

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO 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 sobre las solicitudes de reconsideración de la decisión contractual adoptada el 13 de julio de 2023, radicadas el 21 de julio de 2023, 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 M/CTE (\$49.460.119.107), 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 M/CTE (\$4.946.011.910,70) 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 reportó que, finalizado el plazo contractual, Proyecta no llegó a realizar las siguientes obligaciones: i) en el componente de obra del contrato no hizo la entrega de las obras en ninguno de los treinta (30) proyectos objeto del contrato; ii) en el componente de interventoría no entregó informes completos en ninguno de los treinta (30) proyectos; iii) no acreditó el cumplimiento del 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 propio contratista como por parte de Prosperidad Social – FIP; v) no realizó el cierre ni la liquidación de los contratos de obra e interventoría derivados del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021. Finalmente, el avance de ejecución del contrato logrado solo posibilitó un pago por valor de CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

SETECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE (\$132.709.416), que corresponden al 0,27% del valor del contrato, quedando por ejecutar recursos equivalentes al 99,73%.

- 1.6. 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 a Proyecta y Seguros del Estado S.A., al trámite contractual 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.
- 1.7. Durante el trámite contractual desarrollado en la audiencia llevada a cabo los días 18 y 25 de enero de 2023 y 13 de julio de 2023, se otorgó la oportunidad a las apoderadas de Proyecta y de Seguros del Estado S.A. para 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; se recibieron las pruebas documentales aportadas por Proyecta; se decretaron y practicaron los testimonios de tres (3) de sus funcionarios; y se realizó el análisis probatorio y jurídico para adoptar la decisión contractual correspondiente.
- 1.8. En la reanudación de la audiencia el día 13 de julio de 2023, mediante decisión contractual de esa fecha, se concluyó 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 lo cual se hizo 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 M/CTE (\$4.145.090.486,16) y, en consecuencia, se dio por ocurrido el siniestro de cumplimiento 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., procediendo a 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 parágrafo primero del numeral 5.2 de las condiciones generales de la referida póliza.
- 1.9. Al tenor de lo señalado 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 contractual adoptada se puso en conocimiento de los representantes legales y/o apoderados de Proyecta y Seguros del Estado S.A., mediante su envío a las direcciones electrónicas a los que autorizaron ser notificadas.
- 1.10. Encontrándose dentro del término preceptuado en el referido literal c), mediante comunicaciones del 21 de julio de 2023, allegadas a la Subdirección de Contratación mediante correos electrónicos de la misma fecha, Proyecta y Seguros del Estado S.A. presentaron escritos de reconsideración frente a la decisión contractual adoptada.
- 1.11. El día 31 de agosto de 2023 se reanudó la audiencia con el fin de remitir a Proyecta Seguros del Estado S.A. la presente decisión de los escritos de reconsideración.

2. ARGUMENTOS DE LOS ESCRITOS DE RECONSIDERACIÓN

2.1. Argumentos del escrito de reconsideración presentado por Proyecta

Los argumentos presentados por la apoderada de Proyecta en su escrito de reconsideración se resumen de la siguiente manera:

- 2.1.1. La cláusula penal pecuniaria es inexigible toda vez que, a la luz del artículo 1741 del Código Civil, el contrato interadministrativo 670 FIP de 2019 se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita. Esto por cuanto «(...) el pasado 10 de julio de 2023, la W Radio reveló que el ex gerente de Proyecta, Pablo César Herrera, en interrogatorio adelantado por la Fiscalía buscando la configuración del principio de oportunidad (...)» señaló que en la estructuración y celebración del contrato

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

interadministrativo 670 FIP de 2019, *«(...) se presentaron intereses de funcionarios ajenos a la finalidad del servicio y del objeto del contrato de gerencia integral, influyendo estos intereses no solo en su perfeccionamiento si no también en su ejecución (...). Al respecto, la apoderada del contratista alega expresamente lo siguiente:*

«(...) este tipo de actuaciones vician el contrato de nulidad absoluta por haberse suscrito en transgresión de una prohibición legal o constitucional, inobservancia de las previsiones de orden público en materia contractual, desconociendo los principios de selección objetiva y de transparencia en la contratación estatal y con desviación de poder.

La consecuencia de la nulidad absoluta de los contratos es que éstos nunca existieron, es decir, sus disposiciones nunca surgieron a la vida jurídica y no son exigibles para las partes. En este orden de ideas, no es procedente que el DPS haga efectiva a su favor la cláusula penal pecuniaria prevista en un contrato que está viciado de nulidad absoluta (...).

- 2.1.2.** Al declarar unilateralmente la exigibilidad de la cláusula penal pactada en el contrato interadministrativo 670 FIP de 2019 y la ocurrencia del siniestro de cumplimiento para la afectación de la póliza, Prosperidad Social – FIP incurrió en ejercicio abusivo del derecho. Ello por cuanto, *«(...) si bien la entidad está ejercitando una facultad lícita y pactada en el convenio celebrado con Proyecta (...), cual es hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la apoderada del contratista alega lo siguiente:*

«(...) comporta una importante desviación del fin asignado por las partes a ese derecho, que como se dijo es la reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento. Lo cierto es que: en primer lugar, el DPS no sufrió ningún perjuicio imputable a Proyecta (pues ni siquiera pagó las sumas de dinero establecidas en sus obligaciones contractuales); y en segundo lugar, está ejerciendo el derecho a cobrar la cláusula penal amparada en un interés de enriquecimiento que acarrea efectos gravísimos sobre la sostenibilidad financiera de Proyecta.

Como se dijo en el escrito de descargos aportado a este mismo procedimiento contractual, el DPS está faltando a la finalidad dada por la Constitución y la Ley a la figura de los convenios interadministrativos pues persigue intereses particulares al aplicar las sanciones que busca imponer sobre Proyecta. Esto se ve materializado en el hecho de querer cobrar una cláusula penal sin atender a su finalidad específica, pues a pesar de no haber sufrido perjuicio alguno, pretende aumentar su patrimonio y no reparar parcialmente los perjuicios sufridos (pues no sufrió ninguno) (...).

- 2.1.3.** La decisión de Prosperidad Social - FIP genera un daño irremediable al patrimonio público territorial del Departamento del Quindío y genera la inviabilidad financiera futura de Proyecta. La apoderada del contratista alega que la entidad en su decisión no tuvo en consideración lo siguiente:

«(...) Proyecta es una entidad pública, que a través de la gestión de recursos públicos que le autoriza y transfiere el Departamento del Quindío, se encarga de promover, impulsar y ejecutar todas las actividades comerciales, industriales, de servicios, de construcción y de consultoría directa o indirectamente relacionadas con el diseño y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos de vivienda, infraestructura y equipamiento colectivo y comunitario que contribuyan al logro de viviendas y entornos dignos del Departamento del Quindío

Por lo tanto, ante la declaratoria unilateral de incumplimiento para afectar las pólizas por un monto equivalente a \$4.145.090.486,16, en virtud de la tasación anticipada de un perjuicio que el DPS no sufrió, ya que no hubo transferencia efectiva de recursos de su parte, el DPS estaría llevando a Proyecta a una situación de inviabilidad financiera a futuro.

(...)

Lo anterior no solo implicaría la vulneración del interés general de la sociedad que dejaría de verse beneficiada por las diferentes obras y actividades que materializa Proyecta, sino que también se afectaría el patrimonio público territorial, pues los recursos con que cuenta Proyecta provienen del Departamento del Quindío, y estos dejarían de utilizarse para cumplir con las funciones a su cargo y

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

la totalidad de los mismos sería dirigida a una Entidad del orden nacional como lo es el Departamento para la Prosperidad Social, que no necesariamente desarrolla programas cuyo margen de impacto abarca a la misma población que se beneficiaba de los proyectos adelantados por Proyecta.

El daño al patrimonio público territorial se genera en el caso concreto incluso aunque el dinero se transfiera a otra entidad pública, toda vez que los recursos de las entidades territoriales no generan unidad de caja con los de la Nación (...).».

- 2.1.4.** Prosperidad Social - FIP no puede válidamente cobrar la cláusula penal con cargo al seguro de cumplimiento, debido a la intervención de la entidad en la cadena causal que conllevó a que el contrato no se ejecutara en el plazo previsto. Al respecto la apoderada del contratista presenta el siguiente alegato:

«(...) Tal como se expresó en los descargos y se reitera en este escrito de reconsideración en el numeral 2.2.3., en la ejecución del contrato se estructuró la excepción de contrato no cumplido, toda vez que el incumplimiento del DPS en la entrega de los proyectos en el estado de maduración requerido retrasó el cumplimiento de obligaciones de Proyecta y no fue posible terminarlas en el plazo previsto para tal fin.

En este orden de ideas, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio celebrado entre el DPS y Proyecta es un efecto en el que confluye como causa la conducta del DPS. Esto, de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio y la jurisprudencia en materia de seguros de cumplimiento, imposibilita a la entidad el cobro de la cláusula penal con cargo a la póliza de seguro de cumplimiento otorgada por Seguros del Estado (...).».

- 2.1.5.** La apoderada de Proyecta alega que ésta controvertió el informe del supervisor a través de las siguientes observaciones, respecto de las cuales Prosperidad Social – FIP no realizó ningún pronunciamiento en su decisión:

- No es cierto que en el Proyecto Quindío – Varios haya existido presunta falta de oportunidad y diligencia por parte de Proyecta en el inicio, dentro de la debida oportunidad, de los procesos por el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo de sus contratistas. En relación con esto la apoderada del contratista alega lo siguiente:

«(...) Por un lado, la documentación con base en la cual el Supervisor arriba a esta conclusión, demuestra por el contrario que Proyecta cumplió con sus obligaciones relativas al seguimiento de la ejecución contractual, toda vez que advirtió al contratista tanto de obra como de interventoría sobre irregularidades observadas en el cumplimiento de sus obligaciones, proponiendo la realización de comités extraordinarios, además de las mesas de incumplimiento que ya venía adelantando, visitas técnicas al lugar de las obras, entre otras actividades que constan en las cadenas de correos referenciadas. Por lo tanto, contrario a lo concluido por el Supervisor, se resalta que la documentación entregada lo que demuestra es la diligencia de Proyecta en cumplimiento de sus obligaciones.

Se recuerda en este punto como se advirtió en un principio, que la carga de la prueba le asiste a la entidad, y este informe en este punto, no es prueba suficiente de un incumplimiento de Proyecta.

En segundo lugar, resalto que el Supervisor concluye que de las fechas de los correos analizados se puede inferir la presunta falta de oportunidad y diligencia de proyecta.

“Presunta”, significa “supuesto”, esto es, “real o verdadero sin la seguridad de que lo sea”, como lo define la Real Academia de la Lengua Española.

Entonces, es evidente que este informe no sirve de prueba para soportar el presunto -esta vez sí- incumplimiento de Proyecta, toda vez que las conclusiones son construidas por el Supervisor como una simple hipótesis de incumplimiento. Es decir, esta prueba nos lleva al mismo punto de partida

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

de este proceso: y esto es, no se esclarece si hubo incumplimiento del contrato o no por parte de Proyecta (...).».

- No es cierto que en el proyecto Quindío – Varios muchas de las comunicaciones dirigidas por Proyecta a las interventorías y/o contratistas de obra no fueron enviadas en copia a la supervisión. Frente a esto Proyecta presenta un listado de ocho (8) comunicaciones enviadas a la supervisión, mediante las que pretende desvirtuar el reproche realizado por el supervisor en su informe. Con fundamento en esto la apoderada del contratista concluye:

«(...) Nótese que todas estas actividades, que no se trata de una lista exhaustiva, demuestran cómo Proyecta cumplió con sus obligaciones contractuales. Sin embargo, como se dijo, el comentario del Supervisor sobre el particular se limitó a señalar que DPS no conocía de estos documentos si no hasta una fecha muy posterior.

Sin embargo, esto no constituye prueba del incumplimiento de Proyecta en sus actividades, y por el contrario demuestra que la ejecución de las obligaciones que le correspondían no es tenida en estricta consideración, y busca ser desestimada en este punto por el Supervisor a través de argumentos que no se refieren al fondo de la obligación (...).».

- La afirmación del informe de supervisión en el proyecto Quindío Varios, según la cual *«(...) no es de competencia de Prosperidad Social la relación contractual establecida entre los contratistas de obra o interventoría de la Gerencia Integral con PROYECTA, que, dentro de la autonomía jurídica y administrativa, corresponde a aquella pronunciarse acerca de las pretensiones del contratista (...)*», no constituye una evidencia de incumplimiento por parte de Proyecta.
- Respecto del Proyecto Quindío Varios el supervisor no se pronuncia sobre una serie de documentos que fueron aportados y que demuestran la diligencia de Proyecta en el cumplimiento de sus obligaciones; para ilustrar esto la apoderada del contratista presenta una lista de cinco (5) documentos.
- En su informe el supervisor informó que no le era posible validar el porcentaje de ejecución de las obras por no contar con cronogramas de ejecución de obra, respecto de lo cual la apoderada de Proyecta alega lo siguiente:

«(...) Es claro entonces que la revisión de informes no es una prueba con entidad de probar el presunto incumplimiento de Proyecta, ya que el mismo Supervisor admite no tener la posibilidad de constatar el avance de las mismas, valiéndose exclusivamente de la información entregada en el informe. Sin embargo, existen otros medios de prueba que sí pueden dar claridad a la entidad sobre el porcentaje de ejecución de las obras, por lo que es menester que en búsqueda de la verdad de lo sucedido en la ejecución contractual, haga uso de ellas, antes de declarar mediante acto jurídico contractual, que existió un incumplimiento de Proyecta.

En todo caso, para descorrer traslado en específico de la prueba puesta en nuestro conocimiento, revisando exclusivamente el contenido de las conclusiones del Supervisor, se tiene que si él mismo admite que no está en la posibilidad, a través de dicha revisión, de concluir sobre el avance de las obras, es obvio que entonces el documento no puede ser plena prueba de un incumplimiento contractual por parte de Proyecta (...).».

- Respecto del presunto incumplimiento relacionado con la presentación de informes, la apoderada del contratista alega que en la decisión no fueron considerados los siguientes argumentos que fueron presentados en los descargos:

«(...) Es preciso en este punto hacer una referencia a lo expresado durante los descargos para que quede claro, respecto a la documentación requerida por Proyecta a las Interventorías y/o contratistas de obra, que en ejecución de los contratos se presentaron las demoras 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.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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 tomó 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.

Adicionalmente, y como se puso en conocimiento de la entidad anteriormente, el contratista presentó debidamente todos los informes que estaban pendientes a través de correo electrónico del 16 de agosto de 2022 (...).

- Las afirmaciones del informe de interventoría en relación con que Proyecta no cumplió con la estructuración de iniciativas en el SGMO, que se identificaron fechas contractuales que superaban la duración del convenio y que existieron comunicaciones con entidades territoriales y contratistas sobre los diseños de los proyectos sin informar a Prosperidad Social – FIP, no pueden ser consideradas como evidencia de incumplimiento. Al respecto, la apoderada del contratista sostiene lo siguiente:

«(...) en su revisión el Supervisor no tiene en cuenta que este tipo de circunstancias se presentaron en la ejecución contractual debido a que, como se explicó en los descargos, 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 a la entidad respecto a la información, toda vez que los proyectos entregados (i) no se encontraban en III de maduración y (ii) no contaban ni siquiera con los insumos mínimos exigidos en la convocatoria. Por lo anterior, esta parte presentó dentro de los descargos la excepción de contrato no cumplido, la cual se reitera en esta oportunidad.

Como en la práctica lo que hubo fue una sustitución tanto de la entidad contratante en su deber de recibir y aprobar aquellas iniciativas como de las mismas entidades territoriales participantes en la convocatoria, Proyecta, en procura de la conservación del contrato y la satisfacción del servicio público, adelantó las gestiones necesarias para poder viabilizar los proyectos, actuación que excedía lo contractualmente establecido por lo cual excedió los tiempos contractuales previstos.

Además, dice el Supervisor que hubo cruce de correos entre entidades y contratistas sobre los diseños de los proyectos sin informar al DAPS, y esto tiene que ver precisamente con que la información inicial entregada por la entidad estaba en un estado tan incipiente de desarrollo, que a la hora de madurar los proyectos fue necesario entablar relación con las entidades territoriales y demás interesados.

Valga aclarar adicionalmente que el contrato 670 establece en su artículo 3.1.2 que la Gerencia Integral debía prever “una etapa de acompañamiento en la maduración de proyectos que tendrá como finalidad que la interventoría y el contratista de obra seleccionado, realicen las actuaciones pertinentes para llevar el proyecto a una fase de maduración alta, incluyendo ajustes a los estudios y diseños presentados por las entidades territoriales, ajustes que deberán ser aprobados por la interventoría para posteriormente ser presentados a la gerencia integral y prosperidad social”.

Entonces, si es claro que una obligación contractual de Proyecta era acompañar a Interventoría y contratista de obra en la maduración del proyecto, y que si había ajustes luego serían presentados al DAPS, cómo es posible que el Supervisor utilice la evidencia del cumplimiento de esta obligación como un argumento en contra de la entidad que represento (...).

- 2.1.6.** La entidad vulneró el derecho de contradicción de Proyecta al no dar validez a los medios de prueba no avalados por el supervisor. Respecto de esto la apoderada del contratista alega lo siguiente:

«(...) Esta decisión respecto a la prueba tomada por el DPS, que permea todo el procedimiento y la decisión tomada por la entidad, es absolutamente contraria a los postulados del debido proceso que le asiste a Proyecta, tanto que llevaría al absurdo de concluir que las únicas pruebas válidas son

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

aquellas que presente el Supervisor, o que este avale, con lo cual carecería de sentido absoluto siquiera adelantar el presente procedimiento contractual.

No dar valor probatorio a los documentos presentados por Proyecta, porque no se encuentran avalados por el Supervisor (que en este tipo de procedimientos se erige como la contraparte por ser el funcionario que profirió el informe del presunto incumplimiento), desprovee al Contratista de cualquier posibilidad de defensa, vulnerando así su derecho fundamental al debido proceso.

(...) es cierto como lo afirma el DPS que el Supervisor del contrato tiene las facultades citadas en el escrito de decisión, pero esto no significa que el funcionario del DPS encargado de decidir sobre el incumplimiento no pueda tomar una decisión diferente a la opinión del Supervisor, para lo cual deberá hacerse a sus propios medios de convicción, pues de lo contrario, reitero, el procedimiento adelantado no sería más que una formalidad para avalar lo ya dicho por el Supervisor, y no un verdadero procedimiento contractual donde el Contratista tenga la posibilidad de defenderse.

(...)

(...) como garantía del debido proceso probatorio, ha establecido la Corte Constitucional que este incluye, además del derecho de presentar y solicitar pruebas y de controvertir las que se presentan en su contra, “el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”.

(...) claro que la decisión del DPS vulnera el principio de defensa de Proyecta, toda vez que, aunque formalmente se permitió a mi representada presentar pruebas, el contratante decidió imponer un requisito adicional para valorar dentro del proceso aquellas aportadas por Proyecta, esto es, que las mismas hubieran sido previamente conocidas y aprobadas por el Supervisor del Contrato, esto es, por el mismo funcionario que puso en marcha la prerrogativa sancionatoria.

Nótese que si lo que pretende Proyecta con las pruebas solicitadas y aportadas es desvirtuar las acusaciones de incumplimiento elevadas por el Supervisor en su informe, carece de toda lógica que el DPS únicamente le de valor probatorio a las pruebas que el mismo Supervisor haya avalado. Esto es, el DPS solo tendrá en cuenta aquellas pruebas que haya aprobado el funcionario contra el cual se aportaron dichas pruebas (...).

2.1.7. La apoderada de Proyecta reitera su alegato de excepción de contrato no cumplido «(...) en los mismos términos expresados en el escrito de descargos (...)», en lo cual se debe tener adicionalmente en consideración el hecho de que Prosperidad Social – FIP no se pronunció sobre las observaciones que hizo el contratista al informe del supervisor y que considera que no se tuvo en cuenta las pruebas aportadas por Proyecta.

2.1.8. Por estas mismas dos últimas consideraciones la apoderada del contratista reitera los demás argumentos elevados por Proyecta en el escrito de descargos, en relación específicamente con los siguientes ítems:

- Cumplimiento de la obligación de entrega de información.
- Cumplimiento de Proyecta del componente seguimiento, control y ejecución de proyectos.
- No exigibilidad del componente No. 3 Cierre y liquidación de contratos de obra y de interventoría.
- Argumentos respecto al acuerdo directo y al presunto incumplimiento de la ejecución financiera.

2.1.9. La cláusula penal pecuniaria no es aplicable en el presente caso por cuanto no existió ningún perjuicio económico para Prosperidad Social – FIP y de llegar a hacerse debe aplicarse el principio de proporcionalidad. Al respecto la apoderada del contratista considera lo siguiente:

«(...) la cláusula penal, al ser una tasación anticipada de perjuicios, solo es procedente en el caso en que la parte cumplida sufra un perjuicio de parte del incumplimiento de la contraparte. Además de reiterar que el DPS no puede considerarse como la parte cumplida por los argumentos ya expresados en la excepción de contrato no cumplido, en todo caso en el caso concreto no es posible hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pues el DPS no sufrió ningún perjuicio.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

Como se explicó en el capítulo relativo al abuso del derecho, con lo sucedido en la ejecución contractual el DPS no sufrió ningún perjuicio. El desembolso de dinero por parte del DPS a Proyecta estaba supeditado a la efectiva ejecución contractual. Por lo tanto, el dinero que desembolsó el DPS correspondió efectivamente al pago de actividades ejecutadas por Proyecta. Pero del resto del presupuesto que previó la entidad contratante a la ejecución de esta gerencia integral, no hubo desembolso alguno a Proyecta.

Esto es, no existió ningún perjuicio económico causado al DPS, por lo que no es procedente hacer efectiva la cláusula penal, ya que no se trataría de un resarcimiento vía indemnización de perjuicios, si no que se trataría de un enriquecimiento de una entidad pública de cuenta de otra entidad del orden territorial. Ya que no hay perjuicio a resarcir, el cobro de la cláusula penal no genera otra cosa que un enriquecimiento de la entidad contratante.

Si aun así el DPS insiste en continuar con este procedimiento y declarar un incumplimiento por parte del Contratista, es preciso que realice una reducción proporcional de la pena (...)

(...)

En la decisión de 13 de junio de 2023, el DPS realizó una supuesta reducción proporcional de la pena, teniendo en consideración el criterio de porcentaje de ejecución del contrato, descontando así el 0,27% de la tasación de la pena.

Sin embargo, continúa siendo a todas luces desproporcionado el monto tasado como pena en el caso concreto, teniendo en consideración como lo advirtió el mismo DPS en su decisión, que de algunos de los incumplimientos se reputa un retraso y no una inejecución, que otros se tratan de incumplimientos en requisitos formales de entrega de información, y que en el incumplimiento relativo a adelantar y entregar los contratos de obra, además de la participación en la cadena causal del DPS, no existió ningún perjuicio en el patrimonio del DPS.

Por lo tanto, la tasación proporcional de la pena debe obedecer a acercar el valor a la cuantía del perjuicio que hubiere sufrido el DPS, pues de lo contrario lo que se genera es un enriquecimiento, lo cual difiere de la finalidad de las cláusulas penales indemnizatorias».

2.1.10. En atención a lo anterior, la apoderada de Proyecta solicita el cese de procedimiento contractual o, de manera subsidiaria, que se revoque la decisión proferida el 13 de julio de 2023 y en su lugar se declare que no hay lugar a la declaratoria de siniestro por incumplimiento. Adicionalmente, solicita se informe al Ministerio Público de la existencia del presente procedimiento, con el fin de que se ha presente en éste «(...) en aras de velar por la protección del patrimonio público».

2.2. Argumentos del escrito de reconsideración presentado por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Los argumentos presentados por la apoderada de la garante SEGUROS DEL ESTADO S.A. en su escrito de reconsideración se sintetizan así:

2.2.1. Prosperidad Social – FIP no tiene competencia para aplicar la cláusula penal pecuniaria. En relación con esto la apoderada de la compañía garante alega lo siguiente:

«(...) el seguro de Cumplimiento ha sido enmarcado como un SEGURO DE DAÑOS, en la medida que pretende la protección o el resarcimiento del patrimonio económico del asegurado, como consecuencia de los perjuicios directos derivados del incumplimiento de las obligaciones de dar o hacer, que se enmarcan dentro del contrato garantizado, por parte del tomador de la póliza, teniendo como objeto el reconocimiento de estos, mediante el pago de la respectiva indemnización, limitada al monto del valor asegurado y hasta la concurrencia del detrimento patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado.

Conforme a lo anterior, las obligaciones de Seguros del Estado S.A. corresponden únicamente y

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

exclusivamente a garantizar e indemnizar los perjuicios directos que puedan derivarse del incumplimiento imputable al contratista, de las obligaciones del contrato garantizado, presentes y no futuros, que correspondan al concepto de daño emergente, representados por ejemplo en la generación de mayores costos para realizar la gerencia integral a los proyectos de infraestructura vial, frente al valor del contrato suscrito con la sociedad EMPRESA PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL - PROYECTA, toda vez que el concepto de Lucro Cesante, se encuentra excluido por expresa disposición legal del artículo 1088 del Código de Comercio.

Por lo anterior, la entidad que representa no puede pretender mediante el escrito objeto de respuesta la efectividad de la cláusula penal teniendo en cuenta que no se determina la existencia de un perjuicio, detrimento patrimonial, objeto de cobertura con la póliza de seguro otorgada, derivado del no cumplimiento de la Gerencia integral como se explicará más adelante.

Así las cosas, se precisa que conforme lo consagrado en el artículo 6 de la Carta Política, los actos que expida la administración deben estar precedidos por una facultad que habilita al servidor público para actuar; en tal sentido, la competencia se constituye como un elemento fundante de la decisión contractual que corresponde a un acto administrativo.

(...)

(...) la entidad en ejercicio de sus funciones y con su poder dominante como contratante no puede aplicar las sanciones contempladas en el contrato, pues el mismo está regido por normas de Derecho privado, no siendo posible que la misma ejerza facultades no asignadas ni contempladas en la legislación, debiendo acudir al juez del contrato pues el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - FONDO DE INVERSION PARA LA PAZ - DPS - FIP, se encuentra sujeta a un régimen especial impuesto por el legislador; motivo por el cual, sus actuaciones se encuentran reguladas por el derecho privado.

Es claro entonces, que resulta totalmente improcedente la Decisión contractual adoptada en relación con la imposición de sanciones al contratista con cargo a la póliza de seguro otorgada, pues para la efectividad de la misma debe aplicarse las normas pertinentes del código de Comercio que regula los contratos de seguros (...).

- 2.2.2.** La decisión contractual carece de cuantificación de perjuicios y de los requisitos necesarios para la declaración del siniestro. La apoderada de la compañía garante fundamenta esta alegación en los siguientes argumentos:

«Vale la pena resaltar que, el alcance de la cobertura de CUMPLIMIENTO se encuentra definida en las Condiciones Generales del contrato de seguro, de la siguiente manera:

“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”

En lo que respecta a esta cobertura debe indicarse que, el objeto de aquella es amparar los perjuicios directos derivados del incumplimiento del contrato, con sujeción a las condiciones de la póliza previamente aludidas.

Conforme a lo anterior, se debe resaltar que dicha cobertura determina entonces la necesidad de acreditación de un perjuicio cierto, real y directo, entendido como un daño económico (perjuicio patrimonial) sufrido por la entidad contratante, como consecuencia del incumplimiento del contrato, lo cual, debe advertirse no se determina en el presente caso.

(...)

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

(...) la entidad en desarrollo del procedimiento establecido en el clausulado general de la póliza no sustentó en forma alguna la existencia de posibles perjuicios, como consecuencia del presunto incumplimiento aludido.

Ahora bien, en cuanto a la cláusula penal si bien la misma se encuentra pactada en el contrato garantizado, lo cierto es que su exigibilidad de cara al contrato de seguro contenido en la póliza de seguro otorgado se encuentra supeditada a la comprobación de la existencia real y efectiva de un perjuicio para el asegurado, que deba ser indemnizado desconociendo la existencia del mismo y el principio indemnizatorio de los contratos de seguros.

Lo anterior, teniendo en cuenta el seguro de cumplimiento particular por tratarse de un seguro patrimonial, tiene una función estrictamente indemnizatoria, conforme a lo dispuesto en los artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio y las condiciones contractuales del seguro.

(...)

(...) se ratifica entonces que la efectividad de la cláusula penal exige la acreditación de la existencia de un perjuicio real para el contratante, que implique que aquella sanción efectivamente resarcirá, en todo o parte el mismo, aspecto que claramente no se comprueba dentro de la parte motiva de la decisión objeto del presente pronunciamiento, incurriendo en una flagrante vulneración al principio indemnizatorio, pues como se indicó la suma que se pretende no cuenta con sustento real y no puede ser fuente de enriquecimiento.

En conclusión, la facultad para hacer efectivas unilateralmente las cláusulas penales y/o sanciones preliminares, la tienen única y exclusivamente las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, destacándose además que tal facultad no puede originarse en un contrato, al tener un origen legal.

Por lo anterior, se encuentra que en el presente contrato ninguna de las partes cuenta con la facultad de utilizar directamente cláusulas excepcionales al derecho común, como quiera que no pueden válidamente ocupar el lugar de juez y parte dentro de dicha relación.

(...)

(...) la Ley le otorga a la Aseguradora la facultad de delimitar a su arbitrio, la asunción de los riesgos que le sean puestos de presente, al momento de la celebración de un contrato de seguros, según lo previsto en el artículo 1056 del Código de Comercio (...)

Así, es potestativo de Seguros del Estado S.A. limitar los riesgos que le sean presentados para su aseguramiento, en las condiciones y términos que considere susceptibles de asegurar, con sujeción a lo dispuesto en el objeto del seguro, sus Condiciones Generales y Particulares, así como el ordenamiento legal.

(...)

Ahora bien, teniendo en cuenta el alcance del riesgo asumido por esta Compañía, se encuentra que a la fecha no está acreditada la existencia de un siniestro que afecte al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - FONDO DE INVERSION PARA LA PAZ - DPS – FIP, no siendo posible acceder a la afectación del amparo de cumplimiento contenido en el contrato de seguro, al no comprobarse la materialización a la fecha de un detrimento económico que pudiera ser indemnizado con cargo al contrato de seguro».

- 2.2.3.** Con fundamento en lo anterior, la apoderada de la compañía garante solicita se reconsidere en su totalidad la decisión contractual del 13 de julio de 2023 y como consecuencia abstenerse de hacer efectiva la póliza.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

3. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES PARA ADOPTAR LA DECISIÓN CONTRACTUAL SOBRE LOS ESCRITOS DE RECONSIDERACIÓN

Sea la primero dejar constancia que se atendió la solicitud de la apoderada de Proyecta de convocar al Ministerio Público a la presente actuación contractual. Por tal razón, mediante el oficio S-2023-2100-2070908 del 31 de julio de 2023 se solicitó a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal y a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública la intervención de un agente del Ministerio Público, la cual fue recibida bajo la radiación E-2023-482170 de la misma fecha. La solicitud fue remitida el mismo día por las referidas Procuradurías Delegadas, para reparto, a las Procuradurías Preventivas. A la fecha no se ha recibido respuesta y consultado el número de radicado se constata que la solicitud continua en trámite.

Puesto que no existe norma legal ni estipulación en el contrato de seguro que establezca la intervención del Ministerio Público como requisito procedimental en la presente actuación contractual, no se encuentra impedimento jurídico ni contractual alguno para dar continuidad a ésta.

Por otra parte, previo a adentrarse en el análisis de los reparos que los escritos de reconsideración presentados por Proyecta y Seguros del Estado S.A. realizan frente a la decisión contractual del 13 de julio de 2023, se considera necesario precisar una vez más la naturaleza jurídica del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 toda vez que, igual que sucediera en los descargos, en el escrito de reconsideración presentado por la apoderada de Proyecta se reclama en unas ocasiones la aplicación de las normas que rigen la contratación privada, mientras que en otras se hace referencia a las regulaciones de la Ley 80 de 1993. Al respecto debe reiterarse lo ya indicado en el numeral 8.1 de la decisión contractual adoptada, en el siguiente tenor literal:

«(...) 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 (...)».

Así las cosas, resulta inequívoco que el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 se encuentra regulado por las normas de régimen privado de contratación y, por ende, resultan inaplicables las regulaciones establecidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Como corolario de lo anterior se concluyen dos premisas que debe ser tenidas en consideración para todo el análisis venidero; de un lado, que en el marco del contrato Prosperidad Social – FIP funge como un particular, tal como lo ha señalado expresamente el Consejo de Estado, quien indica que:

«(...) una administración, cuando se gobierna por el derecho común, se debe comportar como lo hacen quienes están sometidos al derecho privado, lo que implica que deba adelantar las mismas actuaciones que el resto de estos sujetos (...)»¹.

De otro lado, que en el marco del contrato se da la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes, razón por la cual en toda actividad derivada de éste a Prosperidad Social – FIP solo le es dable aquello que las partes acordaron de manera expresa que podía hacer. Estos dos postulados constituyen el referente de análisis frente a los reparos formulados en los escritos de reconsideración.

Consideradas de manera conjunta las alegaciones presentadas por Proyecta y Seguros del Estado S.A., se tiene que realizan los siguientes reparos a la decisión contractual adoptada el día 13 de julio de 2023:

- Nulidad del contrato por objeto o causa ilícita.
- Falta de competencia para declarar el siniestro.
- Ausencia de requisitos para la configuración del siniestro y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.
- Daño al patrimonio público del Departamento del Quindío.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 59378 del 8 de septiembre de 2021, radiación 2015-00694, Consejero ponente Alberto Montaña Plata.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

- Configuración de la excepción de contrato no cumplido.
- Ausencia de pronunciamiento de la entidad sobre los reparos al informe de supervisión.
- Vulneración del debido proceso probatorio.
- Proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria.
- Reiteración general de los descargos en relación con el cumplimiento de la obligación de entrega de información, el cumplimiento de Proyecta del componente seguimiento, control y ejecución de proyectos, no exigibilidad del componente de cierre y liquidación de contratos de obra y de interventoría y los argumentos respecto al Acuerdo Directo y al presunto incumplimiento de la ejecución financiera.

Así las cosas, se procede a continuación al análisis de cada uno de estos reparos.

3.1. Nulidad del contrato por objeto o causa ilícita

En relación con este reparo que formula la apoderada de Proyecta basta con indicar que se yerra ostensiblemente el escenario, toda vez que a las partes del contrato no les está permitido declarar la nulidad absoluta, ni aún si una de las partes es la administración ni mucho menos si se actúa en calidad de particulares como en este caso. Si bien en efecto, como se cita acertadamente en el escrito de reconsideración, el artículo 1741 del Código Civil establece el objeto o la causa ilícita como causal de nulidad absoluta del contrato, inmediatamente después el artículo 1742 establece que la potestad de declararla corresponde exclusivamente al juez, cuando indica que «(...) la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez (...)» (subrayado por fuera del texto original).

En consecuencia, si Proyecta ha considerado que se encuentra configurada una causal de nulidad absoluta del contrato interadministrativo 670 FIP de 2021, debe acudir ante el juez del contrato a demandar su declaratoria, ya que a Prosperidad Social – FIP no le es dable hacerlo como parte del contrato, ni aun cuando fungiera como administración y no en calidad de particular como ocurre en este caso.

3.2. Falta de competencia para declarar el siniestro

El tema de la competencia de Prosperidad Social – FIP fue abordado con suficiencia en el numeral 8.5 de la decisión contractual del 13 de julio de 2023. Debe advertirse lo antigua que resulta la jurisprudencia en la que la apoderada de la aseguradora funda su alegación de falta de competencia, la cual data de 1994. En efecto, tal como se indicó en la propia decisión contractual que se solicita reconsiderar, primigeniamente el Consejo de Estado consideró que la facultad de declarar unilateralmente el incumplimiento y el correspondiente siniestro se encontraba reservada al juez del contrato, dicha posición evolucionó en el tiempo y se reitera aquí lo indicado en el referido numeral 8.5, así:

«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

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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, 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»². 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»³.

(...)

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».*

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 56939 del 20 de febrero de 2017, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 4512 del 17 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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 razonadas⁴.

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:

«PARAGRAFO 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 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

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 41783 del 24 de agosto de 2016, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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».

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».

3.3. Ausencia de los requisitos para la configuración del siniestro y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria

El tema de la efectiva ocurrencia del siniestro y la cuestión relativa a la acreditación de perjuicios y su cuantificación también fue tratado suficientemente en los numerales 8.6 y 8.8 de la decisión contractual del 13 de julio de 2023. Yerran las apoderadas de Proyecta y Seguros del Estado S.A. cuando parten de la consideración de que indefectiblemente uno de los requisitos para reputar ocurrido el siniestro de cumplimiento es la acreditación de un perjuicio a la entidad, causado por el incumplimiento del contratista, ignorando con ello que el amparo de cumplimiento contemplado en la Póliza de Cumplimiento ante Entidades Públicas con Régimen Privado de Contratación N° 60-45-101004234, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., contempla cuatro (4) hechos configuradores diferentes.

En efecto, la estipulación del contrato de seguro que establece este amparo (numeral 1.4 del clausulado de condiciones generales), que además es acertadamente citada por la apoderada de la aseguradora en su escrito de reconsideración, establece expresamente lo siguiente:

«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» (subrayado por fuera del texto original).

Como se evidencia, las dos (2) situaciones fácticas que configuran la ocurrencia del siniestro de cumplimiento son:

- i) Que se causen perjuicios a la entidad derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- ii) Que se causen perjuicios a la entidad derivados del incumplimiento tardío de las obligaciones contractuales.
- iii) Que se causen perjuicios a la entidad derivados del incumplimiento defectuoso o imperfecto de las obligaciones contractuales.
- iv) Que al contratista se le imponga una multa o se le haga efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Como puede verse, solo en los tres primeros casos el amparo cubre el valor de los perjuicios, mientras que en el último caso lo que cubre no es dicho valor sino el valor de la multa o de la cláusula penal pecuniaria, de manera tal que la configuración del siniestro no deviene de la causación de perjuicios sino del mero hecho objetivo de la imposición de la sanción y su monto constituye la cuantía del siniestro. Precisamente, en el caso de la presente reclamación de seguro, ésta se efectúa con fundamento en dicho hecho configurador del siniestro de cumplimiento y, en consecuencia, no resulta necesaria la acreditación de los perjuicios y su cuantificación. En cuanto a la alegación realizada por la apoderada de la compañía garante en relación con la potestad de delimitación del riesgo que a ésta le asiste, no se evidencia aquí ninguna vulneración de ella como quiera que, precisamente en uso de esa delimitación, Seguros del Estado decidió que asumía a título de riesgo el pago del valor de la cláusula penal pecuniaria.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

Ahora bien, el reparo que hacen ambos escritos de reconsideración en relación con la necesidad de acreditar y cuantificar perjuicios también está referido al hecho de que la cláusula penal pecuniaria que se pactó en el contrato interadministrativo 670 FIP de 2021 es de tipo indemnizatorio, es decir, constituye una tasación anticipada de perjuicios. De ello derivan erradamente la apoderada del contratista y la apoderada de la aseguradora, una supuesta necesidad de acreditar y cuantificar perjuicios, lo cual resulta equivocado. Al respecto se reitera aquí lo señalado en el numeral 8.6 de la decisión contractual del 13 de julio de 2023 en el siguiente tenor literal:

«La pretensión (...) 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 inejecución 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 (...)»⁵.

(...) 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 (...)»⁶ (subrayado por fuera el texto original).

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

⁵ 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.

⁶ 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 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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».

Con el anterior análisis queda además desvirtuada la alegación de la apoderada de Proyecta sobre un supuesto abuso del derecho por hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria. Claramente se evidencia que no existe en ello la alegada desviación del fin asignado por las partes al derecho de Prosperidad Social – FIP a dicha efectividad, ni mucho menos media un interés particular de enriquecimiento, afirmación ésta que debe advertirse raya en la temeridad por la absoluta ausencia de sustento. La finalidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en este caso no es otra que la que fue pactada en el contrato, esto es, cubrir el valor de los perjuicios tasados con anticipación. Como se ha visto, no es exigible a Prosperidad Social – FIP acreditarlos y cuantificarlos y era a Proyecta a quien correspondía probar que no existieron perjuicios o que, si existieron, su cuantía no asciende a la estimación anticipada que se efectuó; el contratista simplemente no llegó a probar ni lo uno ni lo otro como en efecto le asistía la obligación de hacerlo.

Queda igualmente desvirtuada la alegación de la apoderada de la compañía garante sobre una supuesta ausencia de precisión de la fecha de materialización del detrimento económico, pues de la literalidad misma en que se encuentra pactada la cláusula penal pecuniaria se infiere que dicho detrimento que se estima con anticipación se deriva del incumplimiento del contratista y éste se constata al finalizar el plazo contractual.

3.4. Daño al patrimonio público del Departamento del Quindío

Constituye este sin duda el argumento más improcedente de los presentados en el escrito de reconsideración de la apoderada de Proyecta y de no ser porque media para la entidad la obligación constitucional de presunción de la buena fe, bien podría considerarse de mala fe. No existe en la cláusula 16) del contrato, en la cual las partes pactaron la cláusula penal pecuniaria, estipulación expresa alguna en relación con una excepción en su aplicación, en función del impacto patrimonial que ella pueda generar en Proyecta.

Ese solo hecho basta para despachar desfavorablemente este reparo que el contratista realiza a la decisión del 13 de julio de 2023. Sin embargo, vale precisar que ese impacto patrimonial que pueda llegar a tener la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en manera alguna puede ser atribuido a Prosperidad Social – FIP, quien solo se está limitando a hacer efectiva una consecuencia jurídica que, en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, las partes acordaron de común acuerdo en el contrato. Por el contrario, ese impacto patrimonial es atribuible sin duda alguna a Proyecta por el incumplimiento que da lugar a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria el cual, como se evidenció en la referida decisión, le es claramente imputable. Sin duda, esta alegación del contratista vulnera el principio de «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*», esto es, nadie puede alegar su propia culpa en su defensa.

3.5. Excepción de contrato no cumplido y culpa de la entidad en el incumplimiento del contratista

En relación con la alegación de la excepción de contrato no cumplido que la apoderada del contratista vuelve a presentar, debe reiterarse lo indicado en el numeral 8.3 de la decisión contractual del 13 de julio de 2023:

«(...) 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

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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.

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

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.

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 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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 (...).

(...) 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 (...).

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 recíprocamente 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».

En su escrito de reconsideración la apoderada del contratista no llega a presentar argumentos o consideraciones probatorias nuevas que desvirtúen el anterior análisis. Los reparos realizados al informe de supervisión en nada lo afectan, como tampoco tienen vocación de hacerlo los informes de interventoría que no fueron considerados debido a que, por su extemporaneidad éstos no fueron avalados por la supervisión; ni los unos ni los otros versan sobre el presunto incumplimiento de la entidad en el proceso de maduración de los proyectos, ni demuestran tampoco que Proyecta cumplió con las obligaciones que se reputan incumplidas.

En cuanto a la supuesta culpa de la entidad en el incumplimiento de Proyecta, dicha cuestión fue abordada con suficiencia en el numeral 8.4 de la decisión contractual del 13 de julio de 2023, razón por la cual aquí se reitera lo dicho allí, en el siguiente tenor literal:

«(...) 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 derivados, 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

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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.

(...)

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

3.6. Ausencia de pronunciamiento sobre los reparos al informe de supervisión

No resulta cierta la alegación de la apoderada de Proyecta en el sentido de que los reparos que hiciera en sus descargos al informe de supervisión no hayan sido considerados y no haya habido pronunciamiento sobre ellos. Si bien en efecto la decisión del 13 de julio de 2023 no se pronuncia de manera pormenorizada al respecto, dichos reparos quedan plenamente subsumidos en consideraciones más generales. Para ilustrar esa subsunción se hace necesario tener siempre en consideración cuáles son los reproches de incumplimiento realizados al contratista:

1. Que 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.
2. Que en el componente de interventoría PROYECTA no entregó informes completos en ninguno de los treinta (30) proyectos.
3. Que 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. Que 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. Que 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%.

A la luz de estos incumplimientos y realizado el análisis de todas las pruebas presentadas por el contratista, incluyendo la que tiene que ver con los reparos formulados al informe de supervisión, en el numeral 8.2 de la decisión del 13 de julio de 2013 se llegó a la siguiente conclusión:

«(...) 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 precisó, no puede 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.

(...)

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

(...) 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.

(...)

(...) 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 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 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 (...).

Ahora bien, la subsunción de los reparos al informe de supervisión no solo quedó hecha en relación con el incumplimiento de obligaciones reprochado, sino que también se llevó a cabo en el análisis de los eximentes de responsabilidad que alegó el contratista. Si bien de nuevo en la decisión no se hace mención pormenorizada de cada reparo, estos quedaron subsumidos en la apreciación probatoria general realizada en el numeral 8.4 de aquella, mediante la que se concluye que no se llegó a probar la configuración de un eximente de responsabilidad, de la siguiente manera:

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

«(...) 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.

(...) correspondía a PROYECTA probar la configuración de causas extrañas, ajenas a su voluntad, que le eximieran de responsabilidad en el incumplimiento del contrato.

(...)

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 adelanto. 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 (...).

El talante literal del análisis realizado, tanto sobre los incumplimientos reprochados como en relación con los eximentes de responsabilidad propuestos por el contratista, claramente evidencia que en él quedó subsumida la cuestión de los reparos realizados al informe de supervisión. Ahora bien, puesto que la apoderada del contratista así lo reclama, a continuación se hará referencia a cada uno de ellos para evidenciar expresamente que su consideración individual y pormenorizada no tiene la vocación de modificar el análisis realizado.

El primer reparo realizado al informe de supervisión es que no es cierto que en el Proyecto Quindío – Varios haya existido presunta falta de oportunidad y diligencia por parte de Proyecta en el inicio, dentro de la debida oportunidad, de los procesos por el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo de sus contratistas. Para ilustrar tal consideración del supervisor la apoderada de Proyecta se refiere a los siguientes cinco (5) documentos:

- Correos electrónicos entre el 05/07/2022 y 16/07/2022 con el asunto: “AVANCE TÉCNICO DE OBRA SIN SUPERVISIÓN DE INTERVENTORÍA”.
- Correos electrónicos del 06/07/2022 y 16/07/2022 con el asunto: “SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES DE OBRA”.
- “ACTA DE REUNIÓN”, fechada el 08/07/2022 con tipo de reunión “Diligencia arreglo directo”.
- Correos electrónicos con trazabilidad de fechas 16/07/2022 y 21/07/2022 con el asunto Fwd: Recordatorio Mesa de Incumplimiento.
- Documento titulado “Acta de reunión”, fechado el 25/05/2022 con asunto tipo de reunión visita técnica. (acta inicio 3/5/2022)

Al respecto debe tenerse en consideración, de un lado, que la falta de inicio de procedimientos sancionatorios a los contratistas de obra o de interventoría, por parte de Proyecta, no es expresamente uno de los incumplimientos reprochados a Proyecta en el informe de supervisión. De otro lado, ni los referidos cinco (5) documentos ni ninguna otra de las pruebas documentales que obran en el expediente evidencia que Proyecta haya adelantado algún procedimiento de incumplimiento en contra de sus contratistas. Al respecto, debe

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

recordarse que el Contrato Interadministrativo 670 FIP de 2021 establece en su numeral 3.1.2 lo siguiente:

«(...)

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 deberá adelantar los trámites necesarios para el inicio y desarrollo de procesos sancionatorios en el marco del contrato de obra y del contrato de Interventoría de acuerdo con la normatividad vigente, entregando los documentos soporte y la estimación de los perjuicios causados con ocasión del Incumplimiento, y brindando acompañamiento hasta su culminación (...).».

Llama además poderosamente la atención el hecho de que los únicos documentos que presenta Proyecta para acreditar su diligencia en el tema de conminar a los contratistas de obra y de interventoría para la oportuna ejecución de sus respectivos contratos, correspondan a comunicaciones realizadas a escasos días del vencimiento del plazo contractual.

Por otra parte, resulta extraña la referencia que hace la apoderada de Proyecta en relación con la naturaleza inicialmente presunta de los incumplimientos que el supervisor le reprocha al contratista. En su calidad de profesional de derecho sabe perfectamente que dicha presunción obedece a la garantía de presunción de inocencia a que tiene derecho Proyecta y no como se pretende a una hipótesis de incumplimiento. Es claro que, en aras de materializar esta garantía, de manera responsable el supervisor presenta su reproche de incumplimiento a título de presunción y aporta las pruebas cuyo análisis permite al fallador alcanzar el grado de certeza que desvirtúa esa presunción de inocencia.

El segundo reparo realizado el informe de supervisión es que no es cierto que en el proyecto Quindío – Varios varias de las comunicaciones dirigidas por Proyecta a las interventorías y/o contratistas de obra no fueron enviadas en copia a la supervisión. Frente a esto Proyecta presenta las siguientes ocho (8) comunicaciones enviadas a la supervisión, mediante las que pretende desvirtuar el reproche realizado por el supervisor en su informe:

- Comunicación con radicado 195 fechada el 05/05/2022 dirigido a la Ingeniera Eneth Talina Avendaño Rep. Legal CONSORCIO TRÁNSITO QUINDÍO, con referencia: “Contrato de Consultoría 017 de 2022, Asunto: Notificación posible incumplimiento contractual – Aseguradora Solidaria Póliza No.430- 47-994000055967.
- Comunicación con radicado 210 fechada el 17/05/2022 dirigido a la Ingeniera Eneth Talina Avendaño Rep. Legal CONSORCIO TRÁNSITO QUINDÍO, Asunto: Notificación posible incumplimiento contractual – Aseguradora Solidaria, póliza No.430- 47-994000055967- Seguros del Estado S.A. Póliza No.21-44-101379574.
- Correo electrónico con trazabilidad de fechas los días 12/05/2022 y 17/05/2022 con el asunto: “NOTIFICACIÓN POSIBLE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL PÓLIZA No.430-47-99000055967”.
- Correo electrónico con trazabilidad de fechas del 17/05/2022, 05/07/2022 y 21/07/2022 con el asunto: “NOTIFICACIÓN POSIBLE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – CONTRATO DE OBRA No.012 Y CONTRATO DE CONSULTORÍA No.017 – SOBRE MEJORAMIENTO DE VÍAS URBANAS DE BAJO TRÁNSITO EN LOS MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO”.
- Comunicación con radicado SPC-C017-2022-003 fechada el 07/07/2022 dirigida a la Ingeniera Eneth Talina Acendaño e Ingeniero Luís Adrián Mejía Álvarez, Recordatorio citas de mesa de incumplimiento.

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

- Oficio fechado el 16/07/2022 con el número SPC-C017-2022-07 remitido a CONSORCIO VÍAS QUINDÍO, Asunto: Notificación incumplimiento compromisos mesa de concertación con aseguradora y solicitud firma de acta de mesa de concertación con aseguradora”.
- Oficio sin número de radicado fechado el 28/06/2022 dirigido a la Ingeniera Eneth Talina Avendaño Pacheco con la referencia: “CONTRATO DE CONSULTORÍA 017 DE 2022, ASUNTO: SEGUIMIENTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, RECORDATORIO ARREGLO DIRECTO INCUMPLIMIENTO Y TRASLADO NOTIFICACIÓN DE NO PAGO DE PÓLIZA”.
- Oficio con número SPC-C017-2022-004 fechado el 29/06/2022 dirigido a OBRAS INTERVENTORÍAS Y SUMINISTROS S.A.S. Eneth Talina Avendaño. asunto: “CITACIÓN”.

De nuevo se trata de un aspecto que no fue reprochado expresamente por la supervisión como uno de los incumplimientos de Proyecta. Por otra parte, de las comunicaciones listadas se evidencia claramente que ninguna de ellas tiene la vocación de probar que el contratista envió a la supervisión copia de la totalidad de los documentos remitidos a los contratistas de obra y de interventoría. Adicionalmente se trata nuevamente de comunicaciones realizadas a escasos días de la terminación del plazo contractual lo cual, lejos de evidenciar la diligencia del contratista, la pone en entredicho.

No resulta cierta la afirmación de la apoderada de Proyecta en el sentido de que estas comunicaciones «(...) demuestran cómo Proyecta cumplió con sus obligaciones contractuales (...)», como quiera que ninguna de ellas acredita que entregó oportunamente la totalidad de las obras e informes de interventoría, que cumplió con el compromiso adquirido en el trámite contractual de arreglo directo consistente en tener ejecutado el 55% de la reserva presupuestal del contrato para el día 15 de julio de 2022, que se realizó el cierre y la liquidación de todos los contratos de obra e interventoría y que se avanzó en el 100% de la ejecución de los recursos del contrato.

El tercer reparo que realiza la apoderada de Proyecta al informe de supervisión es que la afirmación de éste, según la cual «(...) no es de competencia de Prosperidad Social la relación contractual establecida entre los contratistas de obra o interventoría de la Gerencia Integral con PROYECTA, que, dentro de la autonomía jurídica y administrativa, corresponde a aquella pronunciarse acerca de las pretensiones del contratista (...)», no constituye una evidencia de incumplimiento por parte de Proyecta. Eso en efecto es cierto; sin embargo dicha afirmación no es realizada por el supervisor del contrato como una prueba del incumplimiento de Proyecta a sus obligaciones contractuales, sino como una desestimación del argumento del contratista mediante el cual pretende eximirse de responsabilidad sobre la base de los atrasos e incumplimientos de sus propios contratistas de obra e interventoría. Efectivamente, le asiste razón al supervisor en su consideración de que Proyecta no puede escudar su incumplimiento a través del de los contratistas de obra e interventoría que ella misma eligió.

Pero además, este aspecto fue considerado expresamente dentro de la decisión contractual del 13 de julio de 2023, que al final de su numeral 8.4 se manifiesta en los siguientes términos:

«(...) 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

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

de «nemo auditur propriam turpitudinem allegans», esto es, nadie puede alegar su propia culpa en su defensa».

El cuarto reparo de la apoderada de Proyecta al informe de supervisión es que, respecto del Proyecto Quindío Varios el supervisor no se pronuncia sobre una serie de documentos que fueron aportados y que demuestran la diligencia de Proyecta en el cumplimiento de sus obligaciones. Para ilustrar esto la apoderada presenta los siguientes de cinco (5) documentos:

- Correo electrónico con trazabilidad de fechas de 28/06/2022 y 16/07/2022 con el asunto: “Notificación incumplimiento pólizas – recordatorio arreglo directo”, el cual es remitido por el señor Jaime Andrés Bejarano López del área técnica de proyecta con el adjunto PC-C017-2022-03.pdf.
- Comunicación con número SPC-C017-2022-05 fechado el 29/06/2022 al CONSORCIO VÍAS QUINDÍO, Luís Adrián Mejía Álvarez, representante legal, contratista de obra, con referencia: “CONTRATO DE OBRA No.017 DE 2022. Objeto: “MEJORAMIENTO DE VÍAS URBANAS DE BAJO TRÁNSITO EN LOS MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO. CONTRATO DE CONSULTORÍA No.016 DE 2022. Objeto: “INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL PARA MEJORAMIENTO DE VÍAS URBANAS DE BAJO TRÁNSITO EN LOS MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO”.
- Correo electrónico fechado el 29/06/2022 remitido por el área técnica de proyecta con el asunto: “Citación arreglo directo presencial”, con los adjuntos SPC-C017- 2022-004.pdf y SPC- 017-2022-005.pdf.
- Correo electrónico con trazabilidad de fechas los días 29/06/2022 y 16/07/2022, remitido por el área técnica de PROYECTA, por el señor Jaime Andrés Bejarano López, con el asunto: “Oficio Negación Ajuste de Precios”, y con el anexo SPC-C0- 017-2022.pdf.
- Correo electrónico con trazabilidad de fechas 16/07/2022 y 21/07/2022, con el asunto “fwd: Acta de arreglo directo para firma”, remitido por el señor Jaime Andrés Bejarano López del área técnica de proyecta, con el anexo arreglo directo.pdf.

Puede evidenciarse claramente de nuevo que se trata de comunicaciones enviadas por Proyecta a escasos días de vencer el plazo contractual lo cual, contrario a la consideración de la apoderada, demuestra falta de diligencia y oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de control y seguimiento de la ejecución de los contratos de obra y de interventoría, lo cual adicionalmente derivó en la falta de cumplimiento en el contrato interadministrativo N° 670 FIP de 2021.

Vale llamar la atención que los referidos reparos hacen referencia a uno solo de los 16 objetos del proyecto, cual es el de Quindío – Varios; nada se dice sobre los otros 15 objetos.

El quinto reparo realizado por la apoderada de Proyecta al informe de supervisión, es que en él se indica la imposibilidad de validar el porcentaje de ejecución de las obras por no contar con cronogramas de ejecución de obra. De ello deriva la apoderada la consideración de que la revisión de informes *«(...) no es una prueba con entidad de probar el presunto incumplimiento de Proyecta, ya que el mismo Supervisor admite no tener la posibilidad de constatar el avance de las mismas, valiéndose exclusivamente de la información entregada en el informe (...)»*. Y concluye además que *«(...) existen otros medios de prueba que sí pueden dar claridad a la entidad sobre el porcentaje de ejecución de las obras (...)»*. Precisamente, correspondía a Proyecta aportar esas pruebas que demostraran que sí había ejecutado las obras establecidas contractualmente y no lo hizo.

El sexto reparo realizado por la apoderada de Proyecta es que, respecto del presunto incumplimiento relacionado con la presentación de informes, en la decisión no fueron considerados los argumentos que fueron presentados en los descargos, en el sentido que esto se debió a que las interventorías no presentaron oportunamente sus informes y éstos eran los insumos para los que debía presentar Proyecta y que finalmente la totalidad de los informes fueron presentados mediante correo electrónico del 16 de agosto de 2022.

Respecto de la primera circunstancia, ya ha sido analizada con suficiencia el tema de la improcedencia de que Proyecta pretenda eximirse de responsabilidad a partir de la culpa de sus propios contratistas, tanto en la

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

decisión contractual del 13 de julio de 2023 como en la presente decisión, en los párrafos precedentes. En cuanto a la segunda cuestión, la propia apoderada de Proyecta acepta que los informes fueron entregados de manera extemporánea, como quiera el plazo del contrato finalizó el 31 de julio de 2023. Al respecto, debe recordarse que, tratándose de un contrato de régimen privado de contratación, en el contrato interadministrativo prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes y ésta no acordaron nunca la posibilidad de ejecutar obligaciones por fuera del plazo contractual.

Finalmente, el último reparo que hace la apoderada de Proyecta al informe de supervisión, versa de nuevo sobre la supuesta responsabilidad de Prosperidad Social – FIP en la demora en la maduración de los proyectos, lo cual afirma la apoderada fue desconocido en el informe. Al respecto, basta reiterar lo acotado en relación con este alegato, tanto en la decisión contractual del 13 de julio de 2023, en su numeral 8.4, como en el numeral 3.5 de la presente decisión.

3.7. Vulneración del debido proceso probatorio

Lo primero que es necesario tener en consideración a la hora de evaluar el aspecto probatorio en la presente actuación contractual es que, contrario a la apreciación de la apoderada de Proyecta, este procedimiento no es del tipo adversarial, en el que existen dos partes que debaten y un fallador ajeno a ellas. En este los extremos procedimentales son, de un lado, el contratista y su garante, de otro lado la administración. Así las cosas, resulta erróneo afirmar que las pruebas aportadas por Proyecta lo son en contra del supervisor; lo que aquí concurren son pruebas de cargo en contra del contratista y la aseguradora y pruebas de descargo a favor de éstos.

En segundo lugar, no resulta cierta la afirmación de la apoderada de Proyecta en el sentido de que al momento de adoptar la decisión la única prueba que cuenta es el informe de supervisión y que las demás pruebas no cuentan si no tienen el aval del supervisor. Sobre este aspecto debe tenerse en cuenta eso sí, que en ejercicio de la autonomía de su voluntad, las partes acordaron contractualmente que quien realizaría el seguimiento y control a la ejecución del contrato y avalaría los informes presentados por Proyecta, sería el supervisor, al tenor de lo establecido en la cláusula 11) del contrato interadministrativo N° 670 FIP de 2021, que fuera incluso citada en la decisión contractual del 13 de julio de 2023:

«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. Sin embargo, esto en nada implica que su informe sea incontrovertible y que no hayan otras pruebas que puedan ser consideradas, pero sí limitan su vocación probatoria, toda vez que solo son de recibo si demuestran que el supervisor recibió evidencias de avance de ejecución del contrato pero no las evaluó o que habiéndolas evaluados se negó a avalarlas sin fundamento técnico alguno.

Es en este marco de valoración probatoria, determinado por lo que las propias partes pactaron en el contrato, que fueron analizadas las demás pruebas presentadas por Proyecta, determinando que ninguna tenía la vocación de probar que el supervisor haya dejado de tener en consideración una evidencia de avance de

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

ejecución del contrato o que habiéndolo considerado se haya sustraído de avalarlo sin ningún sustento técnico. Así pues, todas las pruebas presentadas por Proyecta fueron debidamente valoradas.

En conclusión, no resulta cierta la afirmación de la apoderada de Proyecta según la cual en la decisión contractual del 13 de julio de 2023 no fueron considerados los reparos formulados al informe de supervisión; si bien es cierto que no fueron considerados de manera separada, claramente éstos fueron subsumidos en las consideraciones generales desarrolladas en dicha decisión. Adicionalmente, se ha evidenciado que, considerados de manera individual, tales reparos no tiene la vocación de modificar la decisión adoptada.

3.8. Proporcionalidad de la cláusula penal

La supuesta falta de proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria que alega la apoderada de Proyecta en su escrito de reconsideración se fundamenta en el argumento de que el valor en que se ha hecho efectiva no fue determinado en función del valor del perjuicio. Tal apreciación resulta absolutamente errada pues desconoce el fundamento legal del principio de proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria, que no es otro que el artículo 1596 del Código Civil, el cual no supedita la rebaja de la pena al valor de los perjuicios sino a la aceptación del acreedor a la parte de la obligación cumplida por el deudor. En consecuencia, se reitera aquí el análisis realizado en el numeral 8.7 de la decisión del 13 de julio de 2023, en relación con la proporcionalidad del valor de aplicación de la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

«(...) 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”.

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 precitado 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

DECISIÓN CONTRACTUAL DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 670 FIP DE 2021

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:

$$\$4.156.312.530 - \$11.222.043,84 = \$4.145.090.486,16$$

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 (...)**».

3.9. Reiteración general de los descargos

Al final de su escrito de reconsideración la apoderada de Proyecta indica de manera general que reitera los argumentos presentados en sus descargos en relación con el cumplimiento de la obligación de entrega de información, el cumplimiento del componente seguimiento, control y ejecución de proyectos, la no exigibilidad del componente de cierre y liquidación de contratos de obra y de interventoría y lo relacionado con el acuerdo directo y al presunto incumplimiento de la ejecución financiera. Sin embargo, no presenta ningún razonamiento y/o prueba adicional, razón por la cual solo resulta procedente reiterar lo dicho en la decisión contractual del 13 de julio de 2023 en relación con cada uno de estos aspectos.

DECISIÓN CONTRACTUAL:

En mérito de lo expuesto se concluye de manera inequívoca que no hay lugar a reconsiderar ninguno de los aspectos de la decisión contractual adoptada el 13 de julio de 2023 y, en consecuencia, de ratifica en su totalidad dicha decisión.

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 de los escritos de reconsideración se pone en conocimiento de los representantes legales y/o apoderadas de Proyecta Seguros del Estado S.A. o a quienes hagan sus veces, mediante su envío a los correos electrónicos a los que el contratista y su garante autorizaron ser notificados.

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 treinta y un (31) días del mes de agosto 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.