores viales del municipio de Saldaña - Tolima	Saldaña - Tolima
24	Construcción y rehabilitación de vías terciarias mediante el uso de placa huella en las veredas Cerro Gordo, Malabar Bajo y Malabar Alto de Municipio de San Sebastián de Mariquita - Tolima	San Sebastián de Mariquita - Tolima
25	Construcción de placa huellas en vías terciarias del municipio de Villarrica - Tolima	Villarrica - Tolima
26	Construcción de pavimento en concreto rígido en la vía Alcalá, La Cuchilla del Municipio de Alcalá - Valle del Cauca	Alcalá - Valle Del Cauca
27	Rehabilitación y construcción de pavimento rígido en vías urbanas Andalucía - Valle del Cauca	Andalucía - Valle del Cauca
28	Construcción de placa huella en la vereda El Café Zona Rural del municipio de Ansermanuevo - Valle del Cauca	Ansermanuevo - Valle Del Cauca
29	Optimización del estado de la malla vial vía rural del municipio de Guadalajara de Buga - Valle Del Cauca (1.817.052.370.83)	Guadalajara de Buga - Valle del Cauca
30	Construcción vías urbanizaciones La Esperanza, Bosques de la Acuarela, Villa del Sol, La Ermita, Mirador de las Brisas, municipio de La Unión - Valle Del Cauca	La Unión - Valle del Cauca

1.5.3. **Para el componente revisión y validación de condiciones mínimas:** PROYECTA no cumplió con la obligación de entregar a PROSPERIDAD SOCIAL - FIP el estado de cada una de las iniciativas y emitir concepto de esta, desde los componentes jurídicos, social, técnico y de sostenibilidad de acuerdo con las fichas establecidas por PROSPERIDAD SOCIAL – FIP. No emitió ni las FICHAS DE REVISIÓN DOCUMENTAL, ni la FICHA DE ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTO VIAL F-DAP-23 del sistema de gestión de calidad Kawak de PROSPERIDAD SOCIAL - FIP, para ninguno de los treinta (30) proyectos a su cargo, lo cual debía realizar en el Sistema de Monitoreo y Seguimiento de la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat SGMO, a través de los usuarios que se le crearon para los evaluadores del CONTRATISTA, los cuales fueron creados desde el 14 de diciembre de 2021 como consta en correo electrónico de la misma fecha, remitido a la Gerencia Integral – PROYECTA, que fue allegado dentro de los anexos del informe de supervisión. Tampoco informó a la entidad, «si requiere la iniciativa de realizar acompañamiento técnico para la completitud de los estudios y diseños».

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

- 1.5.4. **Para el componente seguimiento, control y ejecución de los proyectos:** El plan operativo que debía entregar PROYECTA como máximo el 17 de noviembre de 2021, fue entregado de manera tardía por el contratista a la supervisión el día 24, de noviembre de 2021, como se evidencia en correo electrónico de la misma fecha. Sin embargo, la supervisión encontró deficiencias en el plan operativo, razón por la cual mediante correo electrónico del 3 de diciembre de 2021 solicitó al contratista realizar los ajustes necesarios; ante la demora en la entrega del documento ajustado, se reiteró mediante el oficio S-2021-4301-441372 del 16 de diciembre de 2021. Si bien PROYECTA envió el plan operativo ajustado mediante correo electrónico del 22 de diciembre de 2021, éste no cumplió aún con todos los requerimientos de la supervisión. El contratista solo hasta el 3 de febrero entregó el documento totalmente ajustado, como consta en el «Informe mensual II» entregado por PROYECTA el 10 de febrero de 2022, y fue aprobado por la supervisión mediante el oficio S-2022-4301-020535 del mismo 3 de febrero 2022, tal como consta en el acta de reunión N° 3 del 14 de febrero de 2022.
- 1.5.5. Una vez finalizó el plazo contractual el día 31 de julio de 2022, se evidenció el incumplimiento por parte del contratista de la mayor parte de las obligaciones establecidas el numeral 5.2.1. denominado «OBLIGACIONES GENERALES», el numeral 5.2.2. denominado «OBLIGACIONES ASOCIADAS CON LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS» y el numeral 5.2.23 denominado «OBLIGACIONES ASOCIADAS CON LA EJECUCIÓN DE LA INTERVENTORÍA».
- 1.5.6. En cuanto a la ejecución de las obras, de acuerdo con visitas realizadas en el mes de agosto de 2022 por un equipo de profesionales de ingeniería civil (profesionales de planta de la entidad y contratistas de la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat), se evidenció el siguiente estado en las obras a cargo de la Gerencia Integral - PROYECTA:

No.	Objeto	Municipio / Departamento	ESTADO DE LAS OBRAS ENCONTRADAS
1	Mejoramiento de vías urbanas de bajo tránsito, en varios municipios - Quindío	Buenavista - Quindío	Sin ejecutar intervención alguna, solamente se encontró material de piedra, balastro tirado sobre un tramo de una de las calles del municipio de Génova – Quindío.
2		Calarcá - Quindío	
3		Circasia – Quindío	
4		Córdoba – Quindío	
5		Génova – Quindío	
6		La Tebaida – Quindío	
7		Pijao – Quindío	
8		Quimbaya – Quindío	
9		Salento - Quindío	
10	Mejoramiento de vías mediante el uso de placa huella para el desarrollo productivo rural - Tolima	Alvarado - Tolima	Placa huella en longitud de 200 metros lineales
11		Casabianca - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
12		Herveo - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
13		Líbano - Tolima	Se encontró intervención en los tramos No 5 y 6, con una longitud de placa huella de 366,17 m con 205 ml de bordillo en el tramo 5, y 60,8

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

			metros completos en el tramo 6 para un total de 426,97 ml.
14		Planadas - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
15		Rovira - Tolima	Placa huella en longitud de 90 metros lineales.
16		Villa Hermosa - Tolima	No se observó intervención de la vía, solo colocaron tubería en 2 alcantarillas sin estructuras de entrada y salida dejando las excavaciones abiertas lo cual genera riesgo a los usuarios de la vía.
17	Mejoramiento de la vía que del casco urbano de Alpujarra conduce a la vereda La Aradita mediante a construcción de placa huella en el municipio de Alpujarra - Tolima	Alpujarra - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
18	Mejoramiento y mantenimiento de la vía Caldas Viejo Venadillo Fase 2 en el municipio de Alvarado - Tolima	Alvarado - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
19	Construcción de placas huellas en vías terciarias del municipio de Cunday - Tolima	Cunday - Tolima	Placa huella en longitud de 65 metros lineales, mala calidad.
20	Pavimentación en concreto rígido en la vía La Laguna municipio de Melgar - Tolima	Melgar - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
21	Pavimentación de las vías urbanas comprendidas entre la cra 2 entre cll 4 y 6. cll 5 entre cra 2 y 4. cra 4 entre cll 5 y 4. cra 5 entre cll 3 y 4. cll 3 entre cra 3 y 5. cll 2 entre cra 3 y 4 en el municipio de Piedras - Tolima	Piedras - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
22	Mejoramiento de vías terciarias mediante uso de placa huella en la vereda Aguas Negras del municipio de Purificación - Tolima	Purificación - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
23	Construcción de obras de pavimentación en concreto rígido en 12 sectores viales del municipio de Saldaña - Tolima	Saldaña - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
24	Construcción y rehabilitación de vías terciarias mediante el uso de placa huella en las veredas Cerro Gordo, Malabar Bajo y Malabar Alto de Municipio de San Sebastián de Mariquita - Tolima	San Sebastián de Mariquita - Tolima	Se encontró en el tramo 4 una intervención de placa huella de 80,3 ml.
25	Construcción de placa huellas en vías terciarias del municipio de Villarrica - Tolima	Villarrica - Tolima	No se encontró intervención en las vías.
26	Construcción de pavimento en concreto rígido en la vía Alcalá, La Cuchilla del Municipio de Alcalá - Valle del Cauca	Alcalá - Valle Del Cauca	Se encontró una intervención de media calzada en una longitud de 418,63 ml y colocaron 3 tubos en 2 alcantarillas (construyeron sólo la mitad de la alcantarilla son estructuras de entrada y salida).

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

27	Rehabilitación y construcción de pavimento rígido en vías urbanas Andalucía - Valle del Cauca	Andalucía - Valle del Cauca	No se encontró intervención en las vías.
28	Construcción de placa huella en la vereda El Café Zona Rural del municipio de Ansermanuevo - Valle del Cauca	Ansermanuevo - Valle Del Cauca	No se encontró intervención en las vías - obras no funcionales una sola huella segmentada (sin construcción de las viguetas) en una longitud de 159 metros, pero se deben descontar las viguetas y también se encontraron 113 ml de cuneta igualmente segmentadas sin viguetas
29	Optimización del estado de la malla vial vía rural del municipio de Guadalajara de Buga - Valle Del Cauca (1.817.052.370.83)	Guadalajara de Buga - Valle del Cauca	Se encontró pavimento en el callejón Karioko en una longitud de 107 m en un ancho promedio de 3,34 m y 4,43 m y otra calle en el mismo callejón con una longitud de 22,80 m con ancho de 2,71 m.
30	Construcción vías urbanizaciones La Esperanza, Bosques de la Acuarela, Villa del Sol, La Ermita, Mirador de las Brisas, municipio de La Unión - Valle Del Cauca	La Unión - Valle del Cauca	Se encontró intervención en el barrio la Hermita en un tramo de longitud de 93,47 m por ancho promedio de 6,34 m; 19,45 m por ancho promedio de 2,33 m; 9,29 con un ancho promedio de 4,71 m; longitud 63,31 m con ancho promedio de 6,33 m; longitud 26,62 m con ancho promedio de 3,50 m; tramo 5 longitud 10,63 m con ancho de 5,37ml.

1.5.7. En cuanto al componente de interventoría del contrato, se observaron los siguientes presuntos incumplimientos por parte de la GERENCIA INTEGRAL - PROYECTA:

No.	Objeto	Municipio / Departamento	INFORMES ENTREGADOS
1	Mejoramiento de vías urbanas de bajo tránsito, en varios municipios - Quindío	Buenavista - Quindío	No entregó informes de interventoría de conformidad con las condiciones establecidas en el numeral 8.2. de la CLÁUSULA OCTAVA.
2		Calarcá - Quindío	
3		Circasia - Quindío	
4		Córdoba - Quindío	
5		Génova - Quindío	
6		La Tebaida - Quindío	
7		Pijao - Quindío	

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

8		Quimbaya - Quindío	
9		Salento - Quindío	
10		Alvarado - Tolima	
11		Casabianca - Tolima	
12		Herveo - Tolima	
13	Mejoramiento de vías mediante el uso de placa huella para el desarrollo productivo rural - Tolima	Líbano - Tolima	No entregó informes de interventoría de conformidad con las condiciones establecidas en el numeral 8.2. de la CLÁUSULA OCTAVA.
14		Planadas - Tolima	
15		Rovira - Tolima	
16		Villa Hermosa - Tolima	
17		Alpujarra - Tolima	
18	Mejoramiento de la vía que del casco urbano de Alpujarra conduce a la vereda La Aradita mediante a construcción de placa huella en el municipio de Alpujarra - Tolima	Alpujarra - Tolima	No se entregó ningún informe de interventoría, se entrega un informe del supervisor de Gerencia Integral
19	Mejoramiento y mantenimiento de la vía Caldas Viejo Venadillo Fase 2 en el municipio de Alvarado - Tolima	Alvarado - Tolima	No se entregó ningún informe de interventoría, se entrega un informe del supervisor de Gerencia Integral
20	Construcción de placas huellas en vías terciarias del municipio de Cunday - Tolima	Cunday - Tolima	Entregó informes semanales de las semanas 1 a la 8 y un informe de interventoría, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.
20	Pavimentación en concreto rígido en la vía La Laguna municipio de Melgar - Tolima	Melgar - Tolima	No se entregó ningún informe de interventoría, se entrega un informe del supervisor de Gerencia Integral

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

21	Pavimentación de las vías urbanas comprendidas entre la cra 2 entre cll 4 y 6. cll 5 entre cra 2 y 4. cra 4 entre cll 5 y 4. cra 5 entre cll 3 y 4. cll 3 entre cra 3 y 5. cll 2 entre cra 3 y 4 en el municipio de Piedras - Tolima	Piedras - Tolima	No se entregó ningún informe de interventoría, se entrega un informe del supervisor de Gerencia Integral
22	Mejoramiento de vías terciarias mediante uso de placa huella en la vereda Aguas Negras del municipio de Purificación - Tolima	Purificación - Tolima	Entregó informes semanales correspondientes a las semanas, 1, 2, 3, 4 y 9, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.
23	Construcción de obras de pavimentación en concreto rígido en 12 sectores viales del municipio de Saldaña - Tolima	Saldaña - Tolima	No se entregó ningún informe de interventoría, se entrega un informe del supervisor de Gerencia Integral
24	Construcción y rehabilitación de vías terciarias mediante el uso de placa huella en las veredas Cerro Gordo, Malabar Bajo y Malabar Alto de Municipio de San Sebastián de Mariquita - Tolima	San Sebastián de Mariquita - Tolima	Entregó informes semanales correspondientes a las semanas, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.
25	Construcción de placa huellas en vías terciarias del municipio de Villarrica - Tolima	Villarrica - Tolima	Entrego informes semanales 6 y 7, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.
26	Construcción de pavimento en concreto rígido en la vía Alcalá, La Cuchilla del Municipio de Alcalá - Valle del Cauca	Alcalá - Valle Del Cauca	Entregó informes semanales correspondientes a las semanas, 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.
27	Rehabilitación y construcción de pavimento rígido en vías urbanas Andalucía - Valle del Cauca	Andalucía - Valle del Cauca	No se entregó ningún informe.
28	Construcción de placa huella en la vereda El Café Zona Rural del municipio de Ansermanuevo - Valle del Cauca	Ansermanuevo - Valle Del Cauca	Entregó 4 archivos en formato abierto .xlxs, de los informes semanales de la 7 a la 10, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

29	Optimización del estado de la malla vial vía rural del municipio de Guadalajara de Buga - Valle Del Cauca (1.817.052.370.83)	Guadalajara de Buga - Valle del Cauca	Entregó informes semanales correspondientes a las semanas, 1 al 10 en archivos abiertos xlxs, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.
30	Construcción vías urbanizaciones La Esperanza, Bosques de la Acuarela, Villa del Sol, La Ermita, Mirador de las Brisas, municipio de La Unión - Valle Del Cauca	La Unión - Valle del Cauca	Entregó 14 archivos en formato abierto xlxs, e informes semanales de las semanas 5 a la 12, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Manual de Interventoría de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.
INFORMES MENSUALES ENTREGADOS			
Se entregaron informes mensuales correspondientes a informe 3 (febrero), informe 4 (marzo), informe 6 (mayo), informe 7 (junio) e informe 8 (julio), entregado el 14 de agosto de 2022, por fuera del plazo de ejecución del contrato.			

1.5.8. En cuanto a la entrega de obras, una vez terminado el plazo contractual, el 31 de julio de 2022, el reporte de entrega de obras por parte del contratista fue el siguiente:

No.	Objeto	Municipio / Departamento	OBRAS ENTREGADAS
1	Mejoramiento de vías urbanas de bajo tránsito, en varios municipios - Quindío	Buenavista - Quindío	No entregó la obra
2		Calarcá - Quindío	
3		Circasia - Quindío	
4		Córdoba - Quindío	
5		Génova - Quindío	
6		La Tebaida - Quindío	
7		Pijao - Quindío	
8		Quimbaya - Quindío	
9		Salento - Quindío	
10	Mejoramiento de vías mediante el uso de placa huella para el desarrollo productivo rural - Tolima	Alvarado - Tolima	No entregó la obra

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

11		Casabianca - Tolima	No entregó la obra
12		Herveo - Tolima	No entregó la obra
13		Líbano - Tolima	No entregó la obra
14		Planadas - Tolima	No entregó la obra
15		Rovira - Tolima	No entregó la obra
16		Villa Hermosa - Tolima	No entregó la obra
17	Mejoramiento de la vía que del casco urbano de Alpujarra conduce a la vereda La Aradita mediante a construcción de placa huella en el municipio de Alpujarra - Tolima	Alpujarra - Tolima	No entregó la obra
18	Mejoramiento y mantenimiento de la vía Caldas Viejo Venadillo Fase 2 en el municipio de Alvarado - Tolima	Alvarado - Tolima	No entregó la obra
19	Construcción de placas huellas en vías terciarias del municipio de Cunday - Tolima	Cunday - Tolima	No entregó la obra
20	Pavimentación en concreto rígido en la vía La Laguna municipio de Melgar - Tolima	Melgar - Tolima	No entregó la obra
21	Pavimentación de las vías urbanas comprendidas entre la cra 2 entre cll 4 y 6. cll 5 entre cra 2 y 4. cra 4 entre cll 5 y 4. cra 5 entre cll 3 y 4. cll 3 entre cra 3 y 5. cll 2 entre cra 3 y 4 en el municipio de Piedras - Tolima	Piedras - Tolima	No entregó la obra
22	Mejoramiento de vías terciarias mediante uso de placa huella en la vereda Aguas Negras del municipio de Purificación - Tolima	Purificación - Tolima	No entregó la obra
23	Construcción de obras de pavimentación en concreto rígido en 12 sectores viales del municipio de Saldaña - Tolima	Saldaña - Tolima	No entregó la obra
24	Construcción y rehabilitación de vías terciarias mediante el uso de placa huella en las veredas Cerro Gordo, Malabar Bajo y Malabar Alto de Municipio de San Sebastián de Mariquita - Tolima	San Sebastián de Mariquita - Tolima	No entregó la obra
25	Construcción de placa huellas en vías terciarias del municipio de Villarrica - Tolima	Villarrica - Tolima	No entregó la obra
26	Construcción de pavimento en concreto rígido en la vía Alcalá, La Cuchilla del Municipio de Alcalá - Valle del Cauca	Alcalá - Valle Del Cauca	No entregó la obra
27	Rehabilitación y construcción de pavimento rígido en vías urbanas Andalucía - Valle del Cauca	Andalucía - Valle del Cauca	No entregó la obra
28	Construcción de placa huella en la vereda El Café Zona Rural del municipio de Ansermanuevo - Valle del Cauca	Ansermanuevo - Valle Del Cauca	No entregó la obra
29	Optimización del estado de la malla vial vía rural del municipio de Guadalajara de Buga - Valle Del Cauca (1.817.052.370.83)	Guadalajara de Buga - Valle del Cauca	No entregó la obra

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

30	Construcción vías urbanizaciones La Esperanza, Bosques de la Acuarela, Villa del Sol, La Ermita, Mirador de las Brisas, municipio de La Unión - Valle Del Cauca	La Unión - Valle del Cauca	No entregó la obra
----	---	----------------------------	--------------------

- 1.5.9. Los días 18 y 20 de mayo de 2022, se realizan las audiencias de arreglo directo conforme a la cláusula décimo séptima, en las cuales se pacta el siguiente acuerdo entre la Gerencia Integral – PROYECTA, y PROSPERIDAD SOCIAL – FIP:

COMPROMISOS Y/O ACUERDOS	RESPONSABLE(S)	PLAZO
Ejecución del 55% de la reserva presupuestal del contrato equivalente a la suma de \$18.635.689.574 como presupuesto para la prórroga del contrato.	EMPRESA PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL - PROYECTA	15 de julio de 2022.
Ejecución del 45% de la reserva presupuestal del contrato equivalente a la suma de \$15.426.393.801.	EMPRESA PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL - PROYECTA	30 de septiembre de 2022.
Avance financiero del 100% del valor de los recursos de la vigencia 2022 equivalente a la suma de \$14.598.035.732.	EMPRESA PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL - PROYECTA	30 de septiembre de 2022.

- 1.5.10. Terminado el plazo de cumplimiento del primer compromiso, del cual dependía la posibilidad de cumplir los dos (2) siguientes, se tiene que al 15 de julio de 2022, no se había cumplido con la ejecución del 55% de los recursos de la reserva 2021 del contrato.

- 1.5.11. Terminado el plazo del contrato el 31 de julio de 2022, se evidencia el siguiente balance de ejecución financiera:

CTO 670 DE 2021 FIP

VALOR DEL CONTRATO	\$ 49.460.119.107,00
---------------------------	-----------------------------

APORTE PROSPERIDAD SOCIAL - FIP	\$ 48.660.119.107,00
APORTE PROYECTA	\$ 800.000.000,00

PAGOS EFECTUADOS

7.3. PAGO GERENCIA INTEGRAL

PRIMER PAGO PLAN OPERATIVO	\$ 132.709.416,00	0,27%
----------------------------	-------------------	-------

PAGOS POR REALIZAR

SALDO POR PAGAR	\$ 48.527.409.691,00	99,73%
-----------------	----------------------	--------

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

\$ 4.946.011.910,70

- 1.5.12. Finalizado el plazo del contrato, solamente y en cumplimiento de la forma de pago establecida en la CLÁUSULA SÉPTIMA, se canceló el primer pago del componente 7.3. GERENCIA INTEGRAL por la

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

suma de \$132.709.416,00 CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE que corresponden al 0,27%, quedando por ejecutar recursos equivalentes al 99,73% de los recursos del contrato.

2. NORMAS Y CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VULNERADAS

A partir de los anteriores hechos y conforme a lo señalado por el informe de supervisión, el contratista presuntamente vulneró las siguientes cláusulas del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021:

- 2.1. La cláusula segunda, que establece el alcance del contrato.
- 2.2. El numeral 3.1.1. del sub numeral 3.2. de la cláusula tercera, que establece las condiciones de desarrollo del Componente 1 de la Gerencia Integral: Revisión y validación de condiciones mínimas.
- 2.3. El numeral 3.1.2. del sub numeral 3.2. de la cláusula tercera, que establece las condiciones de desarrollo del Componente 1 de la Gerencia Integral: Seguimiento, control y ejecución de los proyectos.
- 2.4. El numeral 3.1.3. del sub numeral 3.2. de la Cláusula Tercera, que establece las condiciones de desarrollo del Componente 1 de la Gerencia Integral: Cierre y liquidación de los proyectos de obra e interventoría.
- 2.5. La cláusula cuarta, que establece el plazo de ejecución del contrato.
- 2.6. El ordinal 10 del numeral 5.2. de la cláusula quinta, que establece las condiciones de entrega del Plan Operativo de ejecución por parte del contratista.
- 2.7. Los ordinales 4 a 7, 10, 18, 19, 22, 24, 25, 27 a 30, 34, 37, 40, 42, 45 a 49, 51, 53, 56, 58, 59, 65 y 67 del numeral 5.2.1. de la cláusula quinta, que establecen obligaciones generales de la Gerencia Integral.
- 2.8. El numeral 5.2.2. de la cláusula quinta, que establece obligaciones asociadas con la ejecución de las obras.
- 2.9. El numeral 5.2.3. de la cláusula quinta, que establece obligaciones asociadas con la ejecución de la interventoría.

3. FUNDAMENTOS Y FINALIDAD DEL TRÁMITE CONTRACTUAL

El trámite contractual adelantado, respecto del cual se profiere la presente decisión se ha desarrollado con base en los siguientes fundamentos jurídicos y contractuales:

- 3.1. El numeral 5.2. del clausulado de condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., el cual establece el procedimiento que debe surtir para hacer constar incumplimiento del contrato, como acreditación de la ocurrencia y la cuantía del siniestro, sin perjuicio de la libertad que tiene la entidad para demostrarla.
- 3.2. El inciso cuarto del artículo 8° de la Ley 487 de 1998 que, en relación con recursos del Fondo de Inversión para la Paz (FIP) establece que “(...) para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo, para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos se regirán por las reglas del derecho privado (...)”.
- 3.3. El artículo 1602 del Código Civil, que establece que “(...) todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (...)”.
- 3.4. La cláusula 16) del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, mediante la cual las partes pactaron una cláusula penal pecuniaria de tipo indemnizatorio, como tasación anticipada de perjuicios.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

- 3.5. El literal a) de la cláusula 12) del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, que establece la obligación de la Gerencia Integral de constituir en favor de PROSPERIDAD SOCIAL - FIP «(...) cualquiera de los mecanismos de cobertura de riesgos contemplados (...)», que incluya dentro de sus amparos el de cumplimiento de las obligaciones contractuales «(...) por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, y con una vigencia igual al plazo de ejecución del mismo y seis (6) meses más».

La finalidad del trámite contractual adelantado, cuya decisión se profiere mediante el presente escrito, es la de evaluar si se han configurado los presupuestos fácticos y jurídicos establecidos para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria establecida en la cláusula 16) del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, la cual reza así:

«Las Partes convienen recíprocamente que, sin perjuicio de las otras medida establecidas contractualmente, se causará a favor de **PROSPERIDAD SOCIAL – FIP**, y a cargo de la **GERENCIA INTEGRAL**, como estimación anticipada de perjuicios y a título de pena pecuniaria, la suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato incluyendo, sus adiciones, excluido IVA, sin menoscabo de las demás acciones que correspondan a **PROSPERIDAD SOCIAL – FIP** para el cobro total de los perjuicios realmente irrogados por aquel, monto que puede ser cobrado a favor de **PROSPERIDAD SOCIAL – FIP** mediante jurisdicción coactiva. Por consiguiente, el valor de esta pena se considera como pago parcial de tales perjuicios, y no obsta para que la Entidad valore debidamente y haga exigibles todos los perjuicios efectivamente causados».

4. COMPETENCIA PARA ADELANTAR EL TRÁMITE CONTRACTUAL

La competencia de la titular de la Subdirección de Contratación para adelantar el presente trámite contractual se deriva de las siguientes normas:

- 4.1. El Decreto 2094 de 2016, establece en su artículo 9 que la Subdirección de Contratación hace parte de la estructura de PROSPERIDAD SOCIAL, mientras que en los numerales 10 y 11 de su artículo 25 establecen que son funciones de la Subdirección de Contratación “realizar la asistencia legal en los procesos contractuales sobre incumplimientos y **sus reclamaciones frente a entidades aseguradoras**” y «(...) adelantar el procedimiento para la imposición de las multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento a que haya lugar en materia contractual».
- 4.2. Con fundamento en su facultad delegatoria y mediante el artículo 1 de la Resolución 3019 de 2022, la Dirección General de PROSPERIDAD SOCIAL delegó en la titular de la Subdirección de Contratación la facultad de «adelantar las reclamaciones ante las aseguradoras teniendo como soporte los informes y documentos remitidos por la supervisión e interventoría de los contratos y convenios con cargo a los recursos del Fondo de Inversión para la Paz FIP», así como la expedición de los actos administrativos correspondientes.
- 4.3. Mediante el artículo primero de la Resolución 2338 de 26 de septiembre de 2022 la Directora General de PROSPERIDAD SOCIAL nombró a PILAR MARÍA GOYENCHE CARVAJAL en el cargo de Subdirectora de Contratación y mediante acta de posesión de la misma fecha fue posesionada en dicho cargo.

5. TRÁMITE

- 5.1. Estudiada la solicitud, mediante los oficios S-2023-2100-004305 y S-2023-2100-004304 del 6 de enero de 2023 la Subdirección de Contratación citó al contratista y su garante, respectivamente, a audiencia el día 18 de enero de 2023.
- 5.2. El día 18 de enero de 2023 se instaló la audiencia en diligencia que llevó a cabo de manera virtual a través del aplicativo Teams, presidida por PILAR MARÍA GOYENCHE CARVAJAL en su calidad de Subdirectora de Contratación, con la asistencia del señor LUCAS JARAMILLO CADAVID, identificado con la cédula de ciudadanía N° 71.776.627 expedida en Medellín, en calidad de representante legal del contratista EMPRESA PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL PROYECTA, su apoderada la abogada

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

MARÍA PAZ RESTREPO RENDÓN, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.017.208.021 y titular de la tarjeta profesional N° 270.803 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, y la abogada SANDY RAQUEL OBANDO LOZADA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.032.356.608 y titular de la tarjeta profesional N° 173.360 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada de la compañía garante SEGUROS DEL ESTADO S.A. Instalada la audiencia y debidamente reconocida la personería para actuar de las apoderadas, se otorgó a cada una la palabra con el fin de que presentaran sus descargos, en desarrollo de los cuales rindieron las explicaciones del caso, aportaron y solicitaron pruebas y controvirtieron las que le fueron presentadas por la entidad. En este estado de la diligencia se suspendió la audiencia con el fin de llevar a cabo la práctica de testimonios.

- 5.3. El día 25 de enero se reanudó la audiencia y en ella se llevó a cabo la práctica de los testimonios de la señora SANDRA PATRICIA SÁNCHEZ CAÑAS, identificada con la cédula de ciudadanía N° 41.923.444 expedida en Armenia, en calidad de gerente del proyecto; el señor JORGE IVÁN DUQUE JIMÉNEZ, identificado con la cédula de ciudadanía N° 9.739.789 expedida en Armenia, en su calidad de profesional planeación Institucional de Proyecta; y el señor JAIME ANDRÉS BEJARANO LÓPEZ, en su calidad de profesional técnico y operativo de Proyecta.
- 5.4. El día 13 de julio de 2023 se reanudó la audiencia con el fin de comunicar al contratista y su garante la decisión contractual adoptada.

6. PRONUNCIAMIENTOS Y EXPLICACIONES

6.1. Pronunciamientos y explicaciones del contratista

Los pronunciamientos y explicaciones presentados por el contratista se sintetizan de la siguiente manera:

- 6.1.1. A pesar de la denominación de “contrato” el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 es un convenio interadministrativo por cuanto su objeto es claramente es una manifestación del principio consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrolla lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Esto por cuanto lo que se persigue con el contrato es un fin superior a obtener contraprestaciones recíprocas, y es la satisfacción del interés general, en este caso a través de la gerencia de proyectos viales enfocados a aportar a la inclusión socioeconómica, la superación de la pobreza, la consolidación de territorios y la generación de espacios para la reintegración, estabilización y reconciliación social. Por lo anterior, el contratista invita a superar las dificultades de ejecución del contrato y continuar su ejecución en atención al interés general.
- 6.1.2. De acuerdo con lo establecido en la cláusula 5.2 de las condiciones generales de la Póliza N° 60-45-10004234, expedida por Seguros del Estado para garantizar el cumplimiento del Contrato 670 FIP de 2021, en concordancia con el artículo 1077 del Código de Comercio, la entidad debe acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la reclamación. Por lo anterior, corresponde a la entidad demostrar que Proyecta incumplió el contrato, y no a Proyecta demostrar que cumplió, sin perjuicio de que, en cumplimiento del principio de buena fe que rige sus actuaciones, Proyecta a través de las pruebas que ha solicitado y a través de esta y las demás intervenciones a las que haya lugar, dará claridad sobre el cumplimiento de sus obligaciones, el cual se dio en la medida que los factores ajenos a su ámbito de dominio lo permitieron.
- 6.1.3. Durante la ejecución del proyecto, no fue posible la culminación de las obras contratadas dentro del término inicial de ejecución, producto de circunstancias imputables a la entidad contratante, de tal forma que se configura la “excepción de contrato no cumplido”. Esta circunstancia generó que el tiempo que debió dedicar Proyecta al componente número 1 del contrato, esto es, revisión y validación de condiciones mínimas, tomara mucho más tiempo y requiriera muchos más recursos técnicos, humanos y administrativos de los inicialmente previstos por las partes, lo que conllevó necesariamente a que el término de ejecución inicialmente previsto fuera insuficiente frente a la realidad de la ejecución contractual. Esto hizo que el segundo componente, seguimiento, control y ejecución de proyectos, iniciara más tarde en el tiempo de lo previsto, conllevando como un efecto dominó a que el componente

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

3 cierre y liquidación de contratos de obra y de interventoría, tampoco fuera procedente antes del 31 de julio de 2022.

En los requisitos específicos de la convocatoria, se exigía en el numeral 16 los estudios fase III, los cuales según adenda No. 6, solo podían ser subsanados una sola vez. Por lo tanto, era claro que dentro de sus responsabilidades como entidad a cargo de la convocatoria 001 de 2020, Prosperidad Social debía revisar y analizar el proyecto, sus estudios fase III, y demás documentos requeridos, en aras de definir si resultaba seleccionado o no. De allí, que los procesos escogidos por PROSPERIDAD SOCIAL, debían estar ya en una fase III de maduración. Del marco obligacional del Contrato 670 se desprende que las obligaciones del contratista dependían consecuentemente del adecuado cumplimiento de las obligaciones en cabeza del contratante dentro de la Convocatoria 001 de 2020. Así las cosas, cumplir con las obligaciones en cabeza de Proyecta era imposible sin el cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la entidad. Es evidente que los proyectos entregados por parte de la entidad contratante no cumplían con los estándares establecidos en la Convocatoria 001, ni cumplen con lo requerido contractualmente en la misma respecto a la entrega de información, toda vez que los proyectos entregados (i) no se encontraban en fase III de maduración y (ii) no contaban ni siquiera con los insumos mínimos exigidos en la convocatoria.

- 6.1.4. En cuanto a la obligación relacionada con la entrega de información, Proyecta sí cumplió con su obligación de presentar al contratante el estado actual de cada uno de los proyectos, ya que en el contrato no se especificó que existiera una fecha o tiempo límite para el cumplimiento de tal obligación. Proyecta cumplió con esta obligación, pues tal y como lo enuncia a renglón seguido Prosperidad Social en el escrito de convocatoria a esta audiencia, el 2 de febrero de 2022, Proyecta envió a la entidad contratante una matriz con el consolidado del estado de maduración por cada municipio, donde se evidencia los pendientes para cada iniciativa. En lo que corresponde a las formalidades que subraya PROSPERIDAD SOCIAL como obligaciones incumplidas, es preciso resaltar que el Contratante exigía durante la ejecución contractual que toda la información a cargo del contratista se entregara de acuerdo con unas formalidades propias de PROSPERIDAD SOCIAL. Sin embargo, tanto los formatos como las capacitaciones para su uso fueron entregados a destiempo, en ocasiones se dio información errónea para completar estos formatos, y esto generó una serie de retrocesos y dificultades en el cumplimiento de esta obligación por parte del contratista con las formalidades descritas. En conclusión, la obligación fue cumplida y que el hecho de que no se hubiera hecho con las formalidades exigidas por el contratante, fuera de ser un hecho que no es imputable a Proyecta pues en ello influyó la falta de coordinación de Prosperidad Social sobre el particular, no es un evento relevante de cara a la finalidad de la obligación presuntamente incumplida.
- 6.1.5. En lo que corresponde a los informes semanales, como es de conocimiento de la entidad, las demoras en el cargue de información y presentación de informes se derivaron de las demoras por parte de las interventorías de los proyectos en la entrega de la información necesaria para su elaboración. Es un hecho conocido que en ejecución de los contratos se presentaron las demoras en la entrega de información y presentación de informes por parte de las interventorías de los proyectos, a pesar de las medidas que tomó Proyecta para hacer frente a dicha situación. Teniendo en consideración que el cumplimiento de las obligaciones de Proyecta depende de los insumos que le provean para tal fin los Interventores contratados de cada proyecto, no puede concluirse simplemente que un incumplimiento del interventor contratado se traduce en un incumplimiento de Proyecta, pues hay que tener en consideración las acciones que esta desplegó para intentar lograr el cumplimiento por parte de las interventorías. De lo contrario, se estaría obligando a Proyecta a cumplir un imposible, pues se trasladaría la imputación de un incumplimiento de un tercero directamente a Proyecta.
- 6.1.6. En lo que corresponde a los informes mensuales, Proyecta presentó debidamente todos los informes que estaban pendientes del contrato a través de correo electrónico del 16 de agosto de 2022. Sobre lo anterior, es importante recordar que la naturaleza del plazo del contrato estatal es suspensivo y no extintivo de las obligaciones. En ese sentido, carece de todo sustento la negativa de Prosperidad Social al recibir actividades por fuera del plazo de ejecución. Esto en tanto (i) jurídicamente es una posibilidad viable, toda vez que el vencimiento del plazo genera la mora obligacional pero no la extinción de las obligaciones pactadas, (ii) el vencimiento del plazo de los contratos estatales tiene como consecuencia la exigibilidad de la obligación y (iii) la entidad, de conformidad con el principio de conservación del

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

contrato y la prevalencia del servicio público, debe actuar de tal forma que se dé cabal satisfacción a las necesidades de la comunidad y el contrato.

- 6.1.7. La falta de conclusión de las obras en su totalidad a la fecha de terminación del Contrato 670 de 2021 se debe, en primer lugar, a que la fase de maduración de proyectos tomó mucho más tiempo del esperado debido a que las iniciativas no fueron entregadas a Proyecta en el estado que lo exigía la Convocatoria 001. Adicionalmente, se debe advertir que durante la ejecución del contrato se presentaron una serie de circunstancias ajenas al ámbito de dominio de Proyecta que impactaron la ejecución en tiempo de los proyectos, situaciones que dificultaron el cumplimiento de las obligaciones en cabeza del contratista, que no fueron imputables a su responsabilidad y que fueron debidamente notificadas a la entidad contratante. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta a la hora de analizar el presunto incumplimiento de Proyecta, toda vez que representan circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito y hechos de terceros, eventos eximentes de responsabilidad, como son: i) excesiva e imprevisible pluviosidad que afectó la región durante el año 2022, ii) interferencias derivadas de afectaciones al orden público y seguridad, iii) interferencias particulares de cada proyecto y iv) corrección de conceptos.

Respecto a esta última situación, es preciso señalar que según lo dispuesto en la cláusula 3.1 del Contrato 670, Proyecta tenía la obligación de corregir los conceptos erróneos impidiendo que se desviara el objeto del contrato o se presentaran incumplimientos, generando las alertas correspondientes. Por lo tanto, en ejecución de algunos contratos, se evidenció por parte del contratista de obra o las interventorías, la necesidad de replantear algunos aspectos de la obra, lo cual significó la ampliación en el plazo de ejecución de éstas. Estas situaciones afectaron los rendimientos de los distintos proyectos, de tal forma que sus porcentajes de ejecución física se vieron afectados.

- 6.1.8. En cuanto al cierre y liquidación de los contratos de obra y de interventoría es claro que, debido a que los proyectos no se habían ejecutado al 100% al 31 de julio de 2022 por las razones no imputables a Proyecta ya desarrolladas en estos descargos, no era exigible la obligación a su cargo de cerrar y liquidar los contratos de obra e interventoría.
- 6.1.9. Durante la audiencia de arreglo directo entre las partes celebrada el 18 y 20 de mayo de 2022, las partes establecieron las condiciones de celebración de la prórroga del contrato. El contratista contaba con una expectativa razonable y legítima de que su contrato sería prorrogado por parte de la entidad contratante en las condiciones acordadas. De acuerdo con los compromisos concertados, el 15 de julio de 2022 Proyecta debía cumplir con la ejecución del 35% de la reserva presupuestal del contrato, equivalente a \$18.635.689.574, pero este porcentaje se calculó teniendo en cuenta todos los proyectos que inicialmente se habían entregado a la gerencia integral. Sin embargo, como es de conocimiento de Prosperidad Social, el proyecto Saldaña-Tolima no se ejecutaría, y en este orden de ideas el cálculo de los porcentajes de cumplimiento para el acuerdo directo no debió realizarse sobre la suma de \$46.928.793.460 si no reduciendo de esta \$8.198.525.934, lo que arroja un valor a ejecutar de \$41.261.593.172, por lo que la ejecución actualizada del contrato corresponde a un 83.4% del valor inicial pactado entre las partes.

Así las cosas, de acuerdo con el avance de las obras al 15 de julio de 2022, Proyecta llevaba un porcentaje de ejecución del 65.8% de la reserva presupuestal que debía estar invertida a esa fecha equivalente a \$6.546.048.520 pesos. El contratista contaba con una expectativa razonable y legítima de que su contrato sería prorrogado por parte de la entidad contratante en las condiciones acordadas. No obstante, Proyecta se vio sorprendida ante la negativa por parte de la entidad de prorrogar el contrato, pese a que el contratista presentó debidamente la proyección de ejecución física y financiera del contrato durante el plazo de prórroga que permitiría la ejecución total del objeto.

- 6.1.10. Por lo anterior, lo que corresponde es la terminación y archivo del procedimiento.

- 6.1.11. Subsidiariamente, en el evento en que la entidad decida declarar el incumplimiento en el marco del procedimiento que aquí se adelanta, haciendo así efectiva la cláusula penal, debe tenerse en consideración en primer lugar que, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, solo está en capacidad de exigir el pago de cláusula penal pecuniaria pactada el contratista que haya cumplido con sus obligaciones. Sin embargo, derivada de la excepción de contrato

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

no cumplido propuesta por Proyecta en este procedimiento, es claro que Prosperidad Social no se encuentra legitimado para exigir del contratista el pago de la pena, ya que incumplió su obligación de proporcionar a la gerencia los proyectos en el grado de maduración exigido en la convocatoria 001 de 2020. En segundo lugar, si aun así Prosperidad Social insiste en continuar con este procedimiento y declarar un incumplimiento por parte del contratista, se le requiere para que dé aplicación a la reducción proporcional de la pena, de conformidad con las exigencias del Código Civil, el Código de Comercio y el Consejo de Estado. En consecuencia, en aplicación de los principios de proporcionalidad, equidad y buena fe contractual, se requiere a la entidad contratante para que justifique los criterios con los cuales está considerando que es acreedora del 100% del valor de la cláusula penal pactada, teniendo en consideración que el contrato sí ha sido ejecutado por Proyecta, como se ha explicado a lo largo de la audiencia.

6.2. Pronunciamientos de la compañía garante

La compañía garante, por su parte, coadyuvó los pronunciamientos y explicaciones presentados por el contratista y adicionalmente presentó argumentos adicionales que se resumen así:

- 6.2.1. El alcance de la cobertura de cumplimiento otorgada es amparar los perjuicios directos derivados del incumplimiento del contrato, lo cual determina la necesidad de acreditar tanto un perjuicio cierto, real y directo, entendido como un daño económico, esto es un detrimento que debe sufrir la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento del contrato; tal incumplimiento debe además ser imputable exclusivamente al contratista, lo cual no se encuentra acreditado en el presente caso. A la fecha la entidad asegurada no sustenta en forma alguna la existencia de posibles perjuicios como consecuencia del presunto incumplimiento endilgado al contratista y no se encuentra sustento alguno para la efectividad de la tasación preliminar de los daños que se realiza. Así las cosas, si bien la cláusula penal se encuentra pactada en el contrato y se encuentra igualmente garantizado el contrato con el amparo de cumplimiento, lo cierto es que su exigibilidad de cara al contrato de seguro se supedita a la existencia y materialización de un perjuicio para la entidad asegurada. De no existir un detrimento patrimonial y un perjuicio mal haría la entidad en proceder a exigir la cláusula penal pecuniaria y pretender la indemnización a través de ella.
- 6.2.2. La posibilidad de imponer como sanción la cláusula penal pecuniaria solo la tienen las entidades sometidas al estatuto general de contratación y en este caso el contrato garantizado se rige por las normas de derecho privado. Si bien la cláusula penal pecuniaria se encuentra pactada contractualmente, no puede desconocerse su origen legal y por ello se encuentra sometida a las normas del Código Civil y el Código de Comercio, razón por la que debe acudir al juez del contrato para determinar su efectividad, más aún cuando no está claro que el incumplimiento sea imputable directamente al contratista y además se desconoce la existencia de un perjuicio para la entidad contratante.
- 6.2.3. Dentro de los documentos aportados no se determina el estado financiero final del contrato y la entidad toma el valor total del contrato para determinar el monto de la cláusula penal pecuniaria. El seguro de cumplimiento, por tratarse de un seguro patrimonial tiene una función estrictamente indemnizatoria, por lo que se trata de un contrato de seguro de mera indemnización y no puede ser fuente de enriquecimiento para la entidad.
- 6.2.4. Por lo anterior solicita archivar la actuación.

7. PRUEBAS

El acervo probatorio del presente trámite contractual ha sido conformado como se expone a continuación:

7.1. Pruebas aportadas por la supervisión

Anexo al informe de supervisión fueron presentados como pruebas los siguientes ochenta y siete (87)

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

documentos digitales:

1. Correo electrónico del 23/11/2021.
2. Correo electrónico del 09/12/2021.
3. Correo electrónico del 14/12/2021 contratista de la DISH a cargo del SGMO.
4. Acta de comité técnico de seguimiento 1 del 17/12/2021
5. Oficio S-2021-4301-441372 fechado el 16/12/2021.
6. Correo electrónico del 20/12/2021 el contratista de apoyo desde la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat, Ingeniero Édgar Fabian Peña Palencia.
7. Correo electrónico del 21/12/2021 el profesional de planeación estratégica de PROYECTA.
8. Correo electrónico del 22/12/2021 de la Gerencia Integral de PROYECTA.
9. Correo electrónico del 04/01/2022 de la Gerencia Integral de PROYECTA.
10. Acta de comité técnico de seguimiento 2 del 14/01/2022.
11. Acta de comité de seguimiento 3 del 14/02/2022.
12. Correo electrónico y oficio S-2022-4301-036360 del 07/03/2022 del supervisor del contrato.
13. Correo electrónico y oficio S-2022-4301-102680 del 11/03/2022 del supervisor del contrato.
14. Correo electrónico y oficio S-2022-4301-102914 del 11/03/2022, acceso al cargue digital del SGMO.
15. Acta de comité de seguimiento 4 del 15/03/2022.
16. Correo electrónico del 15/03/2022 del área de planeación de proyecta con el que remite respuesta al supervisor del contrato a la fecha del oficio S-2022-4301-036360, mediante oficio 084.
17. Correo electrónico y oficio S-2022-4301-108075 del 18/03/2022, solicitud subsanaciones tercera revisión informe mensual 1.
18. Oficio S-2022-4301-112018 del 25/03/2022.
19. Correo electrónico del 07/04/2022 de la profesional social de la Gerencia Integral de PROYECTA.
20. Oficio S-2022-4301-130675 del 22/04/2022.
21. Acta de comité de seguimiento técnico 5 del 22/04/2022.
22. Correo electrónico del 09/05/2022 del supervisor del contrato sobre la calidad de los informes de interventoría.
23. Oficio S-2022-4301-143918 del 09/05/2022.
24. Oficio S-2022-4301-143959 del 09/05/2022.
25. Correo del 10/05/2022 del área de planeación de Gerencia Integral PROYECTA.
26. Acta de audiencia de arreglo directo del 18 y 20/05/2022.
27. Correo y oficio S-2022-4301-156480 del 23/05/2022.
28. Acta de comité de seguimiento técnico 6 del 23/05/2022.
29. Correo electrónico del 31/05/2022, de la gerencia integral de PROYECTA.
30. Oficio S-2022-4301-165681 del 01/06/2022.
31. Correo electrónico del 02/06/2022 con remisión del oficio S-2022-4301-165681 del 01/06/2022.
32. Correo del 03/06/2022, del supervisor del contrato sobre programación auditorías.
33. Correo del 03/06/2022 de gerencia integral PROYECTA.
34. Correo del 03/06/2022, del supervisor del contrato sobre ajuste y cargue de soportes de maduración.
35. Correo electrónico del 06/06/2022 el supervisor del contrato a la fecha remite el oficio S-2022-4301-169764 del 06/06/2022.
36. Oficio S-2022-4301-169764 del 06/06/2022.
37. Oficio S-2022-4301-171853 fechado el 07/06/2022.
38. Correo del 13/06/2022 del área jurídica de proyecta.
39. Correo del 14/06/2022 el área de planeación de la gerencia integral de PROYECTA.
40. Correo electrónico del 16/06/2022, del supervisor del contrato.
41. Correo electrónico del 17/06/2022, del supervisor del contrato.
42. Correo electrónico del 22/06/2022, del supervisor del contrato.
43. Correo del 23/06/2022 de la gerencia integral de PROYECTA.
44. Correo electrónico del 27/06/2022 el supervisor del contrato para la fecha, remite a la gerencia integral el oficio S-2022-4301-195711 referido a solicitar a las interventorías los informes de aprobación de los ajustes a las maduraciones de las iniciativas contratadas.
45. Correo electrónico del 27/06/2022 el supervisor del contrato para la fecha, remite a la gerencia integral el oficio S-2022-4301-195712.
46. Oficio S-2022-4301-195712 del 27/06/2022.
47. Oficio S-2022-4301-206746 del 07/07/2022.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

48. Correo electrónico del 11/07/2022, y oficio S-2022-4301-208870 del 11/07/2022.
49. PRUEBAS_ADICIONALES_AUDIENCIA_19082022.
50. SOPORTES_SOLICITUD_AUDIENCIA_ASEGURADORA_21072022.
51. INFORME_SUPERVISION_SOLICITUD_AUDIENCIA_19072022.
52. S-2022-2100-320751_TRASLADO_PRUEBAS_ADICIONALES_01092022.
53. MATRIZ_PROCESOS_CONTRATACION_PROYECTA2_15122022.
54. RESULTADOS_REVISIONES_27072022.
55. CORREO_CREACION_USUARIOS_SGMO_15122021.
56. CORREO_ENTREGA_FICHAS_INICIATIVAS_20122021.
57. CERTIFICACION_MADURACIONES_PROYECTA_02022022.
58. ALCALA_VALLE_23082022.pdf
59. ALPUJARRA_TOLIMA_17082022.PDF
60. ALVARADO_CALDAS_VIEJO_TOLIMA_08082022.pdf
61. ALVARADO_TOLIMA_VARIOS_08082022.pdf
62. ANDALUCIA_19082022.pdf
63. ANSERMANUEVO_VALLE_23082022.pdf
64. BUENAVISTA_QUINDIO_11082022.pdf
65. CALARCA_10082022.pdf
66. CASABIANCA_TOLIMA_10082022.PDF
67. CIRCASIA_10082022.pdf
68. CORDOBA_QUINDIO_11082022.pdf
69. CUNDAY_TOLIMA_11082022.PDF
70. GENOVA_QUINDIO_10082022.pdf
71. GUADALAJARA_DE_BUGA_19082022.pdf
72. HERVEO_TOLIMA_10082022.PDF
73. LA_TEBAIDA_QUINDIO_11082022.pdf
74. LA_UNION_VALLE_22082022.pdf
75. LIBANO_TOLIMA_11082022.PDF
76. MARIQUITA_TOLIMA_11082022.PDF
77. MELGAR_TOLIMA_11082022.PDF
78. PIEDRAS_TOLIMA_08082022.pdf
79. PIJAO_QUINDIO_10082022.pdf
80. PLANADAS_TOLIMA_19082022.pdf
81. PURIFICACION_TOLIMA_10082022.PDF
82. QUIMBAYA_09082022.pdf
83. ROVIRA_TOLIMA_19082022.PDF
84. SALDAÑA_TOLIMA_09082022.pdf
85. SALENTO_10082022.pdf
86. VILLAHERMOSA_TOLIMA_11082022.PDF
87. VILLARICA_TOLIMA_22082022.PDF

7.2. Pruebas aportadas y solicitadas por el contratista

El contratista presentó como prueba los siguientes dieciocho (18) documentos digitales, que fueron allegados mediante correo electrónico del 18 de enero de 2023:

1. Citación.
2. Informe de supervisión-presunto incumplimiento.
3. Convocatoria 001 de 2020-Términos y Condiciones.
4. Convocatoria 001 de 2020- Requisitos Específicos.
5. Convocatoria 001 de 2020- Adenda 1.
6. Convocatoria 001 de 2020- Adenda 2.
7. Convocatoria 001 de 2020- Adenda 3.
8. Convocatoria 001 de 2020- Adenda 4.
9. Convocatoria 001 de 2020- Adenda 5.
10. Convocatoria 001 de 2020- Adenda 6.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

11. Manual de Contratación y Supervisión- DPS.
12. Clausulado Póliza de Seguros.
13. Informe ejecutivo resumen de maduración.
14. Cuadro en formato Excel donde reposa la información de los directores de obra e interventoría de cada uno de los proyectos.
15. Acta de arreglo directo.
16. Información financiera proyectos- Prórroga del contrato.
17. Correo electrónico del 16 de agosto-negativa en el recibo de informes.
18. Informe mensual 8 Proyecta.

Adicionalmente, el contratista solicitó del decreto y práctica de las siguientes pruebas:

1. Informe independiente que determinara las condiciones de entrega de las iniciativas a Proyecta.
2. Informe independiente que determinara las condiciones de ejecución física reales de cada uno de los contratos celebrados.
3. Oficio al IDEAM para que se aporte estudio respecto a las condiciones de pluviosidad de la zona de influencia de los proyectos, en comparación con años anteriores.
4. Prueba testimonial al gerente de Proyecta, Lucas Jaramillo, quien informaría sobre todos los acontecimientos que rodearon la ejecución contractual del Contrato 670 de 2021.
5. Prueba testimonial a los directores de interventoría y de obra de cada uno de los contratos celebrados, cuya información reposa en el Anexo 11.14. quienes informarían sobre todos los acontecimientos que rodearon la ejecución de los contratos de obra e interventoría respectivos de cada proyecto.
6. Prueba testimonial a Lina Marcela Roldán Prieto, profesional administrativa de Proyecta, quien informaría sobre todos los acontecimientos que rodearon la ejecución contractual del Contrato 670 de 2021.
7. Prueba testimonial a Jorge Iván Duque Jiménez, profesional planeación institucional de Proyecta, quien informaría sobre todos los acontecimientos que rodearon la ejecución contractual del Contrato 670 de 2021.
8. Prueba testimonial a Diana Carolina Rincón Bermúdez, profesional jurídica y de contratación de Proyecta al momento de los hechos, quien informaría sobre todos los acontecimientos que rodearon la ejecución contractual del Contrato 670 de 2021.
9. Prueba testimonial a Jaime Andrés Bejarano, profesional técnico y operativo de Proyecta al momento de los hechos, quien informaría sobre todos los acontecimientos que rodearon la ejecución contractual del Contrato 670 de 2021.
10. Prueba testimonial a Sandra Sánchez, gerente de la gerencia integral del proyecto 670 de Proyecta al momento de los hechos, quien informaría sobre todos los acontecimientos que rodearon la ejecución contractual del Contrato 670 de 2021.

7.3. Pruebas aportadas y solicitadas por la compañía garante

La compañía garante, por su parte, coadyuvó las pruebas documentales presentadas por el contratista, así como las solicitudes probatorias que éste realizó.

7.4. Decisiones probatorias

En relación con las pruebas presentadas y solicitadas por el contratista y su garante, así como las necesidades probatorias que la entidad consideró necesario realizar oficiosamente en el trámite contractual adelantado, el día 18 de enero de 2023 se profirió en audiencia auto de pruebas en el siguiente tenor literal:

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

«Se procede a proferir decisión sobre las solicitudes probatorias realizadas por el contratista y coadyuvadas por su garante. Sea lo primero acotar que el denominado derecho a la prueba no es un derecho absoluto, encontrando un límite referido, de un lado, a la finalidad misma de la prueba y, de otro lado, a la obligación de probar (onus probandi).

En relación con el primer elemento, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Quinta del 5 de marzo de 2015, proceso 2014-00111 C.P. Alberto Yepes Barreiro, ha establecido que «(...) la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa». Y precisamente en función de la capacidad que tienen las pruebas que sean presentadas y/o solicitadas de conducir a esa certeza o conocimiento de los hechos, es que el fallador realiza la valoración para determinar cuáles acepta o decreta y cuáles otras rechaza.

En otras palabras, es con fundamento en dicha capacidad de cada prueba, que se lleva a cabo el análisis de pertinencia, conducencia y utilidad para aceptarlas, rechazando aquellas que resultan impertinentes y/o superfluas o inútiles. De esta manera, el fallador no está obligado a aceptar y/o decretar todas las pruebas que le sean presentadas y/o solicitadas. Por el contrario, se encuentra revestido de la facultad discrecional de rechazar aquellas que, bajo su mirada jurídica no contribuyan a la certeza o conocimiento de los hechos que quiere probar aquella parte que las solicita.

Arribamos al segundo elemento aludido, se trata de la obligación que les asiste a las partes en relación con la responsabilidad probatoria (onus probandi), esto es la carga de la prueba, la cual se encuentra radicada en cabeza de quien alega el hecho que se quiere probar, adoptando el precepto romano que la carga de la prueba le corresponde al actor (onus probandi incumbit actori).

Hay que precisar entonces que, en atención a esa carga, quien alega la prueba no solo tiene la obligación de presentar y/o solicitar las pruebas de los hechos que alega, sino que además le asiste la de demostrar que dichos elementos materiales probatorios en efecto contribuyen para que el fallador alcance la certeza o conocimiento de los hechos que se pretende probar, con el fin de posibilitar el correspondiente análisis de conducencia, pertinencia y utilidad.

A la luz de lo anterior, entrando en las solicitudes probatorias concretas, se precisa que éstas se encuentran reguladas por el régimen general establecido en el Título Único de la Sección Tercera del Libro Primero de la Ley 1564 de 2012.

Así las cosas, en relación con los documentos anunciados y aportados por el contratista, los cuales han sido individualizados en la presente diligencia, por encontrarlos conducentes, pertinentes y útiles, se ordena la incorporación de dichos documentos en calidad de pruebas al expediente.

En relación con las pruebas solicitadas como «**informes independientes**» se debe advertir que, pese a dicha denominación, tal solicitud no se enmarca dentro de la prueba por informe de que trata el artículo 275 de la Ley 1564 de 2012, que indica que «(...) a petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe (...)». Claramente los informes solicitados no resultarían de archivos y registros de quien rinde el informe.

Los informes solicitados, por tanto, se enmarcan claramente dentro de la prueba pericial de que trata el artículo 226 de la precitada norma, que indica que «(...) la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (...)». Por tanto, debe tenerse en consideración que, respecto de los requisitos de esta prueba el artículo 227 de la Ley 1564 de 2012 establece que «(...) la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo (...)».

A la luz de lo anterior, claramente en este caso no se ha cumplido con el referido requisito, toda vez que el contratista no aporta los dictámenes solicitados en la oportunidad debida, que no es otra que durante los pronunciamientos, y tampoco acredita que el término para aportarlos haya sido insuficiente.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

Por lo anterior, los informes independientes solicitados se deniegan.

En relación con el informe del IDEAM sobre las condiciones de pluviosidad en las zonas de ejecución de los proyectos, la cual sí se enmarca dentro de lo que es una prueba por informe, se encuentra que no se ha indicado de manera concreta los hechos que se pretende probar, toda vez que se indica de manera general que se trata de las condiciones de pluviosidad en las zonas de los proyectos respecto de años anteriores, sin indicar de manera precisa y concreta la delimitación temporal para el análisis comparativo.

En relación con el testimonio del representante legal de Proyecta, se debe señalar que el procedimiento establecido en el numeral 5.2. del clausulado de condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. indica expresamente en su literal B) que la oportunidad para intervenir del representante legal del contratista es durante los pronunciamientos. Sin embargo, de manera libre y voluntaria éste delegó en su apoderada esa facultad, como también lo autoriza la precitada estipulación del contrato de seguro.

En cuanto a los testimonios de LINA ROLDÁN, SANDRA SÁNCHEZ, DIANA RINCÓN, JAIME BEJARANO, JORGE DUQUE y todos los directores de obra de interventoría de los proyectos, debe tenerse en consideración que el artículo 212 de la Ley 1564 de 2012 indica expresamente que «(...) cuando se pidan testimonios deberá (...) enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba (...)». La expresión genérica usada en la petición de los testimonios, al tenor de la cual éstos versarán sobre «(...) todos los acontecimientos que rodearon la ejecución de los contratos de obra e interventoría respectivos de cada proyecto (...)», no cumple con ese requisito de concreción.

Por lo anterior, se deniega la práctica de todos los testimonios solicitados.

Por considerarlo conducente, pertinente y útil, haciendo uso de la facultad oficiosa que le concede el literal D) del numeral 5.2. del clausulado de condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., por considerarlos conducentes, pertinentes y útiles, decreta la práctica de los siguientes testimonios:

El de Jorge Iván Duque Jiménez, para que en su calidad de profesional planeación institucional de Proyecta, se pronuncie exclusivamente sobre los aspectos de planeación relacionados específicamente con los incumplimientos reprochados por la supervisión al contratista.

El de Jaime Andrés Bejarano, para que en su calidad de profesional técnico y operativo de Proyecta al momento de los hechos, se pronuncie exclusivamente sobre los aspectos de técnicos y operativos relacionados específicamente con los incumplimientos reprochados por la supervisión al contratista.

El de Sandra Sánchez, para que en su calidad de gerente del proyecto se pronuncie exclusivamente sobre los aspectos de administrativos y financieros relacionados específicamente con los incumplimientos reprochados por la supervisión al contratista.

Se indica al contratista que por encontrarse en mejor disposición, deberá garantizar la concurrencia de los testigos.

Las anteriores decisiones se notifican en estrado y contra ellas no procede solicitud de reconsideración».

8. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES PARA ADOPTAR LA DECISIÓN CONTRACTUAL

Con fundamento en el informe de supervisión, los descargos presentados y las pruebas allegadas en el marco del presente trámite contractual, se lleva a cabo el análisis probatorio y se realizan las consideraciones jurídicas y contractuales que se exponen a continuación, con el fin de adoptar la decisión correspondiente.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021****8.1. La naturaleza contractual del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021**

Previo a adentrarse en el análisis del estado de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, una vez finalizado el plazo contractual, se hará una precisión en relación con la naturaleza contractual de dicho contrato, como quiera que el contratista ha alegado que en realidad se trata de un convenio interadministrativo de los establecidos en la Ley 489 de 1998; al respecto, es necesario entonces acotar la diferencia que hay entre uno y otro tipo de acuerdo de voluntades.

En relación con los convenios interadministrativos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en múltiples oportunidades ha aludido a tal noción de convenios interadministrativos¹, siguiendo para tal efecto la jurisprudencia de la Sección Tercera de esa misma alta corporación², indicando que es posible sostener la existencia de convenios interadministrativos en virtud del deber de colaboración entre entidades estatales, siempre y cuando su objeto no lo constituyan obligaciones de contenido patrimonial. Precisamente, una de las formas de concretar el mandato constitucional de colaboración interinstitucional es la celebración de convenios interadministrativos, tal como lo establece el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 que señala lo siguiente:

«Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro» (subrayado por fuera del texto original).

Como se observa, el elemento distintivo de los convenios interadministrativos lo constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto de la cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales; «(...) se da pues un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias»³. Así pues, se habla de cooperación porque la entidad pública celebra el convenio «(...) cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas»⁴. Esa finalidad común y ánimo de cooperación se da en el ámbito de un paralelismo de intereses, por lo que no existe preeminencia del contratante respecto del contratista, sino más bien las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

En contraste, los contratos interadministrativos ostentan un contenido eminentemente patrimonial y, a diferencia de la relación de paridad que se observa en los convenios interadministrativos, observan una relación disímil entre las partes; ambos elementos característicos son considerados en la definición del propio Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil:

«(...) En este orden de ideas, por lo pronto, la Sala quiere enfatizar que un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.

De manera que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad»⁵.

En consecuencia, los convenios y los contratos interadministrativos, se distinguen por su naturaleza y finalidad. Ambas figuras son especies del género contrato estatal que como nota común tienen la de ser

¹ Al respecto pueden verse los Conceptos 2238 y 2269 de 2015 y muy especialmente el Concepto 2257 del 16 de junio de 2016, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas.

² Al respecto pueden verse, entre otras, las Sentencias 17860 del 23 de junio de 2010, radicación 1998-00261, Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez; 35735 del 24 de mayo de 2018, radicación 2006-00197, Magistrado Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera; y 57822 del 21 de mayo de 2021, radicación 2015-01315, Magistrado Ponente José Roberto Sáchica Méndez.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto 2257 del 16 de junio de 2016, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre dos entidades estatales (artículo 2, numeral 1, de la Ley 80 de 1993) y de ahí la locución formal «interadministrativos». De esos acuerdos unos tienen por objeto y finalidad «constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio y, por lo mismo, son contratos, y otros, son «acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad» celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) que no involucran una interlocución negocial fundada en un carácter patrimonial, los cuales conformarían la especie convenios»⁶.

Esta definición resulta concordante con lo señalado de manera general para el contrato en los artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, que indican que éste está dirigido a crear una relación jurídica obligacional, la cual incide en la esfera patrimonial de las partes que la conforman, aspecto que lleva a la doctrina a resaltar el carácter patrimonial y económico del contrato estatal, dada su conmutatividad y onerosidad.

En conclusión, los contratos interadministrativos comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para este caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los convenios interadministrativos que son acuerdos que permite la autonomía de la voluntad celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación negocial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses. Así las cosas, como también lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, lo determinante para predicar que un acuerdo de voluntades entre entidades públicas es un contrato interadministrativo o un convenio interadministrativo, resulta ser su naturaleza contractual, independientemente de su nominación o la literalidad en la que se encuentra establecido su objeto.

A la luz de lo anterior, de una revisión del clausulado del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 se puede inferir inequívocamente que se trata en efecto de un contrato y no de un convenio como pretende el contratista. En sus cláusulas 1) y 2) se establecen el objeto y su alcance, así como en la cláusula 5.2, que establece las obligaciones del contratista, se evidencia que no existe una relación de paridad entre PROPERIDAS SOCIAL y PROYECTA, como quiera que no se vislumbra en él una cooperación para prestar servicios de manera conjunta en atención a la realización de un interés común. Por el contrario, la forma en que ha quedado establecido en las cláusulas 6) y 7) el valor del contrato y la forma de desembolsos, evidencian que se trata claramente de la fijación de un precio a cargo de la entidad contratante y en favor de la entidad contratista, y la forma como éste será pagado por aquella a ésta última. Es decir, se refleja un interés eminentemente patrimonial de PROYECTA y, si bien ésta realiza un aporte de su propio pecunio, no puede entenderse éste como un aunamiento de esfuerzos.

En consecuencia, contrario a lo que pretende el contratista, claramente estamos ante un típico contrato interadministrativo que, adicionalmente, por realizarse su ejecución con recursos del Fondo de Inversión para la Paz, se encuentra regulado por el régimen privado de contratación al tenor de lo establecido en el inciso cuarto del artículo 8° de la Ley 487 de 1998. Tal talente será determinante en el análisis venidero, el cual debe realizarse entonces en el marco de la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes.

8.2. La existencia de obligaciones incumplidas

Tal como se mencionó en el numeral 1.5, en síntesis, los presuntos incumplimientos que se reprochan a PROYECTA en relación con el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, relacionados con las obligaciones establecidas en el numeral 5.2.1. OBLIGACIONES GENERALES, el numeral 5.2.2. OBLIGACIONES ASOCIADAS CON LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS y el numeral 5.2.3 OBLIGACIONES ASOCIADAS CON LA EJECUCIÓN DE LA INTERVENTORÍA, son los siguientes:

1. En el componente de obra PROYECTA no llegó a realizar la entrega de la obra en ninguno de los treinta (30) proyectos objeto del contrato.

⁶ Ibid.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021**

2. En el componente de interventoría PROYECTA no entregó informes completos en ninguno de los treinta (30) proyectos.
3. PROYECTA incumplió el primer compromiso adquirido en el trámite contractual de arreglo directo llevado a cabo los días 18 y 20 de mayo de 2022, consistente en tener ejecutado el 55% de la reserva presupuestal del contrato para el día 15 de julio de 2022, requisito para el cumplimiento de los demás compromisos, tanto por parte del contratista como por parte de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP.
4. El contratista no realizó el cierre y liquidación de ninguno de los contratos de obra e interventoría derivados del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021.
5. El avance de ejecución del contrato logrado por PROYECTA solo permitió un pago por valor de CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS (\$132.709.416) M/CTE, que corresponden al 0,27% del valor del contrato, quedando por ejecutar recursos equivalentes al 99,73%.

En relación con el análisis probatorio se advierte que se le otorga pleno valor probatorio al informe de supervisión y todos sus anexos, el cual fue allegado mediante el memorando M-2022-4301-065152 del 16 de diciembre de 2022. En primer lugar, por cuanto el supervisor del contrato es el funcionario designado por PROSPERIDAD SOCIAL – FIP precisamente para llevar a cabo la vigilancia, seguimiento y control de su ejecución, siguiendo para tal efecto los procedimientos de verificación establecidos tanto por la entidad como en el propio contrato. En segundo lugar, porque el informe de supervisión se encuentra revestido de toda la legitimidad e idoneidad técnica, toda vez que, se estructuró a partir del estricto análisis de las evidencias y soportes resultantes de la ejecución del contrato, las cuales son aportadas por el propio contratista. En tercer lugar, porque durante el presente trámite contractual PROYECTA no llegó nunca a controvertir la validez probatoria del referido informe y, por el contrario, lo incluyó dentro de sus propias pruebas ratificando la vocación probatoria del documento.

En cuanto a las pruebas documentales allegadas por el contratista, se incluyó dentro de éstas la citación y el informe de supervisión, las cuales claramente son pruebas de cargo y, por ende, no pueden ser esgrimidas como pruebas de descargo. Presentó igualmente como prueba documental los términos y condiciones de la convocatoria 001 de 2020, sus seis (6) adendas y sus requisitos específicos, el Manual de Contratación y Supervisión de la entidad y el clausulado de la Póliza Entidades Públicas con Régimen de Contratación Privada las cuales no pueden ser tenidas como pruebas de los hechos de ejecución del contrato, como quiera que son previos a ésta; la finalidad probatoria que le otorga el contratista es para acreditar la configuración de la excepción de contrato no cumplido y/o la falta de requisitos para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, razón por la cual serán consideradas en la correspondiente oportunidad.

El contratista aportó igualmente un archivo en formato excel con la información de los interventores de cada uno de los contratos de obra derivados, contratados por él mismo, así como de los supervisores asignados por PROYECTA a cada uno de éstos. Este documento tampoco tiene valor probatorio sobre los hechos de la ejecución del contrato, pues solo fue presentado para efectos de precisar la identidad de unos testimonios que se solicitaban y que fueron justificadamente denegados.

Así las cosas, las pruebas aportadas y solicitadas por el contratista con idoneidad para proveer información sobre los hechos de ejecución del contrato, son las siguientes:

- Informe ejecutivo resumen de maduración emitido por PROYECTA.
- Acta de arreglo directo suscrita por María Fernanda Martínez Sarmiento, en calidad de Subdirectora de Contratación de Prosperidad Social, y Pablo César Herrera Correa, en calidad de Gerente General del PROYECTA.
- Información financiera proyectos- Prórroga del contrato.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

- Correo electrónico del 16 de agosto, de Juan Carlos Murillo Primero en calidad de supervisor del contrato, dirigido a Sandra Patricia Sánchez Cañas en calidad de gerente del proyecto por parte de PROYECTA, en la que aquel se niega a recibir el informe mensual 8 enviado por ésta.
- Informe mensual 8 Proyecta suscrito por Sandra Patricia Sánchez Cañas en calidad de gerente del proyecto por parte de PROYECTA.
- Testimonio de Sandra Patricia Sánchez Cañas en calidad de gerente del proyecto por parte de PROYECTA.
- Testimonio de Jorge Iván Duque Jiménez en calidad de profesional de planeación institucional de PROYECTA.
- Testimonio de Jaime Andrés Bejarano López en calidad de profesional técnico y operativo de PROYECTA.

En cuanto a la idoneidad y alcance probatorio de los documentos, debe comenzar por indicarse que, en lo que tiene que ver con la acreditación de la ejecución de las obligaciones del contrato, a falta de interventoría, ésta debe encontrarse avalada por la supervisión, toda vez que ésta es quien se encuentra facultada contractualmente para tal efecto, de acuerdo con lo pactado por las partes en su cláusula 11), que indica lo siguiente:

«11. Supervisión:

La supervisión del presente contrato será ejercida por el Asesor/Coordinador del GIT de Infraestructura Social y Hábitat, o quien designe la Subdirección de Contratación, previa solicitud del área técnica.

11.1. Funciones del Supervisor:

Además de las funciones asignadas por la normatividad vigente, serán funciones del supervisor:

- a) Certificar el cumplimiento del objeto contratado, dentro de las condiciones exigidas;
- b) Revisar y aprobar los informes de actividades que deba rendir la **GERENCIA INTEGRAL**;
- c) Autorizar con su firma los pagos que deban efectuarse a la **GERENCIA INTEGRAL**.

(...)» (subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, no es procedente aceptar avances de ejecución que no hayan sido debidamente avalados por el supervisor del contrato, por cuanto ello desborda la competencia de esta subdirección, por lo que aceptarlo así implicaría desconocer lo pactado contractualmente por las propias partes sobre la función de supervisión. En consecuencia, el valor probatorio de los documentos que han sido presentados por el contratista como prueba, depende de manera determinante de que éstos hayan sido debidamente revisados y aprobados por la supervisión del contrato.

A la luz de lo anterior, no puede otorgársele eficacia probatoria alguna a los documentos denominados «**Informe ejecutivo resumen de maduración**», «**Información financiera proyectos- Prórroga del contrato**» e «**Informe mensual 8 Proyecta**». Los dos primeros adolecen de ausencia de fecha y firma y no se presenta evidencia de que hayan sido presentados a la supervisión y se encuentren debidamente avalados por ésta, mientras que del último se tiene evidencia de que no fue recibido y avalado por la supervisión por no haber sido entregado en debida forma, es decir, por fuera del plazo contractual, tal como queda evidenciado en el correo electrónico del 16 de agosto de 2022, dirigido por el supervisor al contratista, el cual fue también aportado como prueba por el propio contratista. El contratista no aportó evidencia alguna de que alguno de los anexos que conforman ese informe haya sido entregado previamente a la supervisión y que ésta lo haya avalado.

En lo atinente al acta de arreglo directo y los testimonios de Sandra Patricia Sánchez Cañas, Jorge Iván Duque Jiménez y Jaime Andrés Bejarano López, se les otorga pleno valor probatorio, limitando eso sí su eficacia al alcance de su contenido.

Adentrándose entonces en este marco probatorio, al análisis para determinar si hubo o no obligaciones

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

incumplidas durante la ejecución del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, el primer punto de controversia a resolver es el relacionado con la ejecución del componente de obra de la gerencia integral. Al respecto el contrato establece lo siguiente en su numeral 3.1.2:

«3.1.2. Componente 2: Seguimiento, control y ejecución de los proyectos

Durante la ejecución de las obras, la Gerencia Integral será representante de los intereses y objetivos de **PROSPERIDAD SOCIAL - FIP** y para tal efecto, dará cumplimiento a las obligaciones señaladas en el presente documento.

La **GERENCIA INTEGRAL** exigirá al contratista de obra e interventor, una vez se suscriba el acta de inicio, comenzar los trabajos dentro de los términos y condiciones establecidos en el respectivo contrato y en cumplimiento de la programación definida para cada proyecto. Para el inicio de aquellas actividades que requieran permisos y/o autorizaciones ambientales y/ urbanísticas, deberá gestionar hasta su obtención previamente.

(...)

De igual forma, la **GERENCIA INTEGRAL** vigilará junto con la interventoría, que el Contratista de Obra cumpla con la programación de obra establecida y aprobada, aplicando los mecanismos que contractualmente determine para conminarlo en caso de incumplimiento (planes de contingencia, aplicación de Apremio y/o Pecuniaria, entre otras que deberán establecerse en el Contrato de Obra). La programación de obra, en todo caso, debe encontrarse en consonancia con lo determinado en los estudios y diseños aportados por las Entidades Territoriales.

(...)

La **GERENCIA INTEGRAL** y la Interventoría contratada, cada una en el marco de su competencia, desarrollarán el seguimiento al avance físico - financiero y presupuestal del (los) contratos (s) de obra de acuerdo con el cronograma de obra, incluidas las medidas ambientales de tal manera que si se detectan atrasos e Incumplimientos parciales o totales se requiera oportunamente al Contratista y de ser procedente, se inicien los procesos sancionatorios establecidos en la normatividad vigente.

(...)

La **GERENCIA INTEGRAL** y la Interventoría contratada realizarán el reporte en la periodicidad y aplicativo que defina **PROSPERIDAD SOCIAL - FIP**, para el cual deberán actualizar la Información de acuerdo con el avance de cada uno de los proyectos (...).

Adicionalmente, en su numeral 5.2.2 el contrato establece las siguientes obligaciones asociadas con la ejecución de las obras:

«5.2.2 OBLIGACIONES ASOCIADAS CON LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

Serán obligaciones asociadas de la ejecución de las obras de los proyectos que se asignen, a cargo de la GERENCIA INTEGRAL o del (los) contratista (s) de obra que seleccione, según aplique, las siguientes:

(...)

3. Obligar que el(los) Contratista(s) de Obra implemente(n) todos los frentes de obra que sean necesarios para la ejecución de(los) proyectos.

(...)

16. A través de sus contratistas de obra, elaborar y presentar conjuntamente con el interventor, las actas parciales de obra, de entrega final y de liquidación.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

(...)

18. Adelantar las liquidaciones de los contratos de obra que suscriba en virtud de la Gerencia Integral.

(...)

24.3. Cumplir con el avance de obra conforme el plan que defina la **GERENCIA INTEGRAL** el cual debe contar con un cronograma que se desarrolle en el marco del plazo de ejecución previsto en el presente contrato, en apego a los estudios y diseños aportados por las Entidades Territoriales, y demás documentos que hayan sido expedidos por **PROSPERIDAD SOCIAL - FIP**. Será exclusivamente responsabilidad de la **GERENCIA INTEGRAL** las actuaciones que adelante y superen el marco del presente contrato, en cuanto a sus plazos y condiciones.

(...)».

Al tenor de lo anterior, es claro que constituía una obligación contractual de PROYECTA asegurar la ejecución de total de las actividades de obra establecidas en cada municipio, de manera tal que se garantizara realizar la entrega de las obras totalmente terminadas en todos los treinta (30) proyectos establecidos en el contrato.

En sus pronunciamientos y explicaciones ni el contratista ni muchos menos la compañía garante, llegaron a controvertir lo acreditado en el informe de supervisión en relación con la entrega de obras y/o el avance en las intervenciones establecidas contractualmente. De un lado, nunca probaron que PROYECTA haya entregado la obra en alguno de los treinta (30) proyectos y, de otro lado, en relación con las intervenciones realizadas en cada municipio, el contratista intenta desvirtuar la información de no intervención o de intervención incompleta que se presenta en dicho informe, mediante lo consignado en el «**Informe mensual 8 Proyecta**», en el que se anexan informes presentados por los contratistas de obra de los municipios del departamento de Tolima y del municipio de Alcalá en el departamento de Valle del Cauca. Sin embargo, como se presionó, no pude otorgársele eficacia probatoria ya que el contratista no aportó evidencia que permita inferir que tales informes fueron conocidos previamente por la supervisión y avalados por ella.

Ahora bien, se han analizado dentro de los anexos del informe de supervisión las siguientes pruebas documentales:

- ALCALA_VALLE_23082022.pdf.
- ALPUJARRA_TOLIMA_17082022.PDF.
- ALVARADO_CALDAS_VIEJO_TOLIMA_08082022.pdf.
- ALVARADO_TOLIMA_VARIOS_08082022.pdf.
- ANDALUCIA_19082022.pdf.
- ANSERMANUEVO_VALLE_23082022.pdf.
- BUENAVISTA_QUINDIO_11082022.pdf.
- CALARCA_10082022.pdf.
- CASABIANCA_TOLIMA_10082022.PDF.
- CIRCASIA_10082022.pdf.
- CORDOBA_QUINDIO_11082022.pdf.
- CUNDAY_TOLIMA_11082022.PDF.
- GENOVA_QUINDIO_10082022.pdf.
- GUADALAJARA_DE_BUGA_19082022.pdf.
- HERVEO_TOLIMA_10082022.PDF.
- LA_TEBAIDA_QUINDIO_11082022.pdf.
- LA_UNION_VALLE_22082022.pdf.
- LIBANO_TOLIMA_11082022.PDF.
- MARIQUITA_TOLIMA_11082022.PDF.
- MELGAR_TOLIMA_11082022.PDF.
- PIEDRAS_TOLIMA_08082022.pdf.
- PIJAO_QUINDIO_10082022.pdf.
- PLANADAS_TOLIMA_19082022.pdf.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021**

- PURIFICACION_TOLIMA_10082022.PDF.
- QUIMBAYA_09082022.pdf.
- ROVIRA_TOLIMA_19082022.PDF.
- SALDAÑA_TOLIMA_09082022.pdf.
- SALENTO_10082022.pdf.
- VILLAHERMOSA_TOLIMA_11082022.PDF.
- VILLARICA_TOLIMA_22082022.PDF.

Dichos documentos son los informes de las visitas realizadas por la supervisión en el mes de agosto de 2022, una vez finalizado el plazo del contrato, en los cuales se evidencia que, tal como lo indica el informe de supervisión, PROYECTA no realizó intervención alguna en los proyectos de los municipios de Buenavista, Calarcá, Circasia, Córdoba, Génova, La Tebaida, Pijao, Quimbaya y Salento, en el departamento de Quindío, así como tampoco en Casabianca, Herveo, Planadas, Villa Hermosa, Alpujarra, Alvarado, Melgar, Piedras, Purificación, Saldaña y Villarrica, en el departamento de Tolima, y Andalucía en el departamento de Valle del Cauca; en total veintiún (21) proyecto. Así mismo se evidencia que PROYECTA realizó algunas intervenciones en los proyectos de los municipios de Alvarado, Líbano, Rovira, Cunday y San Sebastián de Mariquita, en el departamento de Tolima, Alcalá, Ansermanuevo, Guadalajara de Buga y La Unión, en el departamento de Valle Del Cauca; en total nueve (9) de los treinta (39) que debían realizar. Sin embargo, estos avances nunca fueron reportados de manera oportuna al supervisor durante el plazo de ejecución del contrato, a través de los correspondientes informes presentados en las condiciones formales establecidas contractualmente para tal efecto, con lo cual el propio contratista privó a la supervisión de la oportunidad de aprobarlos.

En consecuencia, el contratista no llegó a desvirtuar las pruebas presentadas por la supervisión en relación con el componente de obra y, por tanto, se encuentra probado que PROYECTA no realizó la entrega de las obras en ninguno de los treinta (30) proyectos objeto del contrato.

En lo que tiene que ver con la entrega de informes como parte de las obligaciones del componente de interventoría de la Gerencia Integral, el contrato establece lo siguiente en su cláusula 8):

«8) Informes:

En desarrollo de la ejecución del Contrato, la **GERENCIA INTEGRAL** deberá presentar los siguientes informes periódicos, en los términos que más adelante se indican.

La **GERENCIA INTEGRAL** deberá prever la entrega de informes de ejecución, seguimiento y control a los proyectos asignados acordes a los niveles de ejecución del contrato, es decir presentará los informes pertinentes por cada proyecto y los necesarios que den cuenta de la ejecución global del contrato interadministrativo; así las cosas los Informes mínimos requeridos según los niveles de ejecución, sin que ello implique que **PROSPERIDAD SOCIAL - FIP** no pueda solicitar Informes adicionales que permitan tener claridad de la situación de ejecución parcial o total del contrato, son:

8.1. INFORMES SEMANALES

Estos Informes corresponderán a los Informes semanales que expida la Interventoría, y deberán presentarse por cada Proyecto con la información que se acuerde con **PROSPERIDAD SOCIAL - FIP**.

El modelo de presentación será definido en conjunto entre la **GERENCIA INTEGRAL** y **PROSPERIDAD SOCIAL - FIP**.

8.2. INFORMES MENSUALES

La **GERENCIA INTEGRAL**, dentro de los diez (10) primeros días del mes vencido, deberá radicar, ante la supervisión designada para el contrato interadministrativo por parte de **PROSPERIDAD SOCIAL - FIP**, un Informe en el que se determine el estado de ejecución del mismo. Se deja claro que este Informe lo elaborará directamente la GERENCIA INTEGRAL, y será independiente de los informes mensuales que

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

presente la Interventoría para cada proyecto.

En este Informe, además, se Incluirá Información particular de cada uno de los proyectos que se encuentren en ejecución en el respectivo periodo.

Estos informes deberán discriminar para cada proyecto, aspectos de evolución de los procesos de ejecución física y presupuestal, principalmente, de conformidad con los modelos de Informe que sean acordados con PROSPERIDAD SOCIAL - FIP.

El informe de que trata este numeral, deberá contener los apartes que de forma escrita acuerde con el supervisor designado por PROSPERIDAD SOCIAL - FIP.

(...)

Adicionalmente, la interventoría deberá presentar mensualmente Informes por cada Proyecto asignado, en donde se incluirá información particular de cada uno de uno de los contratos de obra que se encuentren en ejecución.

(...)» (subrayado por fuera del texto original).

En relación con la presentación de informes por parte de PROYECTA, se otorga pleno valor probatorio al documento denominado «**Resultados de revisión informes**», adjunto al informe de supervisión y que fue elaborado con fundamento en los siguientes anexos remitidos por la gerencia integral proyecta el 26/07/2022 hasta el día 30/07/2022:

- 05-07-2022 SPC-AVANCE TECNICO DE OBRA SIN SUPERVISION-CORREO.pdf.
- 06-07-2022 SPC-SUSPENSION ACTIVIDADES DE OBRA-CORREO.pdf.
- 08-07-2022 ACTA MESA DE ARREGLO DIRECTO.pdf.
- 12-05-2022 SPC-017-2022-001.pdf.
- 12-05-2022 SPC-017-2022-001-CORREO.pdf.
- 12-05-2022 SPC-017-2022-002.pdf.
- 12-05-2022 SPC-017-2022-002-CORREO.pdf.
- 12-05-2022 SPC-017-2022-003.pdf.
- 12-05-2022 SPC-017-2022-003-CORREO.pdf.
- 14-06-2022 CORREO 001.pdf.
- 14-06-2022 CORREO 001-2.pdf.
- 14-06-2022 CORREO 001-2-CORREO.pdf.
- 16-07-2022 SPC-017-2022-007.pdf.
- 16-07-2022 SPC-017-2022-007-CORREO.pdf.
- 16-07-2022-CORREO 002-solicitud suspensión.pdf.
- 16-07-2022-CORREO 002-solicitud suspension-CORREO.pdf.
- 21-07-2022 SPC-017-2022-008.pdf.
- 21-07-2022 SPC-017-2022-008-CORREO.pdf.
- 28-06-2022 SPC-C017-2022-03.pdf.
- 28-06-2022 SPC-C017-2022-03-CORREO.pdf.
- 29-05-2022 SPC-017-2022-005.pdf.
- 29-06-2022 SPC-017-2022-005-CORREO.pdf.
- 29-06-2022 SPC-C0-017-2022-006.pdf.
- 29-06-2022 SPC-C0-017-2022-006-CORREO.pdf.
- 29-06-2022 SPC-C017-2022-004.pdf.
- 30-06-2022_ acta de arreglo directo para firma.pdf.

En dicho acervo documental se evidencia que PROYECTA solo entregó un informe del supervisor de la gerencia integral sobre los proyectos de los municipios de Alpujarra, Alvarado, Melgar, Piedras y Saldaña, en el departamento de Tolima, mientras que, en el proyecto del municipio de Andalucía en el departamento del Valle

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

del Cauca, no entregó ninguno de los informes establecidos contractualmente. En los demás proyectos, el contratista entregó alguno de los informes a los que estaba obligado, pero éstos no atendían las especificaciones establecidas en el Manual de Contratación y Supervisión de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP, y en el Sistema de Gestión de la Calidad KAWAK.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en la precitada cláusula 8), no resulta cierta la alegación del contratista según la cual en el contrato no se especificó que existiera una fecha o tiempo límite para el cumplimiento de tal obligación, como tampoco es de recibo que pueda reputarse como cumplida totalmente la obligación de entrega de informes con el informe presentado por PROYECTA el 2 de febrero de 2022, cuya entrega en efecto se encuentra probada pero no así su eficacia para suplir la totalidad de la obligación contractual sobre los informes. Se evidencia además que el propio contratista acepta que incumplió con esta obligación al indicar expresamente que presentó «(...) todos los informes que estaban pendientes (...)» a través de una comunicación de correo electrónico del 16 de agosto de 2022, es decir, por fuera del plazo contractual. En relación con los argumentos presentados por el contratista sobre la cuestión del vencimiento del plazo como evento que genera mora obligacional pero no extinción de las obligaciones debe indicarse precisamente que lo que se debate aquí es si hubo o no mora en la obligación y no si su exigibilidad se ha extinguido.

En consecuencia, el contratista no llegó a desvirtuar las pruebas presentadas por la supervisión en relación con el componente de interventoría y, por tanto, se encuentra probado que PROYECTA no llegó a entregar los informes completos en ninguno de los treinta (30) proyectos.

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de los compromisos adquiridos durante el trámite contractual de arreglo directo llevado a cabo los días 18 y 20 de mayo de 2022, el contratista ha alegado que sí cumplió el primer compromiso consistente en tener ejecutado el 55% de la reserva presupuestal del contrato para el día 15 de julio de 2022, como quiera que para esa fecha llevaba un porcentaje de ejecución del 65.8% de la reserva presupuestal que debía estar invertida a esa fecha equivalente a \$6.546.048.520. La acreditación de este hecho pretende realizarla el contratista mediante el documento denominado “Información financiera proyectos-Prórroga del contrato”, mediante el que PROYECTA ha pretendido mostrar el análisis de ejecución financiera del contrato tal y como fue presentada a la entidad contratante de cara a la prórroga que las partes habían establecido, así como con el “Informe mensual 8 Proyecta”, específicamente con los “Formatos de seguimiento al avance del contrato de obra” que obran en el folio 302, en relación con el municipio de Alcalá en el departamento de Valle del Cauca, y los folios 505, 646, 748, 789 y 950 a 952, en relación con los municipios del departamento de Tolima.

Al respecto, se reitera lo ya indicado sobre la ausencia de eficacia probatoria de dichos documentos, pero adicionalmente es pertinente advertir que los referidos **«Formatos de seguimiento al avance del contrato de obra»**, si bien ostentan la firma de la interventoría, no se encuentran firmados por el supervisor designado por la propia PROYECTA en cada caso, por lo que no resulta de recibo que el contratista pretenda hacer valer documentos que él mismo no ha avalado.

En consecuencia, el contratista no llegó a desvirtuar las pruebas presentadas por la supervisión en relación con los compromisos derivados del trámite contractual de arreglo directo llevado a cabo los días 18 y 20 de mayo de 2022 y, por tanto, se encuentra probado que PROYECTA incumplió el primer compromiso adquirido en dicho trámite, consistente en tener ejecutado el 55% de la reserva presupuestal del contrato para el día 15 de julio de 2022, el cual era requisito para el cumplimiento de los demás compromisos, tanto por parte del contratista como por parte de PROSPERIDAD SOCIAL – FIP.

Las anteriores razones permiten afirmar igualmente que el contratista tampoco llegó a desvirtuar las pruebas presentadas por la supervisión sobre el avance de ejecución del contrato, por lo cual lo único que puede predicarse como tal es el pago que le realizó la entidad por valor de CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$132.709.416) M/CTE, que corresponden al 0,27% del valor del contrato, quedando por ejecutar recursos equivalentes al 99,73%. Así las cosas, se encuentra probado que PROYECTA incumplió en su obligación de ejecutar la totalidad del valor del contrato.

Finalmente, en cuanto al cierre y liquidación de los contratos de obra e interventoría derivados del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, el contratista no solo no desvirtúa el reproche de incumplimiento realizado

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

por la supervisión, sino que lo acepta de forma expresa, si bien alega la configuración de un eximente de responsabilidad que será analizado más adelante. En consecuencia, se encuentra probado que PROYECTA incumplió con dicha obligación.

Lo que si logra desvirtuarse con todo lo anterior es la afirmación del contratista en el sentido de que supuestamente PROSPERIDAD SOCIAL – FIP no llegó a demostrar que PROYECTA incumplió el contrato y le estaría otorgando de manera improcedente la carga probatoria del cumplimiento. Claramente la entidad ha acreditado que hubo incumplimiento por parte del contratista, razón por la cual es él a quien le corresponde probar que concurrieron causas extrañas eximentes de su responsabilidad.

8.3. La excepción de contrato no cumplido

Sin duda el alegato principal de PROYECTA, al cual incluso se enfocaron los testimonios que presentó como pruebas, es que en relación con la exigibilidad de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 se presenta la «excepción de contrato no cumplido». El fundamento para tal alegación es que el estado en que PROSPERIDAD SOCIAL – FIP le entregó al contratista los treinta (30) proyectos objeto del contrato no se encontraban en fase III de maduración, tal como estaba establecido en la convocatoria 001 de 2020, que dio origen al contrato, y que no contaban ni siquiera con los insumos mínimos exigidos en ella. Por tal razón, el contratista indica que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la excepción de contrato no cumplido, PROSPERIDAD SOCIAL – FIP no está en capacidad de exigir el pago de la cláusula penal pactada en el contrato por cuanto la entidad no cumplió tampoco con sus obligaciones contractuales, ya que incumplió su obligación de proporcionar a la gerencia los proyectos en el grado de maduración exigido en la referida convocatoria.

Al respecto debe tenerse en consideración, en primer lugar, lo establecido en el artículo 1609 del Código Civil en el siguiente tenor literal:

«ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos».

Con fundamento en esta estipulación legal, la Corte Suprema de Justicia ha establecido los siguientes requisitos para reputar configurada la excepción de contrato no cumplido⁷:

- ✓ Que exista un contrato sinalagmático entre las partes, es decir que la obligación asumida por uno de los contratantes constituya la causa de la obligación del otro.
- ✓ Que el incumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes, es decir que no puede invocarse por un posible o eventual escenario de incumplimiento.
- ✓ Que el incumplimiento sea serio, grave y determinante y que, si se trata de la administración, coloque al contratista en razonable imposibilidad de cumplir.
- ✓ Que quien invoca la excepción debe ser la parte que no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.

La misma Alta Corporación ha advertido además que, en relación con el alcance de la consecuencia del contrato no cumplido, existe una distinción sustancial entre estar en mora de cumplir y estar obligado a cumplir, en los siguientes términos:

«(...) Vale la pena anotar que no estar en mora es diferente a no estar obligado a cumplir, se está obligado a cumplir cuando la otra parte tiene derecho a reclamar el incumplimiento del contrato, mientras que se está en mora cuando se está obligado a reconocer los perjuicios de un incumplimiento.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC1209 del 20 de abril de 2018, radicación 2004-00602, Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021**

En este sentido, lo que nos indica la norma es que sin importar quien incumpla primero el contrato, ninguna parte este en mora, pero ambas siguen obligadas a cumplir. Esta interpretación ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia en varios casos, en los cuales el demandado ha sido condenado a cumplir todas las obligaciones, salvo por el pago de intereses de mora, incluso cuando ha demostrado que su incumplimiento se debió al previo incumplimiento del demandante.

(...)

Nótese además que por el solo hecho de incumplir, las dos partes pierden el derecho a reclamar los perjuicios que les cause el incumplimiento, sin que interese cual ha incumplido primero. Así lo ha confirmado la Corte Suprema de Justicia recientemente, al reiterar que cuando las dos partes incumplen, ambas por igual tienen derecho a demandar el cumplimiento o la terminación del contrato, así como ambas pierden por igual el derecho pedir el pago de la indemnización de los perjuicios (...)»⁸.

De lo anteriormente expuesto se concluye que, para poderse predicar la configuración de la excepción de contrato no cumplido, la parte que la invoca debe acreditar que existe un incumplimiento actual, cierto y real de obligaciones a cargo de la contraparte y que ella, por su parte, cumplió o estuvo dispuesta a cumplir.

Respecto de lo primero, se encuentra que mediante certificado expedido por la propia PROYECTA el día 2 de febrero de 2022 y aportado por ella misma al presente trámite, indica de manera expresa que los proyectos que se iban a ejecutar contaban ya para entonces «(...) con **MADURACIÓN ALTA** en el marco de la documentación requerida para el cumplimiento de los dieciocho (18) puntos del formato Ficha de Revisión Documental, donde la información soporte se encuentra debidamente cargada en la plataforma Drive designada por Prosperidad Social (...)».

Sin entrar a determinar aquí si en efecto correspondía a PROSPERIDAD SOCIAL – FIP entregar los proyectos al contratista en un estado fase III de maduración, análisis éste que se realizará en el siguiente acápite, lo cierto es que de lo consignado en la precitada certificación se concluye de manera inequívoca que de haber llegado a existir en efecto un incumplimiento al respecto, para el día 2 de febrero de 2022 éste ya se había superado, razón por lo cual el supuesto incumplimiento predicado por aquel de parte de la entidad, ya no es actual, cierto y real. El análisis no se detendrá aquí en determinar si en efecto correspondía a PROSPERIDAD SOCIAL – FIP.

Sobre el segundo aspecto, esto es con el cumplimiento de PROYECTA en relación con las obligaciones que a su vez le correspondían o su disposición a haberlas cumplido, tal como se evidenció en el anterior acápite, se encuentra probado que el contratista no cumplió con unas obligaciones y tampoco llegó a probar que estuvo dispuesto a cumplirlas. Es importante resaltar que, en el arreglo directo, nada se dijo sobre este punto y por el contrario se comprometió a entregar las obras; allí mismo se vio con inequívoca certeza la intención de Prosperidad Social de que su contratista cumpliera y reciprocamente cumplir con sus obligaciones.

En conclusión, resulta evidente que no se encuentran cumplidos los requisitos para poder reputar configurada la excepción de contrato no cumplido que invoca el contratista.

8.4. La imputabilidad del incumplimiento al contratista

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia establece una presunción de culpa del contratista cuando la obligación es de resultado, de manera tal que probado el incumplimiento corresponde al contratista probar que dicho incumplimiento no le es imputable. Adicionalmente, señala también la configuración de tal presunción cuando se pacta la cláusula penal pecuniaria dentro del contrato, en los siguientes términos:

«(...) la estipulación de la cláusula penal tiene una serie de efectos y ventajas: en primer término, libera al acreedor de la difícil labor de aportar prueba sobre los perjuicios, en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa y en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC3666 del 25 de agosto de 2021, radicación 2012-00061, Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021**

perjuicios sufridos»⁹ (subrayado por fuera el texto original).

En el caso sub examine resulta evidente que la supervisión requirió de manera reiterada durante todo el período de ejecución del contrato a PROYECTA, para conminarla a cumplir con las obligaciones contractuales. Así lo acreditan las comunicaciones que fueron aportadas como pruebas por la supervisión, adjuntas al informe del 16 de diciembre de 2022 que sustenta la presente actuación contractual allegado a la Subdirección de Contratación mediante el memorando M-2022-4301-065152 de la misma fecha, la cuales se relacionan en el numeral 7.1 de la presente decisión. Tal profusión de comunicaciones sin obtener la ejecución debida del contrato por parte del contratista, evidencian claramente su falta de diligencia, haciendo el incumplimiento inequívocamente imputable al contratista. Adicionalmente, claramente la ejecución de obra pública constituye una obligación de resultado lo que, unido al hecho de haber sido pactada la cláusula penal pecuniaria, genera la presunción de la culpa del contratista en el incumplimiento acaecido en el contrato.

Así las cosas, correspondía a PROYECTA probar la configuración de causas extrañas, ajenas a su voluntad, que le eximieran de responsabilidad en el incumplimiento del contrato. Al respecto, el contratista en efecto alegó dicha concurrencia de causas extrañas, para cuya acreditación solicitó los tres (3) testimonios que fueron practicados. En primer lugar, PROYECTA ha alegado enfáticamente que existió culpa de la entidad en el incumplimiento del contrato por cuanto, según ha querido mostrar, de un lado Prosperidad Social – FIP se encontraba obligada a entregar los proyectos en un estado de maduración de fase III, lo cual no ocurrió, de otro lado, la entidad le generó al contratista la expectativa cierta de una prórroga del contrato, la cual al final no aprobó y, por otra parte, el proceso de presentación de informes tenía unas formalidad muy dispendiosas.

Respecto de la responsabilidad de la maduración de los proyectos, el numeral 3.2 del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 establece expresamente lo siguiente:

«La Gerencia Integral tendrá a su cargo la responsabilidad de administrar y gestionar los recursos aportados por PROSPERIDAD SOCIAL - FIP, así como realizar las actividades necesarias tendientes a lograr el recibo a satisfacción de las obras por parte de PROSPERIDAD SOCIAL - FIP, lo que incluye la contratación de las personas naturales y/o jurídicas encargadas de llevar los proyectos hasta una fase de maduración alta (...)» (subrayado por fuera del texto original).

Adicionalmente, el numeral 3.1.2 indica lo siguiente:

«(...) Para cada proyecto, la gerencia Integral en sus contratos derivados deberá prever una etapa de acompañamiento en la maduración de proyectos, que tendrá como finalidad que la interventoría y el contratista de obra seleccionado, realicen todas las actuaciones pertinentes para llevar el proyecto a una fase de maduración alta, incluyendo el ajuste a los estudios y diseños presentados por las entidades territoriales (...) La gerencia integral deberá establecer en sus contratos derivado, que no habrá pago a sus contratistas de obra e interventoría si el proyecto no es llevado a fase de maduración alta, de igual forma, así deberá reflejarlo en sus respectivas matrices de riesgo de cada contrato (...) Una vez el proyecto cuente con concepto de fase de maduración alta, se procederá a dejar constancia del inicio de la etapa de obra de los proyectos a través de las respectivas actas. » (subrayado por fuera del texto original).

Como puede verse, contrario a lo que indica el contratista, la maduración de los proyectos era una obligación de PROYECTA y no de Prosperidad Social – FIP; la obligación de la entidad era entregar al contratista las fichas de cada proyecto. Sobre esto, se encuentra probado que, mediante correo electrónico del 20 de diciembre de 2021 enviado por el ingeniero Édgar Fabian Peña Palencia, la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat hizo entrega al contratista de los presupuestos y fichas de revisión documental, de las iniciativas designadas. Así mismo, mediante correo electrónico del 14 de diciembre de 2021, se encuentra acreditado que Prosperidad Social - FIP tenía creado desde esa fecha los respectivos roles en el Sistema de Información Dirección de Infraestructura Social y Hábitat, con el fin de que el contratista accediera a la información de los proyectos.

En lo que tiene que ver con la prórroga del contrato, tal como se mencionó en el numeral 1.5.9 de la presente

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3047 del 31 de julio de 2018, Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

decisión, ésta dependía el cumplimiento por parte de PROYECTA del primer compromiso establecido en el arreglo directo y ello no se cumplió. Por último, en lo relacionado con las formalidades para la presentación de los informes, en su testimonio la gerente del proyecto manifestó expresamente que Prosperidad Social – FIP dio directrices precisas y realizó dos capacitaciones, además de lo cual prestó toda la colaboración al contratista.

Por todo lo anterior, queda desvirtuada la supuesta culpa de la entidad que alega el contratista como causa extraña eximente de responsabilidad.

De otra parte, en sus alegatos el contratista alegó la concurrencia de otras tres causas extrañas configuradas por excesiva e imprevisible pluviosidad que afectó la región durante el año 2022, interferencias derivadas de afectaciones al orden público y seguridad, interferencias particulares de cada proyecto, como procesos de selección desiertos o demora en los trámites de RTU ante la DIAN para dar orden de inicio, y el proceso de corrección de conceptos por parte de la entidad.

Al respecto debe tenerse en consideración lo establecido por el Consejo de Estado frente a la causa extraña como eximente de responsabilidad, noción dentro de la cual se incluyen la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima. Al respecto ha indicado que su configuración presupone la concurrencia necesaria de tres elementos: (i) su imprevisibilidad, (ii) su irresistibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado¹⁰. En consecuencia, para predicarse la configuración de una causa extraña eximente de responsabilidad del contratista, debe probarse la convergencia de estos tres elementos, además obviamente del nexo causal entre la causa extraña que se aduce y el hecho del que se pretende ser eximido en responsabilidad.

En relación con la imprevisibilidad, el Consejo de Estado ha acogido lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en el sentido que se reputa imprevisible «(...) un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia (...)»¹¹, para precisar que resulta imprevisible «(...) aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció (...)»¹² (subrayado por fuera del texto original). Sobre el elemento de la irresistibilidad, el Consejo de Estado señala lo siguiente:

«(...) consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible (...)»¹³ (subrayado por fuera del texto original).

Finalmente, en cuanto al elemento de la exterioridad, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

«(...) si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultar ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 19067 del 24 de marzo de 2011, Radicación 1998-00409, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de enero de 1982, Gaceta Judicial, Tomo CLXV, p. 21.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 16530 del 26 de marzo de 2008, Radicación 1997-00440, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en posterior jurisprudencia, entre la que se cuenta la ya citada Sentencia 19067 del 24 de marzo de 2011.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 16530 del 26 de marzo de 2008, Radicación 1997-00440, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en posterior jurisprudencia, entre la que se cuenta la ya citada Sentencia 19067 del 24 de marzo de 2011.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada (...)¹⁴ (subrayado por fuera del texto original).

Ahora bien, frente a la pluviosidad, las afectaciones orden público y seguridad, las interferencias particulares de cada proyecto y el proceso de corrección de conceptos por parte de la entidad, que PROYECTA alega como causas extrañas a las que le es imputable el incumplimiento del contrato, resulta claro que nunca llegó a probar de manera concreta para cada una de ellas su imprevisibilidad, su irresistibilidad y su exterioridad; ni siquiera acreditó tampoco concretamente el nexo causal entre estas circunstancias y el incumplimiento del contrato. En resumen, se trató de una alegación general en abstracto.

Finalmente, PROYECTA también alegó como causas extrañas las demoras y el incumplimiento de sus contratistas de obra e interventoría, indicando que adelantó las gestiones posibles para conminarlos a cumplir y que la gerencia no puede ser obligada a lo imposible. Al respecto debe recordarse que quien seleccionó y eligió a dichos contratistas fue la propia PROYECTA; era una de sus obligaciones. De manera tal que, si sus propios contratistas no resultaron idóneos, eso implica una falla en los procesos de selección que adelantó. Se trata de la configuración de las denominadas «culpa in eligendo» y «culpa in vigilando», fundamentadas en la noción de responsabilidad indirecta emanada del artículo 2349 del Código Civil. En ese contexto, es la mala elección o la falta de vigilancia por parte de PROYECTA la permite hacerle imputable a ella los perjuicios derivados del incumplimiento de sus contratistas.

Ahora bien, de acuerdo con el propio artículo 2349 del Código Civil, este tipo de responsabilidad se desvirtúa si se demuestra que el dependiente o trabajador, en este caso el contratista, observó una conducta tal que PROYECTA no tenía medio de prever o impedir. Tal cosa no llegó a ser probada de manera concreta, limitándose el alegato a meras afirmaciones generales. De hecho, no existe evidencia de que PROYECTA haya implementado procedimientos sancionatorios frente al incumplimiento de sus contratistas lo cual indica una falta de diligencia que hace que la alegación del contratista vulnere el principio de «nemo auditur propriam turpitudinem allegans», esto es, nadie puede alegar su propia culpa en su defensa.

8.5. La procedencia de hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal pecuniaria

Frente a la alegación de la compañía garante en el sentido de que, si bien la cláusula penal pecuniaria se encuentra pactada contractualmente, no puede desconocerse su origen legal y por ello se encuentra sometida a las normas del Código Civil y el Código de Comercio, razón por la que debe acudir al juez del contrato para determinar su efectividad, es menester llevar a cabo un análisis de la evolución jurisprudencial al respecto.

Bien es cierto que la posición inicial del Consejo de Estado, fundamentada en la primigenia Sentencia 9288 del 21 de octubre de 1994 Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández, se orientó a negar la procedencia de pactar la posibilidad de pactar multas y cláusula penal pecuniaria en los contratos sometidos al régimen privado de contratación; en este contexto se consideró que en los contratos estatales celebrados bajo el régimen privado de contratación, las estipulaciones contractuales mediante las cuales se pactaran multas o cláusula penal pecuniaria simplemente estaban viciadas de nulidad. Posteriormente, sin embargo, la posición de esa Alta Corporación se orientó a aceptar la posibilidad de pactar multas y cláusula penal pecuniaria en dicho tipo de contratos, como expresión y concreción de la autonomía de la voluntad que los gobierna, en Sentencias como la 12342 del 19 de agosto de 2004 Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra y la 21574 del 30 de julio de 2008 Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Sin embargo, continúa reservando la facultad de declararlas, como potestad exclusiva del juez del contrato.

Esta posición comenzó a ser revaluada a partir del año 2017 en pronunciamientos en los que, además de reconocer la posibilidad de pactar sanciones en los contratos regulados por el régimen privado de contratación,

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 16530 del 26 de marzo de 2008, Radicación 1997-00440, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en posterior jurisprudencia, entre la que se cuenta la ya citada Sentencia 19067 del 24 de marzo de 2011.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

el Consejo de Estado ha reconocido a la administración la facultad de declararlas, indicando que ello no corresponde al ejercicio de una facultad exorbitante ni una prerrogativa de la administración, sino una facultad otorgada a una de las partes como ejercicio de la autonomía de la voluntad, razón por la cual la decisión mediante la cual se declara no constituye un acto administrativo sino una decisión contractual.

Sobre este último aspecto el Consejo de Estado ha entendido que el carácter exorbitante de una cláusula se desprende de la posición contractual privilegiada en que esta sitúa a la administración, para conseguir la efectiva prestación del servicio. Por ende, si se pacta que ambas partes tienen los mismos poderes, «(...) es decir, la entidad estatal y el contratista, no habría rompimiento alguno de la simetría posicional de las partes dentro del contrato, aspecto este que es de la esencia de las cláusulas excepcionales, y por esa vía finalmente también se llegaría a la satisfacción del interés individual del contratista sin que contara el interés general que es el que debe prevalecer»¹⁵. En la Sentencia 56562 del 20 de febrero de 2017 Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, la Alta Corporación fue más expresa al admitir la posibilidad de imponer sanciones contractuales en los contratos reglados por el régimen privado de contratación, siempre que se respete el debido proceso cuando vayan a hacerse efectivas por la administración. En el caso expreso que allí se trata, el Consejo de Estado consideró que la imposición de una multa por parte de una empresa prestadora de servicios públicos resultaba válida, ya que estaba amparada por un acuerdo precontractual y se había respetado el debido proceso.

La posibilidad de hacer efectivas de manera unilateral las multas y la cláusula penal pecuniaria en los contratos regidos por el derecho privado se fundamenta en la primacía del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que la forma en que se pacten no vaya en contra de las normas de orden público. Respecto del principio de la autonomía de la voluntad, es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer lo siguiente:

«(...) Uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares puede realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio este que en materia contractual alcanza su expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

En armonía con lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, el artículo 1546 del mismo cuerpo legal dispuso que en los contratos bilaterales, si uno de los contratantes no cumple lo pactado, opera la condición resolutoria y, en tal caso, por ministerio de la ley se faculta al otro contratante para pedir a su arbitrio, o el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con la indemnización de perjuicios correspondiente»¹⁶.

Esta posición es plenamente concordante con lo estipulado en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes tenores literales:

«ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...).».

«ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...).».

«ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 56939 del 20 de febrero de 2017, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 4512 del 17 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

su esencia y naturaleza (...)».

Así mismo, la posición es también concordante con lo que establece el artículo 1592 del Código Civil de la siguiente manera:

«**ARTICULO 1592. <DEFINICION DE CLAUSULA PENAL>**. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal».

El caso emblemático para esta interpretación es el decidido por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el caso Ecopetrol contra Caribbean And Services, en donde Ecopetrol adelantó acción contractual para la declaratoria de incumplimiento del contrato y el pago de perjuicios por contrato suscrito en el año 1993. En concreto, el Consejo de Estado señaló que las facultades sancionatorias unilaterales permiten la descongestión de la administración de justicia, al permitirle directamente a la administración resolver la controversia, considerando como válidas las facultades unilaterales controvertidas en el proceso, siendo necesario para su validez el no conllevar abuso del poder o de la posición dominante y debiendo ser razonadas¹⁷.

Por lo anterior, en el marco de los contratos con régimen privado de contratación, siempre que media la autonomía de la voluntad, la entidad estatal y el contratista no solo pueden convenir incluir en el contrato la cláusula penal y las multas, sino también pueden acordar hacerlas efectivas mediante un acto declarativo, cuando a ello haya lugar, directamente por parte de la entidad estatal sin que medie decisión del juez.

Por otra parte, en el caso concreto que aquí nos ocupa, esto es el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, debe tenerse adicionalmente en consideración lo establecido en el contrato de seguro suscrito por la propia PROYECTA con su garante. En el numeral 5.2 de las condiciones generales de la Póliza de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., quedó establecido el procedimiento para declarar el incumplimiento contractual y para exigir el pago de la cláusula penal de apremio y/o cláusula penal pecuniaria, en cuyo literal c) lo siguiente:

«C) UNA VEZ EVACUADA LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS O RECIBIDOS LOS MEDIOS PROBATORIOS APORTADOS POR LOS INTERESADOS, SE CERRARÁ LA AUDIENCIA PARA QUE LA ENTIDAD MEDIANTE DECISIÓN CONTRACTUAL MOTIVADA QUE CONSTARÁ POR ESCRITO, PROCEDA A RESOLVER SOBRE LA EXIGIBILIDAD O NO DE LA SANCIÓN O DECLARATORIA O NO DEL INCUMPLIMIENTO. SI SE RESUELVE QUE NO HUBO INCUMPLIMIENTO, SE ARCHIVARÁ LA ACTUACIÓN CONTRACTUAL. POR EL CONTRARIO, SI SE DECIDE QUE HUBO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, EN EL MISMO DOCUMENTO, SE HARÁ LA TASACIÓN DE LA SUMA A PAGAR A FAVOR DE LA ENTIDAD Y A CARGO DEL CONTRATISTA Y/O EL GARANTE, COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES» (subrayado por fuera del texto original).

De dicha literalidad se colige de manera inequívoca que, por acuerdo de voluntad de la propia PROYECTA y su garante, PROSPERIDAD SOCIAL - FIP en calidad de entidad asegurada puede decidir que hubo incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Además, puede hacer exigible el pago de ésta pues la garantía presta mérito ejecutivo a la luz de la exigibilidad que se concreta en el parágrafo primero del referido numeral 5.2 de las condiciones generales de la póliza, que reza lo siguiente:

«**PARÁGRAFO PRIMERO.** PLAZOS PARA EL PAGO DE LA OBLIGACION ECONOMICA A CARGO DEL CONTRATISTA Y/O GARANTE COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL O TOTAL. EL CONTRATISTA, DEBERÁ PAGAR LA TOTALIDAD DE LA OBLIGACIÓN A SU CARGO Y A FAVOR DE LA ENTIDAD, CONFORME A LO INDICADO EN LA DECISIÓN DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, DENTRO DE LOS OCHO (8) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE CONFIRMACIÓN DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO. CUANDO EL GARANTE, SEA UNA ENTIDAD BANCARIA, DEBERÁ PAGAR LA TOTALIDAD DE LA

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 41783 del 24 de agosto de 2016, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

OBLIGACIÓN A SU CARGO Y A FAVOR DE LA ENTIDAD, CONFORME A LO INDICADO EN LA DECISIÓN DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, DENTRO DE LOS OCHO (8) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE CONFIRMACIÓN DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO. CUANDO EL GARANTE, SEA UNA COMPAÑÍA DE SEGUROS, DEBERÁ PAGAR LA TOTALIDAD DE LA OBLIGACIÓN A SU CARGO Y A FAVOR DE LA ENTIDAD, CONFORME A LO INDICADO EN LA DECISIÓN DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, DENTRO DEL TÉRMINO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1080 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. EL PLAZO PARA EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN ECONÓMICA SEÑALADA EN LA DECISIÓN DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO, SE CONTARÁ A PARTIR DE LA FECHA DEL RECIBO DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA RESPECTIVA EN LA QUE CONSTE LA CONFIRMACIÓN DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO O DESDE EL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO PARA PRESENTAR EL ESCRITO DE RECONSIDERACIÓN PARAGRAFO».

No resulta pues de recibo que la compañía garante pretenda negar ahora la posibilidad de que la entidad declare y exija unilateralmente el pago de la cláusula penal pecuniaria, después de haberlo así pactado en ejercicio de la autonomía de la voluntad en el propio contrato de seguro que suscribió con el contratista, mediante estipulaciones que ella misma estableció.

8.6. La acreditación de perjuicios y de su cuantificación

La pretensión de la compañía garante de que es necesario acreditar un perjuicio cierto, real y directo, entendido como daño económico, imputable además al contratista, como requisito de exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria, ignora la naturaleza misma de esta sanción cuando se acuerda a título de tasación anticipada de perjuicios. Ello por cuanto precisamente la finalidad misma de la cláusula penal pecuniaria es evitarle al acreedor ese debate y así lo han establecido de manera expresa tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado. Al respecto, debe recordarse de nuevo la ya citada literalidad de la Sentencia SC3047 del 31 de julio del 2018, Magistrado Ponente Luís Alonso Rico Puerta:

«(...) la estipulación de la cláusula penal tiene una serie de efectos y ventajas: en primer término, libera al acreedor de la difícil labor de aportar prueba sobre los perjuicios, en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa y en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos» (subrayado por fuera el texto original).

El Consejo de Estado, por su parte, en relación con la cláusula penal pecuniaria ha establecido lo siguiente:

«(...) habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio (art. 1599 del C. C.), lo cual releva en este caso a la administración de la carga de probar el perjuicio que estaría a su deber en condiciones normales; es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal (...)»¹⁸.

(...) Cuando las partes estipulan el monto del resarcimiento para un caso futuro de incumplimiento o retardo, lo que están haciendo en la práctica y a eso enderezan su voluntad, es a liquidar preventivamente el daño resarcible y en ello consiste precisamente la función reparadora de la pena pecuniaria. La importancia de incorporarla en el contrato, radica en que la parte beneficiaria queda eximida de tener que probar los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de la otra parte, teniendo solo la carga de la prueba del daño efectivamente causado que no alcance a cubrir la pena (...)»¹⁹ (subrayado por fuera el texto original).

En el caso concreto que nos ocupa, baste con observar la literalidad de la cláusula 16) del contrato

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 7757 del 20 de octubre 1995, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández, reiterada en jurisprudencia posterior, como la Sentencia 17009 del 13 de noviembre de 2008, Radiación 1996-02081, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 10264 del 13 de septiembre de 1999, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, reiterada también en jurisprudencia posterior, como la Sentencia 17009 del 13 de noviembre de 2008, Radiación 1996-02081, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

interadministrativo 670 FIP de 2021, para evidenciar que en efecto la cláusula penal pecuniaria allí pactada es de tipo indemnizatorio. Reza la precitada estipulación contractual así:

«Las Partes convienen recíprocamente que, sin perjuicio de las otras medida establecidas contractualmente, se causará a favor de **PROSPERIDAD SOCIAL – FIP**, y a cargo de la **GERENCIA INTEGRAL**, como estimación anticipada de perjuicios y a título de pena pecuniaria, la suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato incluyendo, sus adiciones, excluido IVA, sin menoscabo de las demás acciones que correspondan a **PROSPERIDAD SOCIAL – FIP** para el cobro total de los perjuicios realmente irrogados por aquel, monto que puede ser cobrado a favor de **PROSPERIDAD SOCIAL – FIP** mediante jurisdicción coactiva. Por consiguiente, el valor de esta pena se considera como pago parcial de tales perjuicios, y no obsta para que la Entidad valore debidamente y haga exigibles todos los perjuicios efectivamente causados».

De manera diáfana puede verse que se trata pues de una expresa estimación anticipada de perjuicios, por lo cual no resulta cierta la pretensión de la compañía garante en el sentido de que corresponde a PROSPERIDAD SOCIAL - FIP acreditar los perjuicios causados por los incumplimientos suscitados en la ejecución del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, toda vez que lo que se acordó al pactar la cláusula penal pecuniaria, fue precisamente que la sola constatación de dichos incumplimientos relevan a la administración de la carga de probar los perjuicios y la cuantía de éstos, la cual se estima de manera anticipada que equivale al 10% del valor del contrato, incluyendo sus adiciones y excluyendo el IVA.

8.7. La proporcionalidad del valor de aplicación de la cláusula penal pecuniaria

Previo a resolver sobre la proporcionalidad en el valor de aplicación de la cláusula penal pecuniaria es menester pronunciarse sobre lo indicado por el contratista en relación con el valor total del contrato, respecto de lo cual indicó expresamente lo siguiente:

«(...) como es de conocimiento del DPS, el proyecto Saldaña-Tolima no se ejecutará, y en este orden de ideas el cálculo de los porcentajes de cumplimiento para el acuerdo directo no deben realizarse sobre la suma de \$46.928.793.460 si no reduciendo de esta \$8.198.525.934, lo que arroja un valor a ejecutar de \$41.261.593.172, por lo que la ejecución actualizada del contrato corresponde a un 83.4% del valor inicial pactado entre las partes (...).

Al respecto se debe advertir que no obra en el presente trámite contractual prueba alguna que acredite que entre las partes se acordó formalmente modificar el alcance del contrato, disminuyendo su valor. Por el contrario, la no ejecución del proyecto Saldaña – Tolima se encuentra reputado aquí como parte del presunto incumplimiento del contratista y no como un acuerdo contractual avalado por PROSPERIDAD SOCIAL - FIP; por tanto, el valor del contrato se mantiene incólume en la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO DIECINUEVE MIL CIENTO SIETE PESOS (\$49.460.119.107) M/CTE, IVA incluido.

Adentrándose ya en el tema de la proporcionalidad del valor en que se debe aplicar la cláusula penal pecuniaria, contrario a lo que afirma la compañía garante, dentro de los documentos aportados sí se determina el estado financiero final del contrato. Como se mencionó en el numeral 8.2 y por las razones allí expuestas, se otorga pleno valor probatorio al informe de supervisión con fundamento en el cual se inició el presente trámite contractual, mediante el que se halló probado tan solo un avance del 0,27% en la ejecución del contrato.

Ahora bien, en lo que sí le asiste razón a la garante es en el hecho de que la supervisión ha solicitado tomar el valor total del contrato para determinar el monto de la cláusula penal pecuniaria, lo cual resulta improcedente de cara al principio de proporcionalidad, mismo que también ha reclamado el contratista y tiene su origen legal en el artículo 1596 del Código Civil, que establece lo siguiente:

“ARTICULO 1596. <REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL>. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021**

Tal como se indicó igualmente en el numeral 8.2 de la presente decisión y de nuevo también por las razones allí expuestas, solo es dable reputar como recibido por parte de PROSPERIDAD SOCIAL - FIP ese avance de 0,27% en la ejecución del contrato. Por tanto, de conformidad con lo precisado en el artículo 1596 del Código Civil, al contratista le asiste el derecho de que se le rebaje en esa proporción el monto estipulado para cláusula penal pecuniaria en el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la precitada cláusula 16) del contrato establece expresamente que el valor de la cláusula penal pecuniaria debe tasarse respecto del valor del contrato excluyendo el IVA. Por tanto, no es el valor total del contrato, esto es \$49.460.119.107, el que debe servir de referencia para cuantificar la cláusula penal pecuniaria, pues de este debe excluirse el valor del IVA. De esta manera, si se tiene en cuenta el 19% de IVA, excluido éste el valor de referencia para tasar la cláusula penal pecuniaria resulta así:

$$\$49.460.119.107 / 1,19 = \$41.563.125.300$$

Así las cosas, el monto de la cláusula penal pecuniaria es el siguiente:

$$\$41.563.125.300 \times 10\% = \$4.156.312.530$$

El valor del descuento proporcional que dispone el artículo 1596 del Código Comercio queda entonces de la siguiente manera:

$$\$4.156.312.530 \times 0,27\% = \$11.222.043,84$$

En conclusión, atendiendo el principio de proporcionalidad que acertadamente reclaman el contratista y su garante, el monto de la cláusula penal se estima así:

$$\$4.156.312.530 - \$11.222.043,84 = \textbf{\$4.145.090.486,16}$$

Por tanto, de acuerdo con lo probado en el trámite contractual, atendiendo el principio de proporcionalidad, en el presente caso, el valor en el que debe hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria y reclamarse su pago, asciende a la suma de **CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON DIECISEIS CENTAVOS** y así se declarará en la decisión.

8.8. La ocurrencia del siniestro de cumplimiento y su cuantía

En relación con la ocurrencia del siniestro de cumplimiento, no resultan ciertas las alegaciones de la compañía garante en relación con que la cobertura de cumplimiento otorgada es amparar los perjuicios directos derivados del incumplimiento del contrato y que, por ello, resulta necesario acreditar un perjuicio cierto, real y directo, entendido como un daño económico e imputable además al contratista. Al respecto debe recordarse que el amparo de cumplimiento establecido en la Póliza de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., se encuentra establecido en su numeral 1.4 de la siguiente manera:

«1.4. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

CUBRE LOS PERJUICIOS DIRECTOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA, DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR EL CONTRATISTA CON LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO, Y CONTEMPLA TAMBIÉN EL CUMPLIMIENTO TARDÍO, DEFECTUOSO O IMPERFECTO DE LAS MISMAS, ASÍ COMO MULTAS Y CLAUSULA PENAL, SEGÚN SE PACTEN EN EL CONTRATO».

Como puede verse, el amparo de cumplimiento de la referida póliza considera los siguientes seis (6) diferentes riesgos asegurados que constituyen hechos configuradores de siniestro:

1. El incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista con la suscripción del contrato.
2. El cumplimiento tardío de las obligaciones adquiridas por el contratista con la suscripción del contrato.
3. El cumplimiento defectuoso de las obligaciones adquiridas por el contratista con la suscripción del contrato.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

4. El cumplimiento imperfecto de las obligaciones adquiridas por el contratista con la suscripción del contrato
5. La imposición de multas al contratista por parte de la entidad contratante.
6. La imposición de la cláusula penal pecuniaria al contratista por parte de la entidad contratante.

Del tenor literal del amparo se infiere inequívocamente que solo respecto de los cuatro primeros lo que cubre es la cuantía de los perjuicios derivados del riesgo asegurado, mientras que en los dos últimos lo que cubre es el valor mismo del riesgo asegurado, es decir, el valor de la multa o la cláusula penal pecuniaria. Por lo tanto, en el caso presente la ocurrencia del siniestro de cumplimiento no se concreta con la configuración de un incumplimiento de obligaciones contractuales sino con la imposición de la cláusula penal pecuniaria, mientras que la cuantía del siniestro tampoco está determinada por el valor de perjuicio alguno sino por el monto en que se hace efectiva la referida sanción.

En conclusión, en el caso que aquí nos convoca, con la mera decisión de imponer la cláusula penal pecuniaria se configura la ocurrencia del siniestro de cumplimiento y la cuantía del siniestro es el valor en que esta se hace exigible, esto es, la suma de CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON DIECISEIS CENTAVOS (\$4.145.090.486,16); de esta manera quedan cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 1077 del Código de Comercio, así:

«**ARTÍCULO 1077. <CARGA DE LA PRUEBA>**. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad».

En el presente trámite contractual la compañía garante no llegó a probar circunstancias excluyentes de su responsabilidad indemnizatoria.

DECISIÓN CONTRACTUAL:

En mérito de lo expuesto se concluye de manera inequívoca que en la ejecución del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 se llegó solo a un 0,27% de avance en la ejecución, por lo que hubo obligaciones incumplidas que causaron que no se realizara el restante 99,73% de la ejecución para entregar la totalidad de las obras pactadas razón, por la cual se hace exigible la cláusula penal pecuniaria por la suma de **CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS (\$4.145.090.486,16) M/CTE** y, en consecuencia, se puede predicar igualmente ocurrido el siniestro de cumplimiento amparado por Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., por lo que resulta procedente la reclamación del pago de dicho monto a la EMPRESA PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL PROYECTA, identificada con NIT 801.004.883-0, y/o a SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con NIT 860.009.578-6, en los términos establecidos en el párrafo primero del numeral 5.2 de las condiciones generales de la referida póliza.

En los términos establecidos en el literal c) del numeral 5.2. del clausulado de condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., la decisión adoptada se pone en conocimiento de los representantes legales y/o apoderados del contratista y de la compañía garante o a quienes hagan sus veces, mediante el envío de la presente decisión a los correos electrónicos a los que el contratista y su garante autorizaron ser notificados.

Respecto de la presente decisión contractual procede la solicitud de reconsideración en los términos del literal c) del numeral 5.2. del clausulado de condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., para lo cual deberá presentarse por escrito dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la decisión.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 13 DE JULIO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

En firme la presente decisión contractual, se remitirá copia de ésta a la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat y a la Oficina Asesora Jurídica, para su conocimiento y demás fines pertinentes.

Para hacer constar la decisión contractual adoptada, se suscribe la presente decisión en Bogotá D.C. a los trece (13) días del mes de julio de 2023.

**PILAR MARIA
GOYENECHÉ
CARVAJAL**

Firmado digitalmente
por PILAR MARIA
GOYENECHÉ
CARVAJAL

PILAR MARÍA GOYENECHÉ CARVAJAL
SUBDIRECTORA DE CONTRATACIÓN
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL

Elaboró: Feliberto López Leal – abogado Subdirección de Contratación.

Revisó: Mónica María Aranguren Izquierdo - abogada Subdirección de Contratación.

Carlos Andrés Castro Pardo - abogado Subdirección de Contratación.

Aprobó: Pilar María Goyeneche Carvajal – Subdirectora de Contratación.