



RESOLUCIÓN NÚMERO

11558-12-2023

Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa.

El Secretario de Gobierno y Participación del Departamento del Cauca, en ejercicio de las facultades delegadas por medio del Decreto Departamental No. 0255 del 22 de marzo de 2023 y,

CONSIDERANDO

1. ACTUACIÓN PROCEDIMENTAL

1.1. INICIO ACTUACION / CITACION / CARGOS

Mediante oficios fechados el 4 de Julio de 2023 el Secretario de Gobierno y Participación, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 procedió a citar al contratista UNIVERSIDAD DEL CAUCA y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A., citación que contenía en síntesis la siguiente información:

1.1.1 HECHOS

1. El Departamento del Cauca, adelantó el Concurso de méritos No. GDC-SG-CM- 03-2017 y adjudicó mediante Resolución No. 00434-01-2018 del 23 de enero de 2018, el contrato enmarcado en la ejecución del proyecto "IMPLEMENTACIÓN DE UN PROCESO DE CARACTERIZACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA" al proponente Universidad del Cauca, con quien se celebró el contrato N°648-2018 cuyo objeto es: "Realizar el proceso de caracterización integral a la población víctima del conflicto armado en el Departamento del Cauca, identificando su situación de vulnerabilidad desde el punto de vista de las necesidades específicas y características particulares, con el fin de implementar programas, proyectos y acciones que conlleven a garantizar el goce efectivo de los derechos de la comunidad", por valor de MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MDA/CTE (\$1.399.800.000) y un plazo de seis (6) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.
2. El ocho (8) de febrero de 2018 se suscribió entre el contratista e interventor el acta de inicio, momento a partir del cual comenzó a correr el plazo de ejecución.
3. Durante su ejecución el contrato tuvo diferentes suspensiones y reinicios, así como prorrogas.
4. El contrato No. 648-2018 fue amparado por las garantías, vigencias y valores que se indican en el siguiente cuadro:

Garantía	Aseguradora	N° Póliza	Inicio	Vigencia	Valor Asegurado
Cumplimiento	COMPAÑÍA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A. Nit.860.002.400-2	3000717	24/01/2018	30/11/2021	\$279.960.000
Buen manejo de anticipo	COMPAÑÍA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A. Nit.860.002.	3000717	24/01/2018	30/11/2021	\$279.960.000



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

Garantía	Aseguradora	N° Póliza	Inicio	Vigencia	Valor Asegurado
	400-2				
Calidad del servicio	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	3000717	24/01/2018	30/11/2021	\$139.980.000
Pago de salarios y prestaciones sociales	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	3000717	24/01/2018	30/07/2024	\$69.990.000
Predios, Labores y Operaciones	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	10039067	24/01/2018	30/07/2021	\$234.372.600,00
Perjuicios modalidad daño emergente	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	10039067	24/01/2018	30/07/2021	\$234.372.600,00
Perjuicios modalidad lucro cesante	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	10039067	24/01/2018	30/07/2021	\$234.372.600,00
Cobertura RC extracontractual derivada	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	10039067	24/01/2018	30/07/2021	\$234.372.600,00
Deducible 10% sobre el valor de la pérdida	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	10039067	24/01/2018	30/07/2021	Mínimo 4SMLMV
Gastos médicos	Compañía Aseguradora La Previsora S.A. Nit.860.002.400-2	10039067	24/01/2018	30/07/2021	\$234.372.600,00

5. El contrato de consultoría número 648 de 2018, terminó por vencimiento del plazo el día 30 de julio de 2021.



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

6. Del proyecto antes mencionado, se derivó, además, el contrato de interventoría No. 1041 de 2018 entre la Empresa D&S TRADE S.A.S y el Departamento del Cauca. Contrato que tuvo un plazo inicial de seis (6) meses contados a partir de su suscripción (08 de febrero de 2018) y como fecha de vencimiento el día 30 de julio de 2021 de acuerdo a las prórrogas suscritas entre las partes.
7. De acuerdo al informe final de interventoría (informe N° 33) aportado por D&S TRADE S.A.S (interventor del contrato señalado) fechado el día 29 de junio de 2023, se tiene que existe un presunto incumplimiento, en el cual se expuso lo siguiente:

“2. DESCRIPCION GENERAL**2.1. PERSONAS OBJETIVO DE ACUERDO A LA MGA DEL PROYECTO**

De acuerdo a la matriz MGA del proyecto con Código BPIN 2016000030029, se tiene como número de personas que permite medir el cumplimiento del objetivo de caracterizar a Setenta Y Siete Mil Ciento Catorce (77.114) hogares que correspondían a Treientas Veintisiete Mil Setecientos Treinta y Seis (327.736) víctimas del conflicto de acuerdo a la matriz MGA del proyecto relacionadas en el año 2016.

2.2. OBJETIVO PROPOSITO

El objetivo propósito, conforme a la matriz MGA del proyecto es “Caracterizar a la población víctima del conflicto armado en el Departamento del Cauca para identificar su situación desde el punto de vista de las necesidades específicas y características particulares para la implementación de programas”, que para el caso del contrato suscrito con la Universidad del Cauca, corresponde a caracterizar a Setenta Y Siete Mil Ciento Catorce (77.114) hogares que correspondían a Treientas Veintisiete Mil Setecientos Treinta y Seis (327.736) víctimas del conflicto de acuerdo a la matriz MGA del proyecto relacionadas en el año 2016

2.3. LOCALIZACION

Conforme la matriz MGA del proyecto la localización geográfica del proyecto es “TODO EL DEPARTAMENTO” y aplica a los 42 municipios.

2.4. RELACION PRODUCTOS MGA

La matriz MGA en sus productos presenta:

OBJETIVO	PRODUCTO	UNIDAD	CANTIDAD
Disminuir el número de personas en condición de víctima del desplazamiento sin atención	Personas Caracterizadas en situación de desplazamiento.	Número	327.736
Operar adecuadamente los recursos con destinación a población desplazada	Personas Caracterizadas en situación de desplazamiento.	Número	327.736
Manejar centralizadamente la información de víctimas.	Personas Caracterizadas en situación de desplazamiento.	Número	327.736

2.4.1. RELACION DE ACTIVIDADES Y PRESUPUESTO GESPROY DURANTE EL TIEMPO DE EJECUCION DEL CONTRATO 648-2018



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

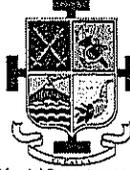
Las actividades presupuestadas originales del proyecto y con las cuales se dio inicio a la ejecución del contrato el día ocho (8) de febrero de 2018, corresponden a la columna dos (INICIAL).

Los RECOSTEOS I, II, III y IV corresponden a "AJUSTES INFORMADOS" debidamente tramitados ante el OCAD PACIFICO.

ACTIVIDAD	INICIAL	RECOSTEO I	RECOSTEO II	RECOSTEO III	RECOSTEO IV
Documentos de Caracterización Entregados Con Número de Familias Caracterizadas.	0	0	0	1.125.323.027	945.019.678
Apoyo logístico – Herramienta para dispositivos móviles y offline	595.607.000	595.607.000	595.607.000	595.607.000	595.607.000
Divulgación, capacitación y Plan de sensibilización	143.200.000	143.400.000	145.700.000	214.676.973	354.980.322
Costos administrativos	59.800.000	59.800.000	59.800.000	59.800.000	99.800.000
Interventoría	40.200.000	38.000.000	40.200.000	40.200.000	40.200.000
Apoyo logístico – Apoyo logístico	288.050.000	288.050.000	216.052.200	0	0
Alquiler de equipos y servicios varios	132.750.000	132.750.000	138.720.827	0	0
Apoyo profesional y técnico	705.200.000	707.200.000	770.550.000	0	0
Análisis de la Información	70.800.000	70.800.000	68.976.973	0	0
TOTAL	2.035.607.000	2.035.607.000	2.035.607.000	2.035.607.000	2.035.607.000

3. IDENTIFICACION Y CRONOLOGIA DEL CONTRATO

CONTRATO No:	648-2018
CONTRATISTA:	UNIVERSIDAD DEL CAUCA
OBJETO:	REALIZAR EL PROYECTO DE CARACTERIZACIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, IDENTIFICADO SU SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NECESIDADES ESPECÍFICAS Y CARACTERÍSTICAS PARTICULARES, CON EL FIN DE IMPLEMENTAR PROGRAMAS, PROYECTOS Y ACCIONES QUE CONLLEVEN A GARANTIZAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD
LOCALIZACION:	Todo El Departamento Del Cauca y aplica a cada Municipio del Departamento
VALOR TOTAL:	\$1.399.800.000,00
PLAZO INICIAL:	Seis (6) meses
FECHA CONTRATO:	23 de enero de 2018
FECHA DE INICIACION:	Ocho (8) de febrero de 2018
PRORROGA Nº 1: ADICION PLAZO	Seis (6) de agosto de 2018 - Cuatro (4) meses.
PRORROGA Nº 2: ADICION PLAZO	Siete (7) de diciembre de 2018 - Hasta el treinta (30) de agosto de 2019 – (Ocho (8) meses y Veintitrés (23) días
SUSPENSION Nº 1:	Veintiuno (21) de diciembre de 2018
REINICIO Nº 1:	Uno (1) de febrero de 2019



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

PRORROGA N° 3: ADICION PLAZO	Once (11) de octubre de 2019 - Dos (2) meses
PRORROGA N° 4: ADICION PLAZO	Trece (13) de diciembre de 2019 - Cinco (5) meses y quince (15) días.
SUSPENSION DE GIROS	Veinticinco (25) de junio de 2019
SUSPENSION N° 2:	Veintiséis (26) de marzo de 2020
REINICIO N° 2:	Diecinueve (19) de noviembre de 2020
PRORROGA N° 5: ADICION PLAZO	Diecinueve (19) de enero de 2021 Hasta el treinta (30) de julio de 2021
FINALIZACION:	Treinta (30) de julio de 2021

El tiempo total para la ejecución del contrato correspondió a treinta y dos (32) meses y veinte (20) días.

4. ESTADO FINANCIERO DEL CONTRATO:

VALOR CONTRATO	\$ 1.399.800.000
ANTICIPO PAGADO (20-03-2018)	\$ 279.960.000
VALOR PAGADO ACTA N° 01 (24-05-2019)	\$ 249.948.288
VALOR PAGADO HASTA ACTA N° 01	\$ 529.908.288
SALDO POR EJECUTAR	\$ 869.891.712
AVANCE PROGRAMADO (30-06-2023)	100%
AVANCE REAL	17,86%
AVANCE FINANCIERO	37,86%
PORCENTAJE INCUMPLIMIENTO	82,14%

I. DESCRIPCIÓN DE LAS CAUSAS CONSTITUTIVAS DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO.

Ahora bien, para poder delimitar el presunto incumplimiento a la fecha actual, se observará lo indicado por el supervisor del contrato de interventoría y de la firma interventora, en el informe integral N° 33 que se cita:

5. HECHOS O RAZONES QUE FUNDAMENTAN EL POSIBLE INCUMPLIMIENTO.

5.1. DOCUMENTOS DE CARACTERIZACION ENTREGADOS CON NUMERO DE FAMILIAS CARACTERIZADAS

Conforme al Objeto del contrato 648 de 2018 que exige al contratista "REALIZAR EL PROCESO DE CARACTERIZACIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, IDENTIFICANDO SU SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NECESIDADES ESPECÍFICAS Y CARACTERÍSTICAS PARTICULARES, CON EL FIN DE IMPLEMENTAR PROGRAMAS, PROYECTOS Y ACCIONES QUE CONLLEVEN A GARANTIZAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD", entregó el contratista los documentos de caracterización de los municipios de Almaguer, Guachené, La Sierra, La Vega, Miranda, Puracé, Rosas, San Sebastián y Sucre, los cuales debían ser sujeto de retroalimentación y ajustes de acuerdo a la mecánica que debió darse con la realización de los foros a realizarse en los municipios de Popayán, Santander, El Bordo, Guapi, La Sierra, Piendamó e Inzá.

Además, como está contemplado en el contrato 648 de 2018 en su CLAUSULA SEXTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, en su PARÁGRAFO PRIMERO, el contratista no se sujetó a los términos del respectivo proyecto BPIN 2016000030029 conforme a los parámetros, metas, alcances, finalidades, cronograma y presupuesto del proyecto:

No se permitió el acceso a programas estatales que benefician a la población víctimas del conflicto armado en el departamento del cauca.



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

- No se mejoró la eficacia en la priorización de alternativas de solución a los problemas de la población víctima del conflicto armado.
- No contar con la caracterización de la población víctima del conflicto armado en el departamento, imposibilitó la toma de decisiones en el corto y mediano plazo para diseñar adecuadamente planes y proyectos dirigidos a la población desplazada y víctima del conflicto armado y a través de estos avanzar en la superación del estado de vulnerabilidad y del goce efectivo de sus derechos.
- Los actores institucionales no contaron con una herramienta de concertación y participación de los diferentes actores relevantes en la implementación de la política pública de víctimas, para una intervención de las entidades del estado coordinada y planificada.
- No se cumplió con los objetivos planteados en la MGA:

- ü Disminuir el número de personas en condición de Víctima del Desplazamiento sin atención Contribuir a la disminución de pobreza de la población desplazada.
- ü Operar adecuadamente los recursos con destinación a población desplazada.
- ü Fortalecer socialmente a la población desplazada.
- ü Manejar centralizadamente la información de víctimas.
- ü Fortalecer las capacidades técnicas de las Entidades Territoriales a partir de la construcción de conocimiento colaborativo

El contratista NO atendió las exigencias y requerimientos realizados en diferentes oficios emanados de la Secretaria de Gobierno y Participación, y de esta Interventoría, (AGDS-24528, 1700-0213-2019, 1700-491-2020, 1700-490-2020 suscritas por La Secretaria de Gobierno, y las surtidas por esta interventoría en los oficios INTD&S N° 001, INTD&S N° 002, INTD&S N° 003, INTD&S N° 004, INTD&S N° 024, INTD&S N° 030, INTD&S N° 046, INTD&S N° 049, INTD&S N° 061, INTD&S N° 06

El contratista Universidad del Cauca desatendió sistemáticamente las exigencias expresas de tomar medidas de tipo administrativo, Legal y Financiero para conseguir la ejecución del contrato, realizadas por esta interventoría.

En fecha 29 de abril de 2019, mediante oficio INTD&S N° 054 se dio concepto favorable para la entrega definitiva de los documentos finales de caracterización de los documentos de Almaguer, Guachené, La Sierra, La Vega, Miranda, Purecé, Rosas, San Sebastián y Sucre.

El día tres (3) de mayo de 2019, la coordinación del programa Cauca Avanza Hacia La Reparación Integral de Las Víctimas del Conflicto Armado emite concepto profesional sobre los nueve (9) documentos presentados inicialmente aclarando que los nueve (9) documentos deben actualizarse mediante la metodología de grupos focales en razón a que los datos con los cuales se realizó este proceso corresponden al año 2016.

Posteriormente mediante oficio INTD&S N° 069 se conceptúa frente a la entrega de quince (15) documentos adicionales y mediante oficio INTD&S N° 086 se validan estos documentos atendiendo las CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES contenidas en el numeral 6to del mismo oficio para todos los documentos.

Siendo que el Objeto del contrato se refiere de manera expresa a "REALIZAR EL PROCESO DE CARACTERIZACIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA" se entiende el cumplimiento del objetivo se logra al momento de elaborar los cuarenta y dos (42) documentos de caracterización uno por cada municipio y el documento de caracterización del departamento del Cauca y no con la validación parcial de documentos.



Continuación Resolución No.

11558 - 12 - 2023

Todos los documentos de caracterización (43) debieron responder a las mismas exigencias de profundidad y calidad.

Posteriormente, se emitieron otros oficios de parte de esta interventoría (INTD&S N° 090, INTD&S N° 092, INTD&S N° 099, INTD&S N° 101), que también fueron desatendidos al igual que los oficios 1700-490-2020 y 1700-491-2020 suscritos por el Secretario de Gobierno y Participación que pretendían se realizaran ajustes a los documentos de caracterización presentados después de un análisis profesional conjunto y se aplicara un índice sugerido por los profesionales del equipo de víctimas del departamento del Cauca a los documentos de caracterización.

Después, mediante oficios S/N del 24 de agosto de 2020 suscrito por el señor supervisor y INTD&S N° 108 se devuelven AL CONTRATISTA Universidad del Cauca diez (10) documentos para ser ajustados de conformidad a los oficios 1700-490-2020 y 1700-491-2020.

Mas adelante re mediante oficio INTD&S N° 111 se hace un nuevo requerimiento al contratista Universidad del cauca, que igualmente que los anteriores fue desatendido

En fecha del 27 de marzo de 2023 después de revisar nuevamente nueve (9) documentos de caracterización enviados vía Email a esta interventoría y con el propósito de continuar con el proceso de liquidación del contrato 648 de 2018 se concluye en el oficio INTD&S N° 145 que los documentos no cumplen con las observaciones y sugerencias exigidas. Se deja abierta la posibilidad de discutir en el escenario que se proponga esta situación, sin que se haya concretado.

Con base a todo lo anterior esta actividad fue **INCUMPLIDA**.

1.1. FORO EN SIETE MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO (POPAYÁN, SANTANDER, EL BORDO, GUAPI, LA SIERRA, PIENDAMO E INZA)

El contratista Universidad del Cauca realizó dos (2) foros virtuales que no cumplieron con el objetivo de socializar los resultados de la caracterización, entregar las cartillas, y presentar el informe departamental donde se contextualizaría sobre la situación de las víctimas por sub regiones.

Esta actividad fue **INCUMPLIDA**.

1.2. CARTILLAS

El contratista Universidad del Cauca entrego a esta interventoría y Supervisión un Modelaje de lo que serían las cartillas DE 60 PAGINAS CON LOMO COCIDO, CABALLETE DE 30 CMS X 40 CMS, FULL COLOR, PROPALCOTE DE 300 GRAMOS Y CARATULA FULL COLOR, PLASTIFICADO MATE EN RELIEVE, que fue sujeto de revisión y propuesta de ajustes; Las cartillas no fueron impresas ni entregadas en los foros.

Esta actividad fue **INCUMPLIDA**.

(...)

INCUMPLIMIENTO

Resumiendo, las labores de seguimiento al desarrollo de las actividades propias de la ejecución del cumplimiento del objeto del contrato "REALIZAR EL PROCESO DE CARACTERIZACIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, IDENTIFICADO



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

SU SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NECESIDADES ESPECIFICAS Y CARACTERÍSTICAS PARTICULARES, CON EL FIN DE IMPLEMENTAR PROGRAMAS, PROYECTOS Y ACCIONES QUE CONLLEVEN A GARANTIZAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD" a cargo del contratista, y en particular a la CLAUSULA SÉXTA DEL CONTRATO 648 de 2018 que hace referencia a las obligaciones contractuales del contratista, se encuentran situaciones que permiten concluir que existió un permanente desconocimiento de sus obligaciones legales, así:

A. ESPECIFICAS DEL CONTRATISTA:

OBLIGACIONES	OBSERVACIONES
1. EJECUTAR EL CONTRATO Y CUMPLIR CON LO REQUERIDO EN LAS CONDICIONES TECNICAS EXIGIDAS Y LO ESTABLECIDO EN LA ESTRATEGIA DE CARACTERIZACION A POBLACION VICTIMA DEL CONFLICTO ARMADO CON ENFOQUE DE GOCE EFECTIVO DE DERECHOS.	<p>Conforme las condiciones técnicas exigidas el contratista ha aplicado parcialmente el instrumento entregado por la UARIV, para el levantamiento de la información en campo.</p> <p>Los nueve (9) documentos fueron sujeto de la actualización mediante el uso de la metodología de grupos focales.</p> <p>Entregó el contratista nueve (9) documentos de caracterización terminados parcialmente. Los documentos no fueron sujeto de corrección de estilo y no atendieron las observaciones y sugerencias de Interventor y supervisión antes de proceder a su entrega final</p> <p>OBLIGACION INCUMPLIDA</p>
2. ENTREGAR LOS SIGUIENTES PRODUCTOS: DOCUMENTO DE CARACTERIZACION TABULADA, GRAFICADO CON ANALISIS, RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES TENIENDO EN CUENTA LA INFORMACION CUALITATIVA Y CUANTITATIVA RECOLECTADA Y EN CONTEXTO CON LAS PARTICULARIDADES DE CADA MUNICIPIO O REGION DEL CAUCA EN MEDIO FISICO Y MAGNETICO.	<p>El contratista, no entregó cuarenta y dos (42) documentos de caracterización uno por cada municipio del Departamento del Cauca y un (1) documento global que recogiera el contexto general del departamento.</p> <p>El contratista entregó nueve (9) documentos de caracterización, sin atender las observaciones y sugerencias realizadas por Interventor y supervisión para su entrega definitiva.</p> <p>No se realizó a estos documentos la corrección de estilo</p> <p>OBLIGACION INCUMPLIDA</p>

(V)

B. GENERALES:

OBLIGACIONES	OBSERVACIONES
1. CUMPLIR CON EL OBJETO DEL CONTRATO, EN LOS TERMINOS PACTADOS EN EL RESPECTIVO CONTRATO Y DE CONFORMIDAD CON LA PROPUESTA PRESENTADA.	<p>Conforme las condiciones técnicas exigidas el contratista no aplicó el instrumento entregado por la UARIV en los cuarenta y dos municipios, para el levantamiento de la información en campo.</p> <p>No se entregó los cuarenta y tres (43) documentos de caracterización.</p> <p>OBLIGACION INCUMPLIDA</p>
3. VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO PARA LA EJECUCIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL	<p>El contratista no cumplió con la ejecución de las obligaciones contractuales (actividades) dentro de los plazos establecidos, que condujeran a la ejecución del Objeto Contractual, en los plazos determinados</p>



Continuación Resolución No.

11558 - 12 - 2023

	<i>producto de las adiciones de plazo.</i>
	OBLIGACION INCUMPLIDA
4. ATENDER TODOS LOS REQUERIMIENTOS TÉCNICOS QUE HAGA EL DEPARTAMENTO (INTERVENTORIA) Y QUE ESTEN RELACIONADOS CON EL OBJETO CONTRACTUAL.	El contratista no cumplió los requerimientos técnicos realizados por esta interventoría. OBLIGACION INCUMPLIDA
6. VERIFICAR Y GARANTIZAR QUE EL PERSONAL UTILIZADO EN LA EJECUCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO, SEA EL REQUERIDO TENIENDO EN CUENTA SU IDONEIDAD Y EXPERIENCIA.	El personal contratado cumplió con los perfiles exigidos. OBLIGACION CUMPLIDA
7. PREPARAR Y PRESENTAR INFORMES MENSUALES Y EN GENERAL TODA INFORMACION QUE SOLICITE LA ENTIDAD SOBRE EL AVANCE DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	El contratista no respondió a todas las solicitudes respetuosas emanadas de esta interventoría de manera oportuna. OBLIGACION INCUMPLIDA

1.1.2 NORMAS Y CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS

- **ARTÍCULO 5 DE LA LEY 80 DE 1993.** De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:

NUMERAL 2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y trabamientos que pudieran presentarse.

NUMERAL 4. Garantizar la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

1.1.3 POSIBLES CONSECUENCIAS POR EL INCUMPLIMIENTO

En el evento de constatarse el incumplimiento de parte del contratista, se podría declarar el incumplimiento total del contrato, así como hacer efectivas las garantías si hay lugar a ello. Lo anterior sin perjuicio de las posibles sanciones e inhabilidades legales que puedan configurarse.

1.2 DESCARGOS

El 23 de agosto de 2023 inició la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, diligencia para la cual fueron citados el contratista y sus garantes, la cual se suspendió en cinco (5) ocasiones, con el fin de garantizar el debido proceso y derecho a la defensa y contradicción, específicamente en las cuales, se presentaron los siguientes descargos:

1.2.1 DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA

LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA alegó en síntesis lo siguiente: respondió los hechos planteados en el informe de interventoría, alegando que el mismo *no tiene carácter vinculante, por tanto, muchas de las solicitudes efectuadas por la interventoría no los obligaban en ningún aspecto. Indicó que durante la ejecución del contrato los sujetaron a un instrumento de la Unidad de Víctimas que nunca estuvo estipulada en el contrato, instrumento que, además, fue modificado porque resultaba necesario actualizarlo y prueba de ello es que en los primeros nueve (9) documentos de caracterización no se hicieron observaciones respecto de los 9 documentos iniciales de los 9 municipios.*



Continuación Resolución No.

1 1 5 5 8 - 1 2 - 2 0 2 3

Consideró también el Departamento del Cauca incumplió el numeral 1 de la cláusula segunda del contrato 648 de 2018 al no comunicar formalmente quien ostentaba el rol de supervisor del contrato y, en consecuencia, saber con quién se entenderían durante la ejecución del mismo, toda vez que, tiempo después, fueron conocedores de la existencia de una firma interventora que también ostentaba actividades de seguimiento y vigilancia sobre el contrato.

Añadió que la modificación del instrumento de caracterización suministrado por la UARIV requería que la Universidad en calidad de contratista contara con flujo de caja o recursos disponibles, motivos que, a su juicio, constituye una modificación al objeto del pues si lo que se pretendía era adicionar la obligación de condicionar a la universidad a los instrumentos de la Unidad de Víctimas, lo procedente era realizar otrosí al contrato principal, situación que nunca ocurrió.

Indicó que: La séptima observación "El contratista no respondió a todas las solicitudes respetuosas emanadas de esta interventoría de manera oportuna." Se trato de cumplir a esas solicitudes de la interventoría la prueba es que se intentó adecuar esos documentos a una metodología que no estaba contemplada en el contrato y aun así el Departamento la rechazo y ahora en este estado en que estamos tenemos que apegarnos a este tipo de cosas para demostrar que de alguna forma el Departamento también le incumplió a la universidad. Lo que evito que nosotros pudiéramos cumplir.

1.2.2. DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A

El apoderado de LA PREVISORA S.A. dentro de la audiencia prevista en el art. 86 de la ley 1474 de 2011 expuso lo siguiente:

En primera medida la estructura de la defensa del contrato de consultoría numero 648-2018, la primera excepción es la excepción de contrato no cumplido por parte de la entidad contratante el Departamento del cauca el artículo 1498 del código civil establece que los contratos conmutativo sinalagmáticos, son aquellos en los cuales cada una de sus partes se obliga frente a la otra a dar u hacer una cosa que se considere equivalente a lo que esta deberá dar o hacer a su vez.

En efecto en el presente asunto la gobernación incumplió con sus obligaciones propias e impuso en incumplimiento al contratista en todas las etapas de ejecución del contrato pues de acuerdo a lo señalado en la cláusula sexta literal A, numeral 1, el contrato iniciado una vez el supervisor quien es personal del contratante entregara el instrumento de caracterización la cual de acuerdo con el informe de supervisión 4 se realizó en febrero de 2019, es decir un año después del inicio del contrato con dos prórrogas por lo tanto nótese como el contratante entrega tardíamente los formatos el instrumento de caracterización al contratista así mismo el contratista hizo entrega de los informes correspondientes al proceso de caracterización sin embargo la gobernación no acepto los mismos por cuanto los instrumentos de caracterización habían sido modificados por la unidad de Víctimas y que debía ajustarse situación que había generado una carga adicional de tipo económico y de personal del contratista imposibilitando de esta manera terminar con satisfacción el contrato por lo que es evidente la falta de terminación al 100% del contrato 648-2018, no se debe a causas del contratista sino por el contrato de la entidad contratante.

Ahora bien, la gobernación erróneamente en el escrito de citación porcentualiza los supuestos incumplimientos de la Universidad del Cauca cuando fue este quien impidió a cabal cada una de las actividades por lo que se reitera que la universidad siempre cumplió hasta donde la entidad contratante le permitió así:

Frente a las obligaciones específicas del contratista:

- 1- Obligación primera que corresponde "EJECUTAR EL CONTRATO Y CUMPLIR CON LO REQUERIDO EN LAS CONDICIONES TECNICAS EXIGIDAS Y LO ESTABLECIDO EN LA ESTRATEGIA DE CARACTERIZACION A POBLACION VICTIMA DEL CONFLICTO ARMADO CON ENFOQUE DE GOCE EFECTIVO DE DERECHOS." La gobernación manifiesta que "Conforme las



Continuación Resolución No.

11558 - 12 - 2023

condiciones técnicas exigidas el contratista ha aplicado parcialmente el instrumento entregado por la UARIV, para el levantamiento de la información en campo." Frente a esto manifestamos que la Universidad del Cauca cumplió al 100% la obligación puesto que realizó los procesos de caracterización con los formatos entregados inicialmente por el contratante, ahora bien, que los mismos hayan sufrido modificaciones no traslada esa obligación al contratista porque de este modo cambiaría las condiciones del contrato e impondría una carga adicional con la generación de altos costos sobre el contratista.

- 2- Obligación segunda que corresponde "ENTREGAR LOS SIGUIENTES PRODUCTOS: DOCUMENTO DE CARACTERIZACION TABULADA, GRAFICADO CON ANALISIS, RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES TENIENDO EN CUENTA LA INFORMACION CUALITATIVA Y CUANTITATIVA RECOLECTADA Y EN CONTEXTO CON LAS PARTICULARIDADES DE CADA MUNICIPIO O REGION DEL CAUCA EN MEDIO FISICO Y MAGNETICO." La gobernación señala que "El contratista, no entregó cuarenta y dos (42) documentos de caracterización uno por cada municipio del Departamento del Cauca y un (1) documento global que recogiera el contexto general del Departamento. El contratista entregó nueve (9) documentos de caracterización, sin atender las observaciones y sugerencias realizadas por Interventor y supervisión para su entrega definitiva." Frente a ello se manifiesta que la caracterización fue cumplida al 100% hasta donde el contratante lo permitió pues se recuerda que se modificaron los formatos e instrumentos de caracterización y con ello las condiciones del contrato por lo que fue imposible para el contratista continuar con la ejecución del contrato, la corrección de estilo no afecta el fondo del contenido del informe entregado por la Universidad del Cauca.

Frente a las demás obligaciones específicas tres, cuatro y cinco no hubo pronunciamiento alguno por parte del contratante por lo que se aduce se entiende y se confirma que estas actividades fueron satisfechas al 100% y sobre ellas no podrá efectuarse reproche algún.

Frente a las obligaciones generales del contratista

- 1- Que corresponde a la observación número uno "CUMPLIR CON EL OBJETO DEL CONTRATO, EN LOS TERMINOS PACTADOS EN EL RESPECTIVO CONTRATO exigidas el contratista no aplicó el instrumento entregado por la UARIV en los cuarenta y dos municipios, para el levantamiento de la información en campo. No se entregó los cuarenta y tres (43) documentos de caracterización." Frente a ello manifestamos que no es cierto que el contratista no haya cumplido con esta obligación por el contrario está acreditado con los informes finales entregados por la Universidad del Cauca en total fueron 27 informes a la Gobernación del Cauca, que se entregaron los instrumentos de caracterización, entregados inicialmente por esta entidad es decir, por el contratante lo que fueron utilizados cada uno de ellos en la ejecución del contrato ahora bien que posteriormente el instrumento inicial haya tenido modificaciones estas no son causas o motivos para señalar que el contratista no cumplió, pues el cumplió con los materiales iniciados inicialmente.

- 2- Que corresponde a observación número tres "VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO PARA LA EJECUCIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL "el Departamento señala que "El contratista no cumplió con la ejecución de las obligaciones contractuales (actividades) dentro de los plazos establecidos, que condujeran a la ejecución del Objeto Contractual, en los plazos determinados producto de las adiciones de plazo. "no es cierto que el contratista no haya cumplido con la ejecución de las obligaciones contractuales dentro de los plazos establecidos pues tal y como se señaló desde el inicio fue la Gobernación del Cauca quien incumplió con sus obligaciones propias y puso en incumplimiento al contratista en todas las etapas de ejecución del contrato pues de acuerdo a lo señalado en la cláusula sexta literal A numeral 1 el contrato iniciado una vez el supervisor quien es el personal del contratante entregara el instrumento de caracterización, lo cual de acuerdo con el informe de supervisión 4 se realizó en febrero de 2019 es decir un año después del inicio del contrato con prórroga por lo tanto nótese como el contratante entrega tardíamente los formatos de caracterización al contratista.

- 3- Frente a la obligación general del contratista número cuatro que corresponde a "ATENDER TODOS LOS REQUERIMIENTOS TÉCNICOS QUE HAGA EL DEPARTAMENTO (INTERVENTORIA)



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

Y QUE ESTEN RELACIONADOS CON EL OBJETO CONTRACTUAL." Señala el Departamento que "El contratista no cumplió los requerimientos técnicos realizados por esta interventoría." Esta obligación no fue pactada como aquí se señala pues en ningún momento se indicó el requerimiento se realizara por parte de la interventoría sino por el contrario por un supervisor del contrato por lo que los requerimientos que realice e interventor no son vinculantes para la Universidad del Cauca adicionalmente no se señaló cuáles eran las funciones que iban a desarrollar tanto el interventor como el supervisor y a quien se le debía atender las sugerencias que llegaron a presentar a los informes que presentarían la Universidad del Cauca.

- 4- Frente a la obligación general del contratista número siete que corresponde a "PREPARAR Y PRESENTAR INFORMES MENSUALES Y EN GENERAL TODA INFORMACION QUE SOLICITE LA ENTIDAD SOBRE EL AVANCE DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO." El Departamento señala que "El contratista no respondió a todas las solicitudes respetuosas emanadas de esta interventoría de manera oportuna." Frente a ello manifestamos que el contratista cumplió con los requerimientos respetuosos que realizó el contratante Gobernación del Cauca sin embargo es importante señalar desde ya que el contratante llevo al contratista a un escenario donde no podía modificar el contenido de los informes finales entregados por cuanto desbordaban los límites contenidos en los instrumentos de caracterización es decir modifico el modelo inicial que ya había sido entregado al contratista y que ya había sido puesto en marcha ejecutado completamente y finalmente no aceptado cuando fue este mismo quien entrego este instrumento con el cual finalmente trabajo el contratista.

Como tres hay una inobservancia a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, sea lo primero indicar que el procedimiento administrativo de sanción del contrato de consultoría número 648-2018 adelantado por la Gobernación del Cauca no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley para precisar esto es indispensable traer a colación lo previsto en el artículo 86 de la misma ley lo lee textualmente "Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal." Lo anterior por cuanto la citación a la audiencia donde se determinó el pliego de cargo nunca se identificó de forma clara y precisa y técnica más allá de toda duda razonable el porcentaje de incumplimiento por parte de la entidad existiendo una diferencia de criterios respecto del porcentaje del contrato ejecutado hasta la fecha toda vez que la universidad siempre estuvo predispuesta a cumplir con sus obligaciones pese a la demora injustificada del Departamento del Cauca al momento de entregar tardíamente el instrumento de caracterización que sería utilizado para llevar a cabo la ejecución del contrato, es de señalar que el incumplimiento previo del Departamento del Cauca conllevo a la situación adversa para el contratista.

Entonces la supuesta inejecución de las obligaciones a cargo de la Universidad del Cauca no le es imputable a su responsabilidad sino al Departamento del Cauca quien con la mencionada entrega tarde del material y la modificación del instrumento después de prácticamente haber terminado el proceso de caracterización lo que implicaba iniciar nuevamente este procedimiento con costos económicos y de personal adicionalmente a cargo del contratista.

Finalmente compensación en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 17 de la ley 1150 del 2007, en el evento en que el contratista le sea impuesta una condena habrá lugar a que se descunte de dichas cifras el monto de los valores que se encuentren a su favor o que estarán a su favor y que a la fecha o al futuro le adeude la gobernación o al contratista.

Declara al contrato de seguros frente a la póliza de responsabilidad civil número 1003906 no presta cobertura material de acuerdo con las precisiones realizadas en los acápite anteriores el incumplimiento que se pretende declarar el día de hoy se circunscribe a la indemnización por perjuicios causados por falta de cumplimiento de la obligación asistida por parte del contratista y en la póliza de responsabilidad civil extracontractual no se pactó tal cobertura con el material probatorio que obra en el expediente quedo acreditado el alcance de cobertura que ostenta el contrato de seguros documentado en la póliza de responsabilidad civil número 1003906, lo que



Continuación Resolución No.

11558 - 12 - 2023

quiere decir que dicha cobertura se extiende con sujeción a las condiciones pactadas en la misma es decir que significa que el demandante solo está obligado a responder por el siniestro expresamente estipulado en la póliza y no puede comprometerse a la asegurador por riesgos que no le fueron trasladados.

En gracia de discusión se aclara que no está comprometida la responsabilidad de la Universidad del Cauca como quiera que no obra en el plenario ningún elemento probatorio que permita realizar una atribución jurídica del daño que se pretende resarcir en este orden de ideas resulta diáfano que para este extremo procesal que haya demostrado la ocurrencia del riesgo asegurado conforme al régimen de contrato de seguro es decir no se ha comprobado la ocurrencia del siniestro.

En el seguro de póliza de cumplimiento póliza única a favor de entidades estatales número 3000717, no se encuentra probada la ocurrencia del siniestro derivado del amparo de cumplimiento ni la cuantía de los perjuicios en los términos del artículo 1077 del código de comercio.

Se tiene que cuando la entidad administrativa declara el siniestro en virtud de una póliza de cumplimiento a través de un acto administrativo debe en primer lugar demostrar la ocurrencia del siniestro, es decir no basta solo con señalar que hubo un siniestro a la aseguradora, sino que reposa en la entidad la carga probatoria de demostrar a través de todos los medios de prueba que en efecto se configuro el siniestro contemplado en virtud del contrato de seguros.

1.3 PRUEBAS

Con el oficio de citación a audiencia fue remitido el informe de interventoría y de supervisión de interventoría, de fecha 29 de junio de 2023, en el cual se plantea un incumplimiento del contrato tasado en un 82,14%.

Por medio de auto proferido en audiencia del 23 de agosto de 2023 se decretaron pruebas, incorporando todo el expediente contractual y pre contractual del contrato No. 648 de 2018 y del contrato 1041 de 2018, igualmente se decretaron los testimonios solicitados por el contratista, adicionalmente se tuvo como prueba la documental aportada por la aseguradora LA PREVISORA

Posteriormente y de conformidad con lo permitido por el art. 40 del CPACA¹ la entidad decretó la práctica de pruebas testimoniales y documentales, a petición de parte y de oficio (autos proferidos en audiencia del 23 de agosto de 2023 y del 18 de septiembre del mismo año).

El día 28 de noviembre de 2023 en presencia de la apoderada de la COMPAÑÍA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A, y ante la inasistencia de la UNIVERSIDAD DEL CAUCA, se dio traslado vía correo electrónico de las pruebas practicadas, así:

Traslado de pruebas en audiencia: Conforme a lo establecido en el orden del de la diligencia se procedió a dar traslado de las pruebas practicadas por parte del Departamento, las aportadas por parte de la UNIVERSIDAD DEL CAUCA y su garante, en ejercicio del derecho de defensa y contradicción del que goza el proceso administrativo sancionatorio. Se compartió para el efecto el enlace del drive que almacena la documentación, (https://drive.google.com/drive/folders/1G6EYOXRWBqmR3y22nvrYwDk6SPojXLFQ?usp=drive_link) y se solicitó a cada destinatario confirmar el recibo del mismo en los correos electrónicos aportados, frente a lo cual la compañía aseguradora LA PREVISORA S.A. se pronunció positivamente.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

¹ ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.



2.1 EL INCUMPLIMIENTO EN MATERIA CONTRACTUAL

Los contratos debidamente celebrados, son obligatorios para las partes (art. 1602 C.C.), las cuales, deben cumplir de manera estricta y oportuna las obligaciones pactadas en aquellos, obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, según la tipología contractual y el extremo de la relación negocial que le corresponda a un sujeto determinado. Dicho lo anterior, no se requiere de mayor ejercicio intelectual para efectos de concluir que se presenta incumplimiento cuando se presenta una de las siguientes situaciones (art. 1613 C.C.):

1. La prestación no se ejecuta;
2. La prestación se ejecuta tardíamente; o
3. La prestación se ejecuta defectuosamente.

En relación con el incumplimiento contractual dijo el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 8 de julio de 2016 con ponencia de la Doctora STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Rad. 250002326000200001251-01 (36837):

“Es principio general que los contratos se celebran para ser cumplidos y también que, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad por culpa que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).”

En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio *“lex contractus, pacta sunt servanda”*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenece, sin cláusula especial.

Así las cosas, al presentarse cualquiera de las situaciones constitutivas de incumplimiento, se configura la mora deudora siempre que se hubiere vencido el plazo pactado o el deudor hubiere sido reconvenido si no existiere tal plazo (art. 1608 C.C.), surgiendo para el acreedor de la obligación el derecho a obtener la resolución del contrato o su cumplimiento (art. 1546 C.C.) con indemnización de perjuicios en los dos casos, perjuicios que se deben desde que el deudor se constituyó en mora (art. 1615 C.C.).

En los contratos estatales se aplican las anteriores disposiciones del derecho privado por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80 de 1993 al no existir regulación propia en este estatuto especial.

2.2 LA FACULTAD LEGAL DEL DEPARTAMENTO DE DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO

La **declaratoria de incumplimiento**, es una facultad o competencia legal que le fue devuelta a las entidades sujetas al estatuto general de contratación por el art. 17 Ley 1150 de 2007² y ampliada

² “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.”



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

por el art. 86 de la ley 1474 de 2011, medida sancionatoria por el incumplimiento del contratista para lograr, según la norma inicial, la efectividad directa de la cláusula penal y/o la condena por concepto de perjuicios, según la extensión realizada por la segunda norma legal, medida administrativa que no inhabilita al contratista que se le declare el incumplimiento (salvo que se acumulen en los términos del art. 90 de la Ley 1474 de 2011, excepto lo previsto para contratos del PAE según la ley 2195 de 2022), permitiendo consecuentemente hacer efectivas las garantías pactadas en el contrato según el Decreto Reglamentario 1082 de 2015³.

Así las cosas, como el Departamento del Cauca es una entidad territorial sujeta a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, pues no existe norma que lo haya exceptuado, tiene las facultades legales antes citadas.

En relación con la oportunidad para declarar el incumplimiento, la ley vigente no establece un parámetro temporal, en vigencia del Decreto 222 de 1983 señaló que solo procedía una vez terminado el contrato (durante la ejecución solo procedía la imposición de multas), ante el silencio de la norma vigente - ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado ha considerado que procede incluso en la etapa de liquidación del contrato, al respecto dijo la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2015 M.P. OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ (E) Radicación: 05001-23-31-000-1996-01171-01 (26.938):

“4.2. Competencia temporal para imponer la cláusula penal”

La Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar por fuera del plazo el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la *cláusula penal pecuniaria*. Sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que el término no limita la competencia sancionatoria. En este sentido expresó la Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala –incluso se citan dos providencias que hacen la línea jurisprudencial- que:

“5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.

“Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.”

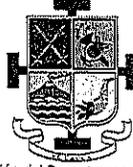
(...)

“Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

³ Artículo 2.2.1.2.3.1.19. *Efectividad de las garantías.* La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

....

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.



Continuación Resolución No.

1 1 5 5 8 - 1 2 - 2 0 2 3

“ En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.”⁴

“De acuerdo con lo anterior -y conforme a la legislación y a la jurisprudencia vigente en la época en que ocurrieron los hechos-, la Sala considera que BENEDAN sí podía declarar el incumplimiento del mismo, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de allí que actuó con competencia para adoptar la decisión.

“Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance -como en el caso concreto-.

“En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria...”
(...)

“En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.”⁵

...
En los términos indicados, en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria de declarar el incumplimiento para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.”.

La anterior postura del Consejo de Estado se ratificó al revisar un contrato celebrado en vigencia de la Ley 1150 de 2007 en sentencia del 14 de octubre de 2021 con ponencia del Dr. JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ Rad. 85001-23-33-000-2013-00256-01 (53195), en la cual se dijo:

“Por otra parte, esta Corporación ha señalado que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria podrá realizarse luego de expirar el plazo contractual, cuando el contratista no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la entidad contratante puede exigir y evaluar su cumplimiento, definir si éste es satisfactorio y puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista”⁶. (Subrayado es propio).

⁴ Sentencia de 29 de enero de 1.988, Exp. 3.615. MP. Carlos Betancur Jaramillo

⁵ Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. CP. Ruth Stella Correa

⁶ Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05006-01(23360).



Continuación Resolución No.

1 1 5 5 8 - 1 2 - 2 0 2 3

A partir de lo anterior, en el presente asunto la entidad puede declarar el incumplimiento del contrato, pues no ha expirado el plazo de liquidación del contrato No. 648 de 2018, el cual terminó normalmente el 30 de julio de 2021, pendiendo los plazos legales previstos en el art. 11 de la ley 1150 de 2007 para liquidar.

3. EL CASO CONCRETO

3.1. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 648 DE 2018

En el presente asunto nos encontramos ante una relación comercial estatal legalmente celebrada, concretamente el contrato No. 648 de 2018 celebrado por el Departamento del Cauca y la UNIVERSIDAD DEL CAUCA, cuyo objeto fue "REALIZAR EL PROCESO DE CARACTERIZACIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, IDENTIFICANDO SU SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NECESIDADES ESPECÍFICAS Y CARACTERÍSTICAS PARTICULARES, CON EL FIN DE IMPLEMENTAR PROGRAMAS, PROYECTOS Y ACCIONES QUE CONLLEVEN A GARANTIZAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD", el cual es ley para las partes de conformidad con el art. 1602 del C.C., quienes quedan obligadas en su términos y adicionalmente a lo conexo y natural del mismo contrato, contrato que tuvo diversas modificaciones (plazo, valor, etc.), habiendo terminado el 30 de Julio de 2021, por vencimiento del plazo.

La interventoría del contrato D&S TRADE S.A.S, el 29 de Junio de 2023 reportó por medio de un informe una situación constitutiva de incumplimiento, concretamente que con corte 30 de junio de 2023 con un avance programado del 100% se había ejecutado un avance real del 17,86% y por lo tanto la no ejecución es del 82,14%, informe que constituyó la génesis de este procedimiento sancionatorio contractual y frente al cual el contratista y sus garantes tuvieron la oportunidad para pronunciarse dentro de la audiencia prevista en el art. 86 de la ley 1474 de 2011, la cual inició el pasado 23 de agosto.

En acta de audiencia del proceso sancionatorio que nos ocupa, sesión realizada el día 8 de septiembre de 2023, según el testimonio rendido por LINA MARÍA LÓPEZ, ex Jefe de Gestión de la Investigación de la Universidad del Cauca y Asesora de los Directores del Proyecto durante toda la ejecución del mismo (Página 14 y ss), se indicó lo siguiente:

El Departamento pregunta: *"con base a esa respuesta ¿usted considera que de no haber sido por la medida administrativa de suspensión de giros la universidad hubiera podido dentro de los plazos contractuales como había quedado estipulados, es decir a julio de 2021 habían podido cumplir con la entrega del 100% de los documentos de caracterización?"*

Lina María López responde: *"Con los recursos sí, porque es que nos quedó norte, no se inició por norte a caracterizar por un tema de orden público; tocaba corinto, caloto y en esos momentos el orden Publio estaba bastante complejo por eso nosotros escogimos otros"*

⊗ El Departamento pregunta: *¿Pero igual ustedes a diciembre de 2019 habían terminado las encuestas de sus municipios?"*

Lina María López responde: *"no, se alcanzaron los de los 23, esos están sin encuestar o sea quedaron sin encuestar los municipios del norte y toda la costa pacífica"*

El Departamento pregunta: *"es decir que, a diciembre del 2019, ¿se realizaron las encuestas completas de 23 municipios mismos cuyos documentos se entregaron al departamento a julio del 2021, quedando pendiente entonces 19 municipios?"*

Lina María López responde: *"sí, quedando 19 municipios pendientes, son 32 municipios y el global que ya se tenía que entregar con la información porque la costa pacífica no, porque el proyecto hizo un recosteo de cuánto era la costa pacífica y todos saben que el transporte es fluvial y tiene un costo muy alto, o sea el dinero que había que tener disponible, era casi*



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

un desembolso, porque es muy costoso transportarse para hacer esa caracterización; por ejemplo en guapi, no era la cabecera, sino las veredas, y allá tocaba contratar lanchas para que se dedicaran únicamente a llevar a los encuestadores, muy alto el valor y la costa pacífica no se inició, la decisión que se tomó en la mesa técnica, que por estos municipios que nos permiten por las víctimas, levantar mucho la ejecución para que nos permitan en el siguiente desembolso, y con el segundo, poder tener los recursos para poder hacer costa pacífica porque era muy alto costo. La manera en que la universidad ejecutó el contrato, era consiente que él requeriría de pagos adicionales de conformidad con el contrato, para poder seguir contratando los encuestadores de los más municipios que faltaban. Necesitábamos los desembolsos establecidos en el contrato, para poder avanzar, sin el recurso del desembolso la universidad, no podía; incluso en su momento, una de las alternativas que dieron, era que la universidad, que siempre maneja mucho dinero; le prestara al proyecto, pero se les explicó que el estatuto financiero del acuerdo 051 de 2007, tiene una limitante en la cual dice que la universidad no podrá prestar recursos para ejecución de proyectos, eso se les explicó y por eso fue que hicimos todo el trabajo, y todo el esfuerzo para lograr caracterizar por ejemplo Popayán, que reunía el mayor número de víctimas, porque sabíamos que con Popayán se podría cobrar el segundo desembolso, y garantizar esos recursos."

El Departamento pregunta: *Es decir, en marzo del 2019 fecha en la cual se superaron los conflictos que había entre la UARIV y la mesa de víctimas a diciembre de 2019, en que ustedes terminaron las encuestas de los 23 documentos de los municipios que después entregaron, ¿no se adelantó nada respecto de los 19 municipios que faltaban?*

Lina María López responde: *"No, porque nos llegó la pandemia, terminamos en marzo del 2019 (sic) y en marzo se decretó la pandemia. O sea, en diciembre de 2019, terminamos esos 23 municipios. La idea era, a partir de febrero volver a retomar, la idea era que entregábamos la caracterización de esos 23 y con los datos que nos entregaba la UARIV nosotros entregábamos los documentos que sobre esos documentos ya elaborados, podíamos tramitar ya el desembolso y con ese desembolso a mitad de año podríamos estar acabando las otras encuestas"*

Del informe de interventoría, el referido testimonio y el material probatorio obrante en el expediente se desprende que, desde el inicio de ejecución del contrato, ocurrido el 8 de febrero de 2018 hasta su vencimiento, acaecido el 30 de julio de 2021, se suscribieron cinco (5) prórrogas con las cuales se computó un plazo total de ejecución de treinta y dos (32) meses y veintiocho (28) días, término suficiente para que el contratista UNIVERSIDAD DEL CAUCA ejecutara las actividades y obligaciones del contrato lo cual no realizó, inicialmente por falta de acuerdo en la metodología de manejo de información entre la UARIV, el DEPARTAMENTO DEL CAUCA y la UNIVERSIDAD y, una vez superada dicha dificultad, por la ineficiente ejecución del contratista, quien endilgó principalmente su bajo porcentaje de avance y continuos retrasos a la carencia de flujo de caja para contratar los encuestadores que debían recolectar la información de base en los distintos municipios del departamento.

Así las cosas, tal como consta en la prueba testimonial, el contratista no realizó las encuestas que constituían el punto de partida de la caracterización de la población víctima del conflicto armado, en las zonas norte y pacífico del departamento, y justificó, en diversos comités técnicos de seguimiento en los que estuvieron presentes representantes de la alta dirección de la Universidad, que la causa fundamental del notorio retraso y el incumplimiento en la actividad de recolección de la información mediante el levantamiento de encuestas fue el hecho de no disponer de recursos económicos para aumentar notablemente el avance físico de ejecución, presentar cuentas de cobro y tener flujo de caja para reinvertir en las mismas actividades a su cargo. Lo anterior ratifica el hecho que, aunque la partes consideraron en el marco de la ejecución que no existió restricción alguna para poder cumplir las obligaciones pactadas, aspecto que no puede pasarse por alto en esta decisión, pues la defensa se centró en alegar que no se podía ejecutar lo pactado a falta de recursos en el poco tiempo establecido en el contrato, las prórrogas son un acuerdo de voluntades que tienen carácter vinculante y que se debía ejecutar, al respecto dijo la Sección Tercera del



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

Consejo de Estado en sentencia del 20 de abril de 2022 con ponencia del Dr. NICOLÁS YEPES CORRALES, Rad. 05001-23-31-000-2010-02150-01 (56508):

“En suma, la Sala encuentra que previa solicitud del contratista las partes acordaron la extensión del plazo contractual, mediante negocios jurídicos que constituyeron acuerdos vinculantes para los contratantes respecto de las condiciones en que se llevarían a cabo y que fueron suscritos tras conocer las causas que daban origen a su celebración, de modo que concernía al contratista establecer las implicaciones económicas derivadas de la prolongación del plazo de ejecución de los trabajos.

A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual, incluida la contratación pública, es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente convenido y el deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados. El principio enunciado *—pacta sunt servanda*, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente.

En efecto, la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo éstas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales”.

Precisado lo anterior, para el despacho no es de recibo el argumento central de la defensa del consultor, el cual alega como supuesta causa determinante de los retrasos en la ejecución del contrato, la falta de desembolsos por parte del Departamento, máxime cuando a la celebración del contrato se llegó mediante un proceso de selección objetiva realizado en el año 2018, en marco del cual se verificó el cumplimiento efectivo de indicadores financieros que presentó la UNIVERSIDAD DEL CAUCA, en los cuales se podría aseverar que se contaba con la liquidez suficiente para evitar incurrir en un posible incumplimiento; ello quiere decir que como proponente y futuro contratista, es claro que contaba con los recursos económicos para satisfacer las necesidades del proyecto sin depender de los desembolsos de la entidad, que en todo caso fueron concedidos en CALIDAD DE ANTICIPO y además mediante el pago del Acta Parcial No. 1. Por lo tanto, son actos propios que no se pueden desconocer al momento de ejercer la defensa dentro del proceso sancionatorio contractual alegando el carácter de no ejecutable.

Similar argumento descarta asimismo la excepción de contrato no cumplido invocada por la compañía aseguradora, figura sobre la cual ha indicado la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 11 de marzo de 2021 con ponencia del Doctor ALBERTO MONTAÑA PLATA, Rad. 050001-23-31-000-1999-01606-02 (62052) lo siguiente:

“51. La jurisprudencia de esta corporación ha aceptado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en materia de contratos estatales. Sin embargo, se ha condicionado, entre otros, a que el incumplimiento de la entidad contratante genere una imposibilidad razonable de cumplir con la obligación, pues el contratista está obligado a cumplir con sus obligaciones así se presente un incumplimiento que no impida la ejecución del contrato.

En el caso concreto, al inicio del proyecto se presentaron dificultades de tipo técnico y de concertación con la Mesa Departamental de Víctimas, que posteriormente fueron subsanadas, y las partes en aras de lograr la ejecución adecuada del mismo, decidieron prorrogar en cinco (5)



Continuación Resolución No.

11558-12-2023

oportunidades el plazo de ejecución contractual, término que resultó insuficiente para que el consultor cumpliera a entera satisfacción los objetivos propuestos y las obligaciones pactadas. No es admisible sostener que pueda proceder la excepción de contrato no cumplido alegada en los descargos por incumplimiento atribuible a la entidad contratante, pues el contratista guardó silencio durante el término de ejecución y participó activamente en todas las reuniones y comités en donde se trazó la estructuración de los documentos modificatorios del proyecto con el objetivo de poder rediseñar las estrategias que permitieran adaptarse a las metodologías propuestas por la UARIV, circunstancia que impide de plano que hoy pretenda endilgar responsabilidad sobre el cumplimiento de las obligaciones a la entidad contratante, **máxime cuando en todos los documentos modificatorios, actas de suspensión y reinicio, no dejó salvedades de las que se infiera que lo que hoy reprocha había sido detectado con anterioridad e ignorado por el ente territorial.** Sobre este aspecto, se debe resaltar que la jurisprudencia actual redundante por las cargas en la planeación que tiene tanto la entidad contratante como el contratista, al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 3 de julio de 2020 con ponencia de la Doctora MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Radicación: 73001-23-33-000-2015-00322-01 (65198) dijo:

“En este punto, la Sala observa que el principio de planeación es bifronte, en tanto se predica para la entidad contratante, pero también para el contratista. Este último no puede alegar la imposibilidad de desarrollar la obra en el plazo pactado, cuando – como en este caso- tuvo acceso a los estudios previos, presentó una propuesta que acogió los ítems y cantidades de las distintas etapas requeridas para la ejecución de la obra y se obligó a cumplir en el término de 90 días, plazo que le fue respetado y no se afectó por las suspensiones del contrato acordadas entre las partes.

Al respecto dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 23 de abril de 2021 MP. MARIA ADRIANA MARIN Rad. 250002336000201200494 01 (50317):

“Lo señalado desestima, por un lado, la apreciación de la parte demandante, según la cual la etapa de planeación contractual es de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante, y por otro, su manifestación de que el contratista obró de buena fe al presentar su oferta conforme, en todo, a lo dispuesto en el pliego de condiciones, afirmación que desconoce la jurisprudencia de esta Sección que precisó que la buena fe en materia contractual es objetiva, es decir, que el comportamiento de las partes contratantes desde la preparación del contrato y hasta su finiquito, debe ser ajustado al ordenamiento y a los postulados de lealtad y corrección, por lo que, la sola creencia de estar actuando de acuerdo al ordenamiento jurídico, no satisface los mandatos imperativos de la ley ni justifica su elusión.”

El Estatuto General de la Contratación Pública y las normas que lo desarrollan, contemplan dentro de sus disposiciones el otorgamiento de la potestad sancionatoria contractual a las Entidades Públicas que se encuentran bajo su abrigo. Atribución por medio de la cual, la Administración puede imponer multas y sanciones, declarar el incumplimiento del contrato, tasar los perjuicios causados con el incumplimiento e imponer la cláusula penal pactada.

Tal virtud, debe estar siempre precedida del principio de legalidad. Esto es, la Administración para adelantar un proceso sancionatorio debe contar con la competencia reglada previo a su trámite. Tal como lo expuso el Consejo de Estado en sentencia del 12 de octubre de 2017 bajo el radicado: 37322:

“(…)

22. Al respecto, se observa que las autoridades estatales gozan de la facultad de autotutela declarativa –o privilegio de decisión previa- al ejercer la función administrativa, lo cual no es otra cosa que la posibilidad de decidir unilateralmente las cuestiones sobre las cuales tienen conocimiento a través de la expedición de actos administrativos, que son ejecutivos y ejecutorios, es decir que se hallan revestidos de obligatoriedad por sí mismos, pueden ser ejecutados por la administración en forma directa, con sus propios medios y puede ésta



Continuación Resolución No.

11 558 - 12 - 2023

también hacerlos cumplir por sus destinatarios aún coercitivamente, sin necesidad de la participación de la autoridad judicial para convalidarlos o refrendarlos.

23. Sin embargo, como es bien sabido, el principio de legalidad que informa las actuaciones de las autoridades estatales, representa una garantía para los administrados en cuanto constituye una limitación del poder público frente a los derechos y libertades consagrados a su favor. En virtud de tal principio, ellas sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas por la Constitución o la ley, es decir: que sus decisiones están enmarcadas por la competencia que les ha sido otorgada por dichos ordenamientos y es únicamente dentro de tales límites que ellas pueden actuar, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación de funciones"

Por tal razón, la actividad sancionatoria contractual de la administración, encuentra su sustento en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, la cual incorporó al ordenamiento jurídico la potestad de imponer multas y sanciones, declarar el incumplimiento y hacer efectivo su cobro de manera directa, posteriormente reglamentado por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 por medio del cual se determinó el procedimiento y las reglas a aplicar en el trámite de la misma.

De esta manera, la Administración solo podrá dar aplicación al procedimiento del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en los siguientes casos: I) Declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, II) Imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y III) hacer efectiva la cláusula penal.

Es así, que se hace necesario para este Despacho determinar si el Departamento del Cauca cuenta con la competencia para pronunciarse a la luz de lo reglado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en ocasión a las peticiones realizadas por el interventor.

I) Imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato

Las multas no son aplicables al presenta caso, pues en primer lugar, no fueron pactadas y además solo operan en el evento que el contrato se encuentre en ejecución, por lo tanto no procedería aunque se hubieren pactado, pue el contrato 648 de 2018 terminó por vencimiento del plazo el día 30 de julio de 2021.

II) Hacer efectiva la cláusula penal.

Es importante indicar que revisado el contrato 648-2018 no se observa que las partes hubieran pactado la cláusula penal, sin que sea una facultad excepcional de las que se entienden incorporadas en los contratos de conformidad con el art. 14 de la ley 80 de 1993, al respecto indico la Corte Constitucional en sentencia C-124 de 2003:

"(...)

Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. Obsérvese cómo el —principio de legalidad— es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple —practicidad— de la conducta—es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes—no la ley; pero autorizadas por ella—quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. En todo caso, tampoco cabría decir que como —el contrato es ley para las partes—, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues



Continuación Resolución No.

11 558 - 12 - 2023

esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes".

III) Declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo,

El Interventor del contrato D&S TRADE S.A.S a través de informe puso en conocimiento del Departamento del Cauca un posible incumplimiento por parte de la Universidad del Cauca en el marco del contrato 648-2018. Dentro de su relato no se evidencia que la interventoría argumente y adjunte las pruebas pertinentes que indiquen la causación de un perjuicio a la Entidad frente a las actividades que presuntamente no se llevaron a cabo. Dejando sin competencia a este Despacho para pronunciarse conforme a las reglas del artículo 86 de la ley 1474 de 2011. Mas aun, cuando las partes no pactaron la cláusula penal. Lo que hubiera permitido hacer efectiva la tasación anticipada de perjuicios.

Ahora, el Interventor se encamina a que los perjuicios que pudieron causarse por parte del contratista obedecen a la no amortización del anticipo, lo que conlleva a plantear el siguiente interrogante ¿la no amortización del anticipo es un perjuicio derivado del incumplimiento del contrato?

Para dar respuesta al mismo, se debe indicar que en virtud del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales están autorizadas para pactar a favor de sus contratistas la entrega anticipada de recursos, con el fin de que estos puedan financiar los costos que implican el inicio de la ejecución del contrato. En tanto se trata de un préstamo, el anticipo seguirá siendo de propiedad de la entidad contratante y el contratista no será más que el administrador encargado de invertir estos recursos públicos en el objeto del contrato

De esta manera se tiene que una vez pactada la cláusula contractual de anticipo, nacen entre las partes una serie de derechos y obligaciones **contractuales**. La entidad contratante se obliga a desembolsar una determinada suma de dinero a favor del contratista en el tiempo y la forma que se haya previsto para ello en el contrato, al mismo tiempo que nace para el contratista el derecho a recibirlo. Por lo que recibir oportunamente el anticipo supone al mismo tiempo una serie de obligaciones correlativas para el contratista, algunas previas o necesarias para su entrega y otras posteriores o referentes a su buen manejo e inversión en el contrato.

De conformidad con lo anterior, en materia contractual el daño es la vulneración al derecho de crédito (acreencia), de otro lado los perjuicios son las consecuencias de ese daño para el acreedor, por lo tanto el incumplimiento en la ejecución del contrato y consecuente no amortización del anticipo constituye el daño en el caso concreto, los perjuicios, por su parte serían las consecuencias extra patrimoniales o patrimoniales.

Al respecto dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 22 de noviembre de 2021 MP. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE Rad. 05001-23-31-000-1998-00937-01: (35826):

"El equilibrio o la equivalencia de la ecuación económica pretende que, en el desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad. El incumplimiento, en cambio, evalúa el comportamiento de las partes frente a la ejecución del contenido obligacional, esto es, si fue tardío, defectuoso o conforme con lo que libre y voluntariamente acordaron. Por ello, el incumplimiento debe analizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

La tasación económica es distinta en uno y otro caso. En la ruptura del equilibrio económico del contrato se pretende evitar puntos de pérdida (art. 5 de la ley 80 de 1993), sin perjuicio de lo expuesto en cuanto al hecho del príncipe, mientras que el incumplimiento exige la



Continuación Resolución No.

11 558 - 12 - 2023

indemnización plena de los perjuicios, que se derivan de la desatención de las obligaciones del contrato”.

En el caso concreto se descartan los perjuicios extra patrimoniales (morales o salud), los cuales no son propios de las relaciones contractuales y además no los sufren las personas jurídicas como el Departamento.

En relación con los perjuicios extrapatrimoniales, el art. 1614 del Código Civil se refiere al daño emergente y el lucro cesante, siendo el primero toda erogación o gasto derivado del incumplimiento contractual y el segundo lo que deja de ingresar a la entidad y que se esperaba que ingresara si se hubiera cumplido el contrato.

De conformidad con lo anterior, en el caso concreto el saldo de anticipo no amortizado no es una erogación o gasto en los cuales haya incurrido el Departamento como consecuencia del incumplimiento de la Universidad del Cauca, por lo tanto no es un daño emergente, pues, de hecho el anticipo no ha salido de la contabilidad del Departamento, contablemente es una cuenta por cobrar a favor de la entidad y en la contabilidad de la Universidad es una cuenta por pagar. Tampoco se puede considerar que la no amortización del anticipo sea un ingreso que deja percibirse por la entidad territorial, pues no es un recurso que debía ingresar como beneficio o utilidad a favor de la entidad territorial si se hubiere ejecutado el contrato, por lo tanto, no constituye un lucro cesante.

A partir de lo anterior, en el caso concreto los valores pendientes de reintegro por anticipo no amortizado y sus respectivos rendimientos no constituyen un perjuicio, pues no son una consecuencia del incumplimiento contractual, el reintegro del mismo es una consecuencia de la ejecución contractual y el cruce de cuentas y balance financiero que se debe realizar en la liquidación del contrato, liquidación que no es una facultad sancionatoria de la entidad contratante sino el resultado de lo acordado por las partes o en su defecto una facultad legal cuando se realiza de manera unilateral (derivada del art 11 de la ley 1150 de 2007).

Por estas razones, no es este escenario el (proceso sancionatorio de declaratoria de incumplimiento) el apropiado para lograr el reintegro del anticipo no amortizado y sus rendimientos, cruce que corresponde hacerse en la liquidación del contrato, lo anterior sin perjuicio de la posibilidad que tiene la entidad de declarar el siniestro si en gracia de discusión se da uno de los supuestos del amparo de buen manejo y correcta inversión de anticipo, facultad que no es sancionatoria y que no se resuelve siguiendo el procedimiento sancionatorio del art. 86 de la ley 1474 de 2011 sino el procedimiento administrativo general de la primera parte de la ley 1437 de 2011.

Por lo anterior, no es posible declarar el incumplimiento del contrato en este caso, pues no se perseguiría ninguna de las finalidades legales, ni hacer efectiva la cláusula penal, pues no fue pactada, ni lograr una condena de perjuicios, pues como quedó expuesto el reintegro del anticipo no amortizado no es un perjuicio derivado del incumplimiento del contrato sino una consecuencia propia de la ejecución financiera contractual, siendo la liquidación del contrato el escenario en el cual se deben hacer los balances y cruces respectivos.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Terminar el procedimiento administrativo sancionatorio en virtud del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 adelantado contra la Universidad del Cauca por el presunto incumplimiento del contrato N°648-2018 cuyo objeto es: *“Realizar el proceso de caracterización integral a la población víctima del conflicto armado en el Departamento del Cauca, identificando su situación de vulnerabilidad desde el punto de vista de las necesidades específicas y características particulares, con el fin de implementar programas, proyectos y acciones que conlleven a garantizar el goce efectivo de los derechos de la comunidad”.* De acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.



Continuación Resolución No.

11558 - 12 - 2023

ARTÍCULO SEGUNDO: En consecuencia, archivar el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado contra la Universidad del Cauca por el presunto incumplimiento del contrato N°648-2018.

ARTICULO TERCERO: El presente acto administrativo queda notificado en estrados, advirtiéndole que contra el mismo procede el recurso de reposición ante el Secretario de Gobierno y Participación del Departamento del Cauca, el cual deberá interponerse y sustentarse en la misma audiencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTICULO CUARTO: En firme la presente resolución publíquese en el SECOP.

ARTÍCULO QUINTO. La presente resolución rige a partir de su notificación.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Popayán a los

14 DIC 2023

DIEGO AGUILAR MARIN
Secretario de Gobierno y Participación

Revisó: Juan Fernando Ortega Olave – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Revisó: John Eduard Noguera – Contratista Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Lili Mogollón – Contratista Secretaría de Gobierno y Participación