



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

RESOLUCIÓN NÚMERO 058 DE 2012

(12 de abril de 2012)

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por el CONSORCIO CR y ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., en contra de la Resolución No. 005 de 2012"

EL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

en uso de sus atribuciones legales y estatutarias, especialmente las consagradas en el numeral 15 del artículo 31 del Acuerdo 075 de 1994 -Estatuto General de la Universidad Surcolombiana-, y;

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución No. 005 del 13 de enero de 2012, se declaró el siniestro de incumplimiento al CONSORCIO CR, conformado por las sociedades CONSTRUCCIONES CF S.A.S., y por la sociedad INGEASER LTDA, siendo el señor JESÚS MARÍA RUIZ PÉREZ, mayor de edad y domiciliado en Neiva, Representante Legal del citado Consorcio.

Que como consecuencia de la declaración del siniestro de incumplimiento, se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria del Contrato de Obra Civil No. 0021 de 2010, equivalente al diez por ciento (10%) del valor del mismo, en cuantía de CIENTO TREINTA MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$130.079.417.5) MCTE, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16 del Acuerdo 021 de 2005 -Estatuto Contractual de la Universidad Surcolombiana-, vigente para la fecha de suscripción del contrato.

Que contra la Resolución No. 005 de 2012, presentaron recurso de reposición dentro del término legal para el efecto, el CONSORCIO CR, a través de apoderado el 15 de febrero de 2012, de igual forma, la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., el 20 de febrero del año en curso.

Que al amparo del derecho de contradicción y de lo dispuesto en los artículos 56 a 58 del Código Contencioso Administrativo, se ordenó la práctica de unas pruebas en el procedimiento administrativo adelantado por la Universidad, en virtud del recurso de reposición interpuesto por el CONSORCIO CR, que dio inicio a la Vía Gubernativa, pruebas decretadas mediante Resoluciones 014 y 029 de 2012, a saber, diligencia de recepción de testimonio del Ingeniero Eléctrico MAURICIO LARGO PATIÑO, Asesor de la Universidad, la cual se practicó con la participación de los apoderados del contratista y la aseguradora el 01 de marzo de 2012, en la Sede de la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad; Inspección Ocular al lugar

CM
Avenida Pastrana Borrero - Carrera 1a. A.A. 385 y 974 - PBX 8754753 - Fax 8758890 - 8759124 - 8752374 - 8752436
Carrera 5 No. 23 - 40 - Edificio de Postgrados - PBX 8753686

www.usco.edu.co
NEIVA - HUILA





Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

de la obra, que se efectuó el 08 de marzo de los corrientes, con la presencia de los apoderados y personal de las partes, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Asesor Jurídico externo JUAN PABLO MURCIA DELGADO, el Asesor de la Oficina Asesora de Planeación MAURICIO LARGO, profesores de la Facultad de Ingeniería de la Institución y el Inspector FABIAN DARIO RUIZ, miembro del CIDET (Corporación Centro y Desarrollo Tecnológico del Sector Eléctrico), quien realizó el dictamen de inspección y verificación de instalaciones eléctricas para uso final, según RETIE del Edificio de la Biblioteca e informe técnico realizado por personal de la UNIVERSIDAD DISTRITAL, el cual fue remitido por correo electrónico a las partes.

Que agotado el trámite probatorio y recaudadas las pruebas ordenadas, es pertinente resolver los recursos interpuestos, para lo cual se procede a resumir los argumentos y consideraciones expuestas en los recursos de la Vía Gubernativa.

ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS PRESENTADOS

El CONSORCIO CR, basa su oposición contra la Resolución No. 005 de 2012, principalmente en la supuesta incompetencia de la Universidad Surcolombiana para declarar de manera unilateral el incumplimiento, dado que ésta es una potestad excepcional, exclusiva de las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, y que de conformidad con el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, los contratos de las Universidades Oficiales se rigen exclusivamente por normas de derecho privado, concluyendo el apoderado del contratista que el Acuerdo 021 de 2005, anterior Estatuto de Contratación de la Universidad Surcolombiana, es ilegal y no es obligatorio para su poderdante, por consiguiente la citada Resolución es un acto administrativo inexistente y la considera una verdadera vía de hecho.

En cuanto al alcance de las obligaciones asumidas por el CONSORCIO CR, puntualmente las referentes a la instalación de la cubierta del Edificio de la Biblioteca Central de la Universidad y de sus luminarias establecidas en los literales b), p), r), y w) de la cláusula séptima del Contrato de Obra Civil No. 021 de 2010, se atribuye al alcance de las obligaciones a cargo del contratista, que se ceñían a ejecutar la obra basándose únicamente en la información técnica entregada por la entidad, como estudios, diseños y planos de detalles, por lo que la responsabilidad del CONSORCIO CR, corresponde a sus actos propios, como quiera que el objeto contractual, no tenía la connotación de una consultoría. Señala, que si el contratista se apartaba de la información suministrada por la Universidad Surcolombiana, o de los lineamientos técnicos impartidos por los expertos asesores de la entidad, naturalmente la responsabilidad de la calidad de la obra y las consecuencias que se deriven del incumplimiento del contrato le corresponderían a él.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

En consecuencia, manifiesta el apoderado recurrente que ni los daños ocasionados por las filtraciones de agua, ni los costos de la solución de dicha problemática le corresponde asumirlos al contratista, pues lo que éste hizo en todo caso fue ceñirse a los diseños aportados por la Universidad, indicando que el modo de instalación de la cubierta fue definido por la entidad. Además, manifiesta que no hay argumentos de naturaleza técnica con los cuales se pueda definir el incumplimiento, debido que el problema se generó en la deficiente información técnica entregada por la Institución.

Respecto a la instalación de las luminarias dentro del Edificio, sostiene que el CONSORCIO CR, acogió las especificaciones técnicas determinadas por la Universidad y que los supervisores de los aspectos arquitectónicos y eléctricos del mencionado contrato nunca objetaron su instalación hasta que el Jefe Asesor Jurídico de la Institución desprendió una de las instalaciones del lugar. Así mismo, manifiesta que no existía instrucción del fabricante de las luminarias en cuanto al modo de instalación.

Tratándose de la instalación de los paneles modulares, expresa que dicha actividad se realizó en estricto cumplimiento de los términos de altura, ancho y ubicación y que fue la entidad la que en repetidas ocasiones ordenó la modificación de su ubicación, solicitud que el CONSORCIO CR, atendió y que posteriormente se surtió el Acta de recibo de pendientes por parte de la Interventoría quedando pendientes una cuestiones no relevantes que requieren ser ajustadas, "*siendo posible ejecutarlas en un día*".

Frente a las observaciones realizadas por el ingeniero eléctrico DIEGO MAURICIO LARGO, Asesor de esta Casa de Estudios, en su informe del 18 de noviembre de 2011, donde evidencia el estado de la obra y las múltiples inconformidades de naturaleza eléctrica, se argumenta que se tratan de mínimas cuestiones de la obra, argumentando que no tienen por sí mismas la importancia que les otorga la Universidad para generar la declaratoria de incumplimiento.

Se argumenta que la Resolución No. 005 de 2012, constituye una forma ligera de expedición de un acto administrativo mediante el cual se establece el cumplimiento tardío de las obligaciones relativas a la entrega del aire acondicionado, planos as builts y paz y salvos laborales y con terceros proveedores o subcontratistas, sin ponderar que la indebida planeación del contrato obligaron a efectuar adiciones a actividades y recursos sobre el final del plazo, que fue adicionado solo a partir del 3 de junio de 2011, pese a que desde el mes de marzo del mismo año la Universidad Surcolombiana había solicitado el rediseño del sistema de voz y datos y de las instalaciones eléctricas para el sistema de aire acondicionado.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

Con lo anterior, quiere significar el apoderado del CONSORCIO, que la afectación en la cronología de las actividades multiplicaron los faltantes de obra por ejecutar por fuera del plazo, pues dicha alteración implicó el pacto de una obligación de imposible cumplimiento que a todas luces es exonerativa de responsabilidad *"el contratista pudo haber dejado abandonada la obra existiendo tantos yerros técnicos, sin embargo, asumió obligaciones más allá de lo que le correspondía como diseñar y ejecutar actividades y recursos sin plazo"*, manifiesta que el contratista se ha visto sacrificado *"por la irresponsable y tramposa acusación de cumplimiento tardío de la obligación. Ello no hace más que poner en evidencia la mala fe del contratante"*.

Trae a colación el recurrente, el principio de proporcionalidad de la pena, en virtud del cual, la pena deberá corresponder y ser congruente al grado de incumplimiento del contrato, arguyendo, que no es lo mismo castigar el cumplimiento tardío de la obligación que el no cumplimiento o el incumplimiento total del contrato.

A su vez, la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., a través de apoderado debidamente constituido para tal fin, argumenta la inexistencia del incumplimiento del contrato, por cuanto en su concepto se hizo entrega a satisfacción del objeto del mismo, según acta de obra del 18 de julio de 2011, señalándose actividades por ejecutar en la entrega de las obras, además, manifiesta que las situaciones de hecho expuestas en la resolución arriba aludida y que son objeto de impugnación, son requerimientos que pueden ser atendidos por el contratista, indicando que se entiende delegada en el interventor del contrato la inspección de la obra, por lo cual se conciben cumplidas a cabalidad las obligaciones del mismo.

Señala, que la Universidad no cumplió con el deber de demostrar el perjuicio, ni su cuantía, reconociendo que a pesar que la cláusula penal es una estimación anticipada de perjuicios, el contrato de seguro solo puede proteger al asegurado en el valor del perjuicio, el cual debe ser demostrado y cuantificado. Expresa, que esta cuantificación es necesaria para demostrar la incidencia en el valor total del contrato, haciendo ver que los argumentos y hechos expuestos en el acto administrativo impugnado no son plena prueba de los perjuicios realmente sufridos por la Universidad.

De otra parte, plantea la inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., en la medida que el plazo de vigencia del riesgo se encontraba expirado al momento de expedirse el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento y solicita que se revoque dicha decisión y se proceda a la liquidación del Contrato de Obra No. 021 de 2010.

LA ENTIDAD

Com



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

Que expuestos los argumentos de los recursos la Universidad procederá a dar contestación pronunciándose de la siguiente forma:

1. La Universidad Surcolombiana es competente para declarar el siniestro del riesgo asegurado mediante pólizas otorgadas a su favor.
2. El Estatuto de Contratación de la Universidad es legal y éste es obligatorio tanto para la entidad como para las personas que voluntariamente decidan contratar con ella.
3. Análisis de las pruebas practicadas y los riesgos asumidos por el contratista.
4. Respecto de los argumentos del recurso, en cuanto alcance de las obligaciones que había asumido EL CONSORCIO CR, en relación con la ejecución del contrato.
5. Sobre la proporcionalidad de la aplicación de la cláusula penal.
6. La inexistencia de recibo final y a satisfacción de la obra.
7. Sobre la vigencia de las pólizas.
8. Sobre la inscripción en el RUP de la Resolución No. 005 de 2012 y sobre la liquidación unilateral del contrato.

1. La Universidad Surcolombiana es competente para declarar el siniestro del riesgo asegurado mediante pólizas otorgadas a su favor.

- a) Los contratos de la Universidad Surcolombiana no son contratos privados sino contratos estatales de régimen especial.

De manera respetuosa con el recurrente, se debe advertir que es un error considerar que a los contratos de la Universidad Surcolombiana solo le son aplicables las normas civiles y comerciales, conclusión que se considera surge de una lectura descontextualizada y exegética de los artículos 93 y 94 de la Ley 30 de 1992. Ante lo cual, se enfatiza que los negocios jurídicos que celebre la Universidad Oficial no son de carácter privado, sino contratos estatales de régimen especial como lo reconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado, veamos:

"Las Universidades Oficiales, pese a la garantía constitucional de su autonomía, son entidades estatales sujetas a la Ley y, a quienes esta les ha otorgado capacidad para celebrar contratos, Nadie osaría poner en duda la naturaleza administrativa que cumplen las Universidades Oficiales en el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, los actos contractuales que celebren las Universidades estatales u oficiales, son "Contratos estatales especiales", por cuanto están sujetos a un régimen especial por expresa disposición legal.¹"

¹ Auto de agosto 20 de 1998, rad. 14.202, C.P. Juan de Dios Montes.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

Razonar así sería caer en un entimema en donde en forma mecánica se relacionaría aplicación de normatividad privada a justicia ordinaria, y aplicación de normatividad pública a justicia administrativa; esta apreciación ya superada, tuvo lugar en el pasado cuando apenas se deslindaban los límites entre esas dos jurisdicciones. Hoy es claro que la remisión que hacen las normas públicas contractuales a preceptos del derecho privado no tiene por este solo hecho la capacidad para alterar la naturaleza pública de los negocios que celebren las entidades estatales, sino que es una respuesta a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo, como antes se expuso. (Subrayado y negrillas propias)

Es claro entonces, que la remisión del artículo 93 de la Ley 30 de 1992, a las normas del derecho privado no muta el régimen legal de la Universidad, por lo cual si bien es cierto, en sus elementos esenciales sus contratos se rigen por las normas civiles y comerciales, dada su condición de entidad pública éstos no pierden su naturaleza administrativa, por ello, en su gestión contractual la Universidad Surcolombiana actúa conforme al interés general (artículos 1 y 2 C.P.), con respeto del debido proceso (artículo 29 C.P.), ejerce función administrativa (artículo 209 C.P.), se somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las entidades regidas por la Ley 80 (artículo 13 de la Ley 1150 de 2007); el Juez de sus Contratos es de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (artículo 75 de la Ley 80, artículo 82 C.C.A.); además, como entidad y autoridad pública, está facultada para expedir actos administrativos en ejercicio del principio de autotutela administrativa (artículos 64 y 66 del C.C.A.) y puede declarar el siniestro de las garantías constituidas a su favor mediante acto administrativo que presta merito ejecutivo (numerales 4 y 5 del artículo 64 C.C.A.).

Lo anterior, son principios y normas obligatorias para la Universidad Surcolombiana en su gestión contractual que son ajenas e incluso contrarias al derecho privado, por lo cual sería absurdo señalar que a la Institución en materia contractual únicamente se le aplican las normas del derecho civil y comercial.

b) La facultad de declarar unilateralmente el riesgo de cumplimiento asegurado a una entidad pública mediante póliza de seguros es una potestad de todas las entidades públicas, sin importar su régimen de contratación.

La cláusula de garantía incorporada en los contratos celebrados por la Administración es obligatoria² y de orden público, por cuanto es un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal, el cual es la satisfacción

² El artículo 68 del decreto-ley 222 de 1983 hacía de las garantías una cláusula presunta en tanto la falta de estipulación no liberaba al contratista de la obligación de constituir las.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

del interés general, así como del patrimonio público. En efecto, de una parte, asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y de la otra, protege el patrimonio estatal del daño derivado del incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones del contratista.

Como señala la misma jurisprudencia, la remisión que hace el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, a las normas de derecho privado "no tiene la capacidad para alterar la naturaleza pública de los negocios que celebren las entidades estatales, sino que es una respuesta a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo"³ y dentro de las prerrogativas de la Administración, se encuentra la de declarar mediante acto administrativo motivado el siniestro del riesgo de cumplimiento de las obligaciones o de estabilidad de la obra y calidad de los bienes suministrados, asegurados mediante las garantías del contrato, **con las cuales se salvaguarda el interés público y se protege patrimonialmente a la Administración**, no con base exclusiva en la Ley 80 de 1993 (que antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no contemplaba esta posibilidad) sino en el numeral 5 del artículo 68 del C.C.A, norma que establece:

"Artículo 68.- Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

(...)

*"4°) Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de **entidades públicas**, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso;*

*5°) Las demás garantías que a favor de las **entidades públicas** se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación; (...)"* (Subrayado y negrillas nuestros)⁴

3 Ibidem

4 Al respecto la Ley 1066 de 2006 dispone: Artículo 5°. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

El tenor literal de la norma en cuestión determina que las garantías otorgadas a favor de entidades públicas, sin determinar un régimen contractual especial, prestan mérito ejecutivo, al integrarse al acto administrativo ejecutoriado que declara esa obligación, de donde se origina la potestad de declarar el siniestro sin que el asegurador se oponga directamente a la entidad, sino que debe demandar el acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa para impugnar su validez.

Al respecto, la Sentencia Tercera del Consejo de Estado ha indicado que se trata de un privilegio, sin carácter sancionatorio⁵, que busca salvaguardar los recursos públicos, veamos el siguiente pronunciamiento de la Sección Tercera que por su importancia se transcribe *in extenso*:

"Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.

(...)

Se advierte en la precitada sentencia que con la expedición de la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 75 se dispuso que el juez competente para conocer de los procesos ejecutivos era el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala consideró derogado el artículo 68-4 del C.C.A.⁶ en lo

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, exp. 9286, C.P Carlos Betancur Jaramillo. Y agregó: "En el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora deberá expedir un acto administrativo unilateral, en el cual declarará ocurrido el siniestro, y frente al mismo, tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo jurisdiccionalmente. (art 68, ord. 5° del C.C.A.). Se adelanta así el debate en torno a un acto dictado con base en un poder legal. Acto que una vez ejecutoriado o luego de resultar fallidas las vías gubernativa y jurisdiccional, prestará con la póliza correspondiente mérito ejecutivo contra la aseguradora, la que deberá pagar el seguro en los términos convenidos..." Ver también sentencias de 24 de agosto de 2002, exp. 13598, y de 3 de mayo del 2001, exp. 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque: "Viene al caso la distinción que hace el Código de Comercio con relación a los seguros en el campo privado, puesto que el asegurado o beneficiario del seguro debe dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro y demostrar tal ocurrencia, así como la cuantía de los daños (art. 1075 y 1077), sin que tales normas definan cómo debe darse el aviso o la noticia, lo cual lleva a que pueda hacerse por escrito o verbalmente, utilizando cualquier medio idóneo de información. Formulada la reclamación por el asegurado, la aseguradora deberá pagar el valor del siniestro dentro del mes siguiente a la presentación de la misma, u objetar razonablemente tal reclamación, caso en el cual la póliza no prestará mérito ejecutivo y será el juez del contrato el que defina si las objeciones formuladas por la aseguradora son o no fundadas (art. 1080 y 1053 C.Co.). En cambio, en el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora para el pago del seguro, expide un acto administrativo unilateral, en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente..."

⁶ Sentencia de 24 de agosto de 2000, Exp. 11318



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

que se refiere al trámite de la jurisdicción coactiva. Pero reiteró, in extenso, lo expuesto en providencia anterior⁷ en la cual se precisó que la Administración, aún en vigencia de dicha Ley 80, conservaba su competencia para declarar el siniestro, con el fin de hacer efectiva la póliza de garantía de la obra o servicio contratado:

"De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la Ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que si quedó derogado fue el hecho de que dicho actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la Ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. (Subrayado propio)

En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. **Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.** (subrayado y negrillas propias).

Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta **que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo** -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una

⁷ Sentencia de 14 de abril de 2005, Expediente 13599, que a la vez reiteró lo expuesto en Sentencia 13598 del 24 de mayo de 2001.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva. (negrillas propias).

Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.

Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiere declamarse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública.⁸

En otro pronunciamiento la Sala indicó:

"Así las cosas, la administración tiene la facultad unilateral de declarar incumplido al contratista por medio de un acto administrativo, que permite la efectividad de las pólizas contractuales ya que según lo expresado en el numeral 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, las garantías que se prestan en favor de las entidades públicas se integran con el acto administrativo ejecutoriado que declara el siniestro.

"Ese acto administrativo que declara la operancia del incumplimiento, es entonces el que concreta la obligación de la aseguradora; si bien es cierto que la póliza es el documento escrito que emana de la aseguradora y que constituye plena prueba contra ésta, es el acto administrativo el que determina el alcance de la obligación, define el incumplimiento contractual, el perjuicio y la correspondiente indemnización a favor de la entidad estatal."^{9 10} (Subraya ahora la Sala)

Del tenor literal del numeral 5° del artículo 64 del C.C.A., y la jurisprudencia relacionada, se concluye que la Universidad Surcolombiana dada su calidad de

⁸ Sentencia de 14 de abril de 2005, Expediente 13599, que a la vez reiteró lo expuesto en Sentencia 13598 del 24 de mayo de 2001.

⁹ Sentencia proferida el 20 de noviembre de 2003; expediente 19929; C. P. Dr. Dr. Ramiro Saavedra.

¹⁰ En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia del 12 de julio del 2000; expediente 16669; C. P. Dra. María Elena



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

entidad pública, puede declarar el siniestro amparado mediante las pólizas constituidas a su favor.

En este punto, se debe advertir que el Consejo de Estado ha aclarado que no cabe confundir las cláusulas excepcionales que prevé la ley para dirigir y controlar el contrato con la facultad de declarar ocurrido el siniestro amparado con garantías a favor de la Administración:

*"Es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que las garantías no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inejecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista, como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo. Su función es, como ya se dijo, salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la administración frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista."*¹¹

Aunado a lo anterior, se advierte que la cláusula penal no es ajena al derecho privado, por el contrario, se encuentra contemplada en el artículo 1596 del Código Civil, por lo tanto, la Universidad al proferir la Resolución recurrida no está aplicando una facultad exorbitante, ni una facultad exclusiva de las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, sino una competencia que tienen todas las entidades públicas, sin importar cuál es su régimen contractual al tenor del numeral quinto del Art. 64 del C.C.A.

2. El Estatuto de Contratación de la Universidad, es un Acto Administrativo de carácter general, obligatorio tanto para la entidad como para las personas que voluntariamente decidan contratar con ella.

Además de la potestad contemplada en el numeral 5° del artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, es menester tener en cuenta que el contenido del principio constitucional de la Autonomía Universitaria, instituye la posibilidad que tienen los entes universitarios autónomos de adoptar sus propios estatutos en los cuales en aplicación de los principios de administración pública le son forzosos, pueden determinar el alcance de sus actos y por supuesto de sus contratos conforme se define expresamente en el artículo 57 y los literales a), b) y d) del artículo 65 de la Ley 30 de 1992, veamos:

¹¹ Sentencia 13598 del 24 de mayo de 2001; C. P. Dr. Ricardo Hoyos D.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

"ARTÍCULO 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

(...)

"El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley".

En desarrollo de dichos preceptos la Universidad expidió el Acuerdo 021 de 2005 -Estatuto de Contratación de la Universidad Surcolombiana-, el cual estableció en su artículo primero lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º. OBJETO. El presente Estatuto tiene por objeto disponer los principios, las competencias, las cláusulas excepcionales, los procedimientos para la formación del contrato y, en general, las reglas que rigen la contratación en la Universidad Surcolombiana, tendientes a asegurar la transparencia en la selección del contratista, el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la correcta ejecución de los contratos."

La citada norma dispuso en su artículo 16:

"ARTÍCULO 16. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En los contratos que celebre la Universidad, podrá pactarse una cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva directamente por la institución en caso de declaratoria de caducidad o por el incumplimiento grave del contratista de alguna de sus obligaciones contractuales. Para su imposición y cobro se seguirán los mismos trámites señalados para las multas en el artículo anterior."

Contrario a lo que afirma el recurrente en cuanto a que dicho estatuto es ilegal y no le es aplicable al contratista se debe advertir lo siguiente:

- a) La Jurisprudencia ha determinado que el concepto de Autonomía Universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política de Colombia *"implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la ley.¹².."*, como se ha dicho, la indicación del artículo 93 de la Ley 30 de 1992, no implica que el régimen de

¹² Corte Constitucional Sentencia T-492 de 1992



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

contratación de la Universidad se someta exclusivamente las normas del Código Civil y de Comercio, pues le son aplicables otras normas de Derecho Público incluidas el artículo 64 del C.C.A., sin que exista prohibición legal expresa que la excluya de su aplicación o que le impida establecer mecanismos especiales para garantizar el cumplimiento de sus fines en sus estatutos de contratación,

- b) La Universidad Surcolombiana puede expedir sus propios estatutos y reglamentos internos, por lo cual, al tenor de los artículos 57 y 65 de la Ley 30 de 1992, el Consejo Superior Universitario de esta Casa de Estudios goza de competencia para establecer su propio régimen de contratación, el cual debe contemplar las reglas que garanticen los principios y normas que le aplican por ser entidad estatal, entre otros los principios de eficiencia y eficacia (artículo 209 C.P.), gestión fiscal (artículo 267 C.P., Ley 610 de 2000, artículo 13 ley 1150 de 2007) y las competencias establecidas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto, puede contemplar la posibilidad de declarar el siniestro de incumplimiento para hacer efectivas las respectivas pólizas y salvaguardar los recursos públicos invertidos en sus contratos.
- c) La Universidad es una autoridad pública, por lo que sin distinción de su régimen contractual, sus actos administrativos se presumen legales y gozan de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, por lo tanto, éstos resultan obligatorios por sí mismos tanto para los destinatarios de la decisión como para la Administración que los profiere y que además puede adelantar todas las actuaciones necesarias para hacerlos cumplir. En palabras de la jurisprudencia¹³:

"El acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función o potestad administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o para la propia Administración¹⁴, y que en el orden jurídico se presume su

13 CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B), Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012). Radicado: 050012328000199400558-01 (20.810).

14 Fernández de Velasco define al acto administrativo como "[t]oda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas". Fernández de Velasco Calvo, Recaredo, El Acto administrativo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, Primera edición, 1929, p. 15. Marienhoff define el acto administrativo como "toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas productoras de un efecto jurídico". Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Edt. Abeledo Perrot, cuarta edición, 2004, p. 237. Díez considera al acto administrativo



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

legalidad, es decir, su veracidad y, además, que fue dictado según la ley y que su contenido es ajustado a derecho, mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 66 C.C.A.)¹⁵. Se trata de una presunción *iuris tantum*, o sea que admite prueba en contrario, pero por principio sólo puede ser desvirtuada ante el juez administrativo y que fluye, como ha indicado el Consejo de Estado, del principio de legalidad como base de la actividad de la administración¹⁶.

"Por eso, el acto administrativo debe ser cumplido, obliga a los particulares y permite que la Administración pueda ejecutarlo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial (artículos 64 y ss. del C.C.A.), pues ya se indicó, su actividad está revestida de una presunción de legalidad de sus actos, que trae aparejado el deber del administrado de dar cumplimiento a los mismos." (Subrayado y negrillas nuestros).

- d) En los pliegos y en el respectivo contrato de obra civil No. 021 de 2010, se consagró plenamente que el régimen contractual del respectivo proceso de licitación y el consecuente negocio jurídico sería el Acuerdo 021 de 2005, y el contratista convino en ello e incluso en la posibilidad de que la Universidad declarara el siniestro de incumplimiento e hiciera efectiva de manera unilateral la cláusula penal.

Se debe reseñar, que el contratista jamás presentó observación ni salvaguarda, al respecto, por lo tanto, con base en el principio "*pacta sunt servanda*" (El contrato es ley para las partes artículo 1602 Código Civil), como el principio de buena fe (artículo 83 C.P.), no puede el contratista despacharse en contra del acto propio y pretender que las reglas con las cuales participó en una licitación pública y con base en ellas se le adjudicó y posteriormente suscribió un contrato estatal no le sean aplicables.

puro como "una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la Administración activa en ejercicio de la potestad administrativa". Díez, Manuel María. El acto Administrativo, Tip. Editora Argentina, Buenos Aires (1956). Tercera edición -reimpresión 2009, Págs. 108 y 109. Y, según Sayagues Laso, es "la declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos subjetivos". Sayagues Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Edt. FSU, Octava Edición, 2002, Tomo I, Pág. 388.

¹⁵ El artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entrará en vigencia el próximo 2 de julio de 2012 precisamente señala que "Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de febrero de 1994, exp. 6264. C.P. Álvaro Lecompte Luna.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

Es decir, que suscribe un contrato con una entidad pública, se compromete a acatar su estatuto contractual, pero una vez se comprueba su reiterado y grave incumplimiento se niega a cumplir las reglas del respectivo contrato.

- e) La doctrina y la jurisprudencia señalan que el derecho privado alimenta el ejercicio de la autonomía reglada que constituye a la celebración de un contrato estatal, rigiéndose el contrato en sus cláusulas y elementos esenciales y en su naturaleza jurídica por las reglas del derecho privado y comercial.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la adopción de un régimen contractual propio, bien puede un Ente Universitario Autónomo darse un estatuto que regule en integridad su régimen de celebración de contratos, pues al ejercer esta competencia no está haciendo cosa distinta que cumplir con los preceptos de los artículos 209 de la Constitución Política de Colombia y 2° y 3° del Código Contencioso Administrativo e inciso segundo del artículo 57 de la Ley 30 de 1992, disposiciones a las cuales por mandato constitucional se debe ajustar su actividad contractual, sin mención a su nivel de autonomía, pues dichos principios garantizan bienes jurídicos esenciales como la moralidad administrativa, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos (en este caso de Educación Superior), y la prevalencia del interés general.

Si bien, los artículos 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, señalan que los contratos están sometidos al derecho privado, al definirse las competencias administrativas de la celebración de los contratos en el Ente Universitario Autónomo mediante la expedición del estatuto contractual, se permite al Consejo Superior de la Universidad en ejercicio de las facultades discriminadas en el inciso segundo del artículo 57 y 65 de la Ley 30 de 1992, hacer derivar efectos precisos del contrato, en procura de la protección de los intereses públicos, del patrimonio de la entidad estatal, de la regulación de los principios de la administración pública y del hecho de preservar la naturaleza pública de la entidad que debe dar prevalencia al interés general que mueve a la Administración al contratar.

En esencia, desde la adopción de su competencia, no es cierto que los estatutos de la Universidad estén en abierta contradicción con los mandatos definidos en los artículos 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, siendo impropio que se insinúe que dichos mandatos impiden el ejercicio de otras facultades constitucionales y legales como las recién analizadas, siendo una obligación de los entes universitarios el regularlas, al amparo de la especialidad de la prestación del servicio de Educación Superior y la naturaleza del mismo, encomendado a dichos entes.

De esta forma, y según la jurisprudencia que el mismo recurrente invoca, los artículos 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, al señalar que los contratos de las Universidades Oficiales se rigen por las normas del derecho privado no despojan a la entidad de su condición de organismo estatal y por tal de autoridad pública, ni la

Avenida Pastrana Borrero - Carrera 1a. A.A. 385 y 974 - PBX 8754753 - Fax 8758890 - 8759124 - 8752374 - 8752436

Carrera 5 No. 23 - 40 - Edificio de Postgrados - PBX 8753686

www.usco.edu.co

NEIVA - HUILA



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

transforman en una entidad privada, ni la ponen en una condición de igualdad frente a los particulares que administran sus recursos, por cuanto por su carácter de entidad pública posee una serie de obligaciones y potestades necesarias para cumplimiento de sus fines y **que son indisolubles de su gestión contractual.**

- f) Como se ha venido exponiendo, los contratos de la Universidad no son privados, sino contratos estatales de régimen especial, cuyo régimen de garantías es idéntico a las demás entidades estatales en virtud de la aplicación de los numerales 4 y 5 del artículo 64 del C.C.A. y el Acuerdo 021 de 2005. Por lo tanto, dada su naturaleza de entidad pública no pueden expedirse a su favor pólizas para entidades privadas.

El régimen de garantías de la Institución en este caso es el Decreto 4828 de 2008, que en sus artículos 4.2.3, 14 y 14.3 dispone la posibilidad que la entidad declare el siniestro asegurado y hacer efectiva la cláusula penal de manera directa.

3. Análisis de las pruebas practicadas y los riesgos asumidos por el contratista.

De las pruebas recaudadas en el procedimiento administrativo es necesario hacer expresa mención a la Inspección Ocular decretada al sitio de la obra y practicada el 08 de marzo de 2012, con intervención de los recurrentes, su personal técnico y sus apoderados, circunstancia que se verifica en la lista de asistentes a dicha diligencia.

De la práctica de la citada inspección, se dejó una relación absolutamente consistente de las graves inconformidades e incumplimiento en la parte eléctrica del contrato, evidenciándose para la toma de esta decisión que muchos de los ítems eléctricos que se mencionaron en el informe del 18 de julio de 2009, no solo se encuentran no conformes a efecto de lograr la certificación del RETIE, sino que existen serios reparos respecto de la calidad de las obras destinadas a la parte eléctrica (incumplimiento en especificaciones técnicas de cajillas, incumplimiento en el deber de entregar planos de obra y memorias de cálculo, mala calidad de los insumos eléctricos entre otros) confirmándose en todas sus partes la consideración del incumplimiento de los ítems de obra eléctrica determinados en los diferentes informes trasladados al contratista, además, de los evidenciados en el trámite de la Vía Gubernativa.

Merece especial atención que después de declarado el incumplimiento, el contratista el 16 de febrero de 2012, aportó una certificación de cumplimiento RETIE de la empresa NACIONAL DE CERTIFICACIONES, que queda completamente desvirtuada en cuanto su propósito y contenido, con la verificación de las obras eléctricas realizadas en la citada diligencia donde se determinó la existencia de no conformidades y diversos incumplimientos en la ejecución de



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

obras eléctricas, que en nada fueron controvertidas por el contratista y el personal técnico que lo acompañó a la diligencia.

No sobra mencionar, que respecto del trabajo de campo hecho por la empresa Nacional de Certificaciones, no existe registro de la asistencia o ingreso de personal de esa entidad a las instalaciones de la Universidad, ni se verifica acompañamiento de personal de la Universidad o del contratista en la elaboración del Acta, por lo cual el informe presentado por la Empresa Nacional de Certificaciones no se considerará por parte de la Institución, al estar plenamente desvirtuado su contenido.

Además de lo anterior, la Universidad contrató una revisión independiente por parte del CIDET (Corporación Centro y Desarrollo Tecnológico del Sector Eléctrico), entidad que emitió un dictamen de inspección y verificación de obras eléctricas de fecha 29 de febrero de 2012, en el cual se registran de manera detallada y con el correspondiente material fotográfico todas las irregularidades en dichos trabajos.

La inspección por parte del CIDET, fue realizada por el Inspector FABIAN DARIO RUIZ ROJAS, quien estuvo presente durante la inspección realizada en el Edificio de la Biblioteca el 08 de marzo de 2012, quien de manera pormenorizada como consta en el Acta, expuso todas las no conformidades de la parte eléctrica de la obra, que traen como consecuencia que la obra no sea aprobada respecto del reglamento técnico de instalaciones eléctricas.

Atendiendo la solicitud de un informe técnico por parte del apoderado del contratista, se solicitó la práctica de un informe técnico a la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS, el cual una vez rendido por esta Entidad se corrió traslado por correo electrónico¹⁷ a los intervinientes en el procedimiento administrativo, informe que no fue observado, ni objetado, al tenor de las reglas fijadas para el efecto por el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto, se pueden tomar las siguientes conclusiones respecto de la instalación de la cubierta de la obra:

- a) Respecto de la cubierta se observa un avanzado estado de deterioro, maltrato y deformaciones, principalmente en los traslapes laterales provocados al tratar de forzar las tejas en forma manual a la estructura.

¹⁷ El informe fue remitido vía e-mail a los apoderados del Consorcio, además se le comunicó vía telefónica éste hecho a su secretaria, al apoderado de la aseguradora y al interventor se les remitió vía e-mail y se les informó vía telefónica, como consta en el certificado que realizó la Asesora Jurídica encargada y las constancias de envío de la cuenta e-mail de la oficina jurídica.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

- b) Se aclara que existieron errores en la instalación de la cubierta, siendo numerosa la evidencia fotográfica de los errores en la adaptación manual de la misma, que no respetó las normas que imponía el fabricante de la teja, presentándose múltiples zonas de fractura y de empozamiento de aguas.
- c) Se concluye en forma fehaciente que los daños que se presentan en el dry-wall, la cubierta y otras zonas de la edificación son consecuencia directa de la humedad.
- d) Advierte el informe que al instalar la cubierta en forma manual, al observar que en la primera teja se presentó deformación y quebraduras al tratar de adaptarla, obligaba conforme las reglas de la técnica a suspender la instalación de la teja para hacer las respectivas consultas.
- e) Se determina que por la destinación del Edificio, la cubierta no permite la utilización del mismo, por cuanto al ser el inmueble destinado al funcionamiento de una Biblioteca *se debe garantizar unas condiciones óptimas para el almacenamiento de documentos, por lo tanto, cualquier filtración de agua pone en riesgo la integridad de los mismos.*
- f) Advierte el informe, que de los documentos entregados por la Universidad Surcolombiana no se puede concluir que la misma haya impuesto o definido la forma de instalación de la cubierta, ni incidido en el proceso constructivo.
- g) En cuanto al testimonio del Ingeniero Eléctrico MAURICIO LARGO, practicado el 01 de marzo del presente año en la Oficina Asesora Jurídica, se aprecia que además de ratificar lo señalado en los informes técnicos presentados con anterioridad, reveló que durante una inspección al Edificio de la Biblioteca realizada en el mes de febrero de 2012, con posterioridad a la expedición de la Resolución No. 005 de 2012, que declaró el incumplimiento del contrato, fue encontrado personal del contratista que estaba realizando actividades en la cubierta.

Durante la citada inspección, se pudo constatar que este personal se encontraba colocando una masa en los tornillos que sujetan las tejas, actividad no contemplada en los items del contrato ni autorizada por la Universidad.

En lo concerniente al decreto de pruebas, respecto del testimonio del arquitecto ANCIZAR TORRES RAMÍREZ, quien fuera designado como supervisor del contrato se determinará su no practica por cuanto es abundante el material probatorio, y en el recurso no se especifica cuál es su objeto, siendo determinante y conducente para el trámite administrativo la inspección practicada el 08 de marzo de 2012 y el informe técnico rendido por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

Del mismo modo, en la diligencia de Inspección Ocular el apoderado del CONSORCIO CR, interpuso un recurso de reposición en contra de la decisión de la Administración de no practicar los testimonios de los Ingenieros CESAR ÁNGELO ORTIZ y JAIME QUINO. Al respecto, vale la pena mencionar que considera la Administración que el recurso presentado es abiertamente improcedente, atendiendo lo regulado en los artículos 56 a 58 del Código Contencioso Administrativo, pues se debió la práctica de estos testimonios en el recurso que dio inicio a la Vía Gubernativa y no en la práctica de una diligencia de Inspección.

Adicionalmente, la prueba del Ingeniero CÉSAR ÁNGELO ORTIZ, resulta abiertamente infundada al objeto del trámite administrativo, pues con la práctica de la misma se pretende según palabras del apoderado del contratista "demostrar que una persona no puede colgarse de una lámpara".

El citado hecho no tiene ninguna relevancia con los supuestos fácticos que conciernen al incumplimiento del contrato de obra civil No. 021 de 2010, y como se definió al momento de denegarse la práctica de la prueba con las especificaciones técnicas de las luminarias se puede resolver negativamente la inquietud del apoderado del contratista.

En consecuencia, se denegará la práctica de dichos testimonios, confirmándose la decisión adoptada en la audiencia de Inspección del 08 de marzo de 2012.

Respecto a la solicitud del testimonio de MAURICIO LARGO PATIÑO, efectuada en la citada audiencia se denegará por cuanto la prueba fue recaudada el 01 de marzo de 2012.

Determinados los medios probatorios es necesario verificar si del análisis de los mismos se controvierte la decisión de declarar el siniestro de incumplimiento.

4. Respecto de los argumentos del recurso en cuanto al alcance de las obligaciones que había asumido el CONSORCIO CR, en relación con la ejecución del contrato.

- a) En cuanto a los puntos 2.1 y 2.2 del recurso, señala el contratista LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONSORCIO CR, DE EJECUTAR LAS OBRAS SEGÚN ESPECIFICACIONES TÉCNICAS QUE FIJABA LA USCO Y QUIEN ASUMÍA LA CALIDAD DE LA OBRA CUANDO EL CONTRATISTA LA EJECUTABA SEGÚN LA INFORMACIÓN TÉCNICA ENTREGADA POR LA USCO.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

En este punto es claro que el recurrente no logró demostrar que la deficiencia en su trabajo constructivo se debiera a la aplicación de información técnica entregada por la Universidad, por el contrario, las pruebas han demostrado la mediocridad de los trabajos llevados a cabo en la cubierta y en las instalaciones eléctricas, especialmente, las luminarias y la forma deficiente en que estas obras fueron llevadas, siendo únicamente imputable al contratista y la Universidad no tuvo información real sobre el estado de la cubierta por parte del contratista y el interventor.

En lo atinente con la ejecución del contrato en la bitácora de la obra, se verifica con absoluta precisión que durante la ejecución del contrato, el contratista no hizo mención alguna sobre los supuestos defectos de diseño estructural de la cubierta que cita como argumento defensivo, tampoco advirtió sobre problemas en la instalación de las tejas de la cubierta que según se demuestra del informe técnico practicado por la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS, fueron las que ocasionaron los problemas de humedad y daños que impiden la utilización del inmueble; señala, la bitácora del contrato respecto de la cubierta:

"El día 6 de octubre de 2010:

Hoy hice entrega de diseño de (sic) soporte de cubierta existente del bloque auditorio, los diseños fueron entregados al ingeniero interventor de la obra. Firma Ing. calculista José Fernando Perdomo¹⁸

Diciembre 06 de 2010

Comenzamos la instalación y replanteó de la teja de cubierta

Diciembre 21 de 2010

Se solicita al contratista que haga las respectivas correcciones en la cubierta a nivel de goteras. También que se termine la instalación total de los templetes. (Interventor)

Enero 14 de 2011

Se solicita al contratista según comité de obra No. 6 realizado con la entidad contratante hacer las respectivas corrección (sic) sobre los

¹⁸ Dentro de la ejecución de la obra, por problemas estructurales se hizo una memoria final de estudio de patología estructural por parte del ingeniero calculista José Fernando Perdomo siendo objetivo de dicho estudio determinar soluciones estructurales al problema de sismo resistencia en al cual se hace una revisión de las columnas de la cubierta, pero en el cual nunca se varió el diseño de la estructura de la cubierta, la curva de la cubierta, ni se variaron las especificaciones técnicas de la teja instalada.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

traslapos de la cubierta presentando filtración de agua, por la curvatura y el desarrollo de la misma. Que por recomendación del arq. Ancizar Torres y el ing. Augusto Tovar funcionarios del departamento de planeación recomiendan la instalación de neopreno 5 mm en cada traslapo con ajustes (tomillos) cada 20 cm para garantizar un sello. (Se grafica)

Revisada la reprogramación de obra se visualiza que para efectos de terminación total de los trabajos es necesario adicionar en tiempo dos meses más justificables con el proceso constructivo adelantado en al parte inicial a nivel de reforzamiento estructural, expuesto en el comité No. 6 con la entidad contratante. Firma interventor de contrato.

Se autoriza la impermeabilización de la viga canal existente y la colocación del respectivo flanche. (Se grafica)".

Del análisis de la mencionada bitácora, tampoco se demuestra que se haya incidido en la actividad del contratista por parte de la Administración o de personal vinculado a la Universidad, en el sentido de direccionar la instalación de los ítems eléctricos o de las luminarias, siendo evidente que dichas actividades se desarrollaron por cuenta y riesgo del contratista en ejecución de sus prestaciones contractuales.

Revisadas las Actas de Obra no existe evidencia que la Universidad haya influido, direccionado o dirigido la ejecución de las obras que se consideran incumplidas, siendo de especial relevancia las Actas No. 05 a 09, emanadas de los comités que se celebraron entre el 09 de diciembre de 2010 y el 14 de febrero de 2011, de las cuales no se desprende que el contratista haya objetado las especificaciones de las tejas contratadas a efectos de su cambio, ni mucho menos, manifestó o denotó problemas de diseño y/o de material que tuvieran como consecuencia filtraciones o fallas en la cubierta.

Lo concerniente con la responsabilidad contractual en cuanto a la asunción de riesgos y ejecución de trabajos, el pliego de condiciones en el punto 11 TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACION DEL RIESGO, fue absolutamente claro en definir que LOS RIESGOS sobre el proceso constructivo eran de entera responsabilidad del contratista.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato también se exigió al contratista que debía contar con el siguiente cuerpo de profesionales conforme al punto 19 del pliego de condiciones: Ingeniero o Arquitecto Director, Ingeniero Residente, Ingeniero Civil o con título de postgrados en estructuras, Ingeniero Electricista Residente e Ingeniero de Sistemas Residente.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

La vinculación del personal profesional que entre otros, analizado el expediente del contrato fue también una prestación incumplida, que se corrobora en el hecho que a la fecha no se ha dado contestación al oficio de fecha 15 de marzo de 2012, en el cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica le solicita al contratista que remita copia de los respectivos contratos con las planillas que demuestren el pago de los aportes seguridad social de los mencionados profesionales.

Se pretendió que el contratista ejecutara el contrato con el apoyo del equipo profesional que se obligó a vincular por estar definido desde el pliego de condiciones que era de su entero riesgo en el proceso constructivo.

Con base en lo anterior, las continuas expresiones de presunta falta de responsabilidad del contratista por la ejecución de las obras, alegando errores inexistentes en diseños y dirección de personas ajenas a su actividad, en particular funcionarios de la Universidad, no hace cosa distinta, que contravenir la naturaleza de su oficio y de las prestaciones a las que se comprometió sin que se haya documentado que se hubiera preocupado por dejar las respectivas constancias del caso.

Dentro de la selección del contratista fue evidente para los participantes del proceso que de ser ganador, el mismo debería asumir la ejecución del contrato y guardar el cuidado de determinar el proceso constructivo, de tal modo, que se diera total cumplimiento al objeto del contrato de obra que consistía en entregar terminado y en estado de uso el Edificio de la Biblioteca de la Universidad Surcolombiana.

De las condiciones mencionadas en la anterior consideración, es pertinente dilucidar que conforme al estado de la obra, la actividad del contratista derivó en un incumplimiento en la medida que el riesgo de la actividad de construcción se desarrollaba bajo su responsabilidad, los materiales con que debía entregar la obra debían ser adquiridos por él y que se le solicitó un personal profesional e idóneo que debía garantizar la aplicación de las reglas de conocimiento, técnica y experiencia a fin de lograr el cometido contractual.

b) El argumento del recurso según el cual existía un error en la información técnica para ejecutar la actividad de la cubierta.

Con respecto a los defectos de la instalación de la cubierta, las pruebas existentes demuestran que éstos son atribuibles a la actividad del contratista, tal y como fue referido en el informe técnico realizado por la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS, veamos:

"(...) las tejas de cubierta consideramos que fueron instaladas en forma deficiente ya que no se utilizaron elementos Aptos para la fijación de las



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

tejas de cubierta consideramos que fueron instaladas en forma deficiente ya que no se utilizaron elementos Aptos para la fijación de las tejas puesto que para una optima instalación la parte superior de la correa o estructura de soporte debe conservar una sola línea, la teja fue fijada mediante ganchos que no tuvieron una fijación adecuada y de acuerdo a los manuales del fabricante dado que solamente se asegura en la parte central mediante dos ganchos fijados a la estructura de la cubierta, sin embargo las alas laterales no presentan fijación a la estructura (...)."

"(...) de acuerdo a la documentación analizada no se encontró documento alguno que registra novedad alguna durante la instalación como tampoco advierten sobre deficiencias en el diseño a la especificación de los materiales escogidos (...)"

El informe también determina que la instalación del neopreno no constituyó un cambio en el proceso constructivo, sino *"una medida utilizada para corregir filtraciones debido a la deformación que sufrió la cubierta en su montaje.*

Así mismo, se corroboró que no existe documentación que pueda determinar que existieron modificaciones al proceso constructivo, ni documentos por los cuales el contratista hubiera solicitado una prórroga al plazo del contrato.

Aunado a lo anterior, el informe de actividades del 24 de enero de 2012, elaborado por el Ingeniero JAIME QUINO NARVAEZ, Asesor de la Oficina de Planeación, concluye lo siguiente: *"(...) se utilizaron fijadores de ala (tornillos autoperforantes punta broca, tornillos o pasadores largos) que terminaban en tuerca y neopreno en donde fueron instalados sin ninguna precaución ni técnica y sin uniformidad llevando a que su asentamiento no fuera parejo sobre la teja, provocando filtraciones provocadas por las lluvias en temporada de invierno (...)"*

Según dicho informe la longitud de la teja superaba la de las correas (1.80 m) situación que llevo al forzamiento manual de ésta más allá de sus especificaciones, amen de los demás defectos de la instalación.

Está demostrado que no reporto ningún defecto de diseño o materiales, por lo que su argumento de supuestos problemas técnicos es inaceptable, pues incluso si esto fuera cierto estaba obligado a reportar la existencia de estos problemas conforme a la reglas de responsabilidad legal de los constructores, en especial la señalada en el inciso tercero del artículo 2057 del Código Civil.

"ARTICULO 2057. <RIESGO POR PÉRDIDA DE LA MATERIA>. La pérdida de la materia recae sobre su dueño.



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:

(...)

3. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquéllos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno".

Sobre el punto, la doctrina reseñada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de estado ha indicado:

"Sobre este particular, el profesor Roberto Dromi manifiesta que si bien es cierto el contratista debe ejecutar la obra conforme al proyecto, pliegos y demás documentos que integren el contrato, también lo es, que "si durante la ejecución de los trabajos advierte un error técnico en el proyecto, el contratista debe informarlo para dejar a salvo su responsabilidad, si se ordena proseguirlos por la inspección de obra"¹⁹

Las deformaciones, dilataciones en los traslajos y malformaciones en las tejas debieron ser visibles desde la ejecución de dicha actividad, pues dichos defectos no son consecuencia del uso del Edificio o del paso del tiempo, sino que se materializa con el actuar deficiente del contratista.

Al percatarse del estado de la instalación de la cubierta y de su deficiente estado, el contratista asumió el riesgo de su actividad y de mala fe ocultó a la Administración esa situación que podría impedir el uso del Edificio, pues conforme a las más elementales reglas de la experiencia, es lógico que un edificio que se destinará a depositar documentos y en gran medida papel no puede tener humedad siendo previsible que la teja así instalada podría presentar fallas y filtraciones en cualquier momento como evidentemente ocurrió.

No puede obviarse, que el contratista pudo en el plazo de ejecución del contrato informar a la Institución de los problemas de instalación de la teja, pero contrario a ello continuó con la ejecución de la obra y automáticamente se apropió del riesgo de las filtraciones que en corto tiempo han causado múltiples daños en la

¹⁹Concepto 1439 de 18 de julio de 2002. Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

edificación, no solo en la cubierta, sino en el dry-wall, paredes, columnas y hasta en el piso por manchas generadas por humedad, hecho que sumado a las deficiencias descritas en la parte eléctrica impiden el uso y destinación del bien inmueble.

c) Frente al argumento de inexistencia de información para la instalación de las luminarias.

De manera respetuosa, pero firme se advierte que es falso que la Universidad nunca hubiera reprochado la forma de instalación de las tejas, dado que en varias ocasiones se presentaron informes que les fueron trasladados al contratista y a la Aseguradora, así como el concepto técnico proferido por el mismo fabricante:

Mediante Acta de visita de noviembre 18 de 2011, suscrita por los Asesores de la Oficina de Planeación JAIME QUINO y MAURICIO LARGO, se dejó constancia de lo siguiente:

"(...) 6. Los empotramientos del tipo de lámparas usados para la iluminación de las salas no dan la garantía de estabilidad porque están sujetas sobre unos cárcamos metálicos los cuales están anclados al cielo falso que está construido en yeso prensado o dry wall. (...)"

En el material fotográfico del citado informe, se registran que dos lámparas ubicadas en el segundo piso, habían colapsado y estaban pendiendo de los cables de electricidad.

Del mencionado documento, se dio traslado al contratista mediante oficio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de fecha 05 de diciembre de 2011, en el cual se le advertía sobre la incorrecta instalación de las lámparas.

Igualmente, mediante oficio de fecha 07 de diciembre de 2011, los titulares de las Oficinas Asesoras de Planeación y Jurídica de la Institución, dieron traslado al contratista del concepto técnico proferido por la empresa ILUMINACIONES TECNICAS S.A., fabricante de las lámparas, en el cual se determina:

"Recomendamos no fijar estas luminarias a cielos falsos en fibra material, DRY WALL o casetón, estas estructuras son frágiles y no idóneas para soportar estos equipos."

Así mismo, por medio de Acta de Visita de Obra de fecha 08 de diciembre de 2011, suscrita por CESAR ORTIZ, Ingeniero Residente del CONSORCIO CR y ALBERTO MARIO BARRIGA MEJÍA, Representante de COLSEGUROS, garante del contrato, se deja la siguiente constancia:



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

"Así las cosas se realiza el recorrido a todos los niveles de la obra y se observa la presencia de humedad en dry-wall, mala colocación de las luminarias."

Durante la inspección realizada el 08 de marzo de 2012, se procedió a revisar la forma en que se encontraban instaladas cinco de las lámparas, encontrando que cada una había sido amarrada mediante guayas (similares a las de los frenos de las bicicletas) a una varilla de unos diez (10) centímetros aproximadamente que se encuentra sobre el Dry-Wall, diferente al sistema de ganchos antes mencionado, contrario a las especificaciones técnicas ordenadas por el proveedor de dicho insumo, así mismo, se halla una lámpara colapsada en el salón de audiovisuales (diferente a las dos lámparas antes mencionados) y otras cuya estabilidad está comprometida, como se demuestra con el abundante material fotográfico y de video recogido.

d) En cuanto al cumplimiento de las obligaciones eléctricas y la instalación de paneles modulares.

Respecto de la parte eléctrica descrita en la Resolución impugnada, es evidente que el contratista no solo incumplió la obligación de entregar la obras a tiempo, sino que incumplió en su totalidad items contractuales descritos en el contrato e hizo entrega defectuosa de otros, al punto que practicadas las pruebas del procedimiento administrativo existe certeza que la instalación eléctrica del Edificio se ejecutó con insumos y partes que no permiten la certificación RETIE, poniéndose en duda, si algunas de dichas partes o insumos son realmente de primera mano, pues en la Inspección Ocular quedó evidenciado que gran parte del cableado ni siquiera estaba rotulado a fin de poder determinar su fabricante (ítem 10.1.1 del contrato) y especificaciones, además, se determinó la obligación de entregar planos eléctricos los cuales fueron otorgados por el contratista y no se encuentran actualizados, ni firmados por un Ingeniero Electricista que avale que son as-built, no se suministraron las memorias eléctricas finales de la obra, la declaración de cumplimiento del RETIE por el Ingeniero Electricista Constructor y los certificados de producto, documentos que no fueron aportados a la Universidad y que son esenciales para verificar la calidad y pertinencia de los trabajos eléctricos ejecutados.

Se establece, que el incumplimiento también recae por la entrega defectuosa de trabajos a cargo del contratista como por ejemplo los relacionados con las cajas de inspección (ítem 13.33) que no se construyeron con la pertinencia de las normas exigidas para ese ítem contractual, verificándose que no se instalaron las campanas terminales a los tubos, una de las cajas se construyo por debajo del nivel de piso, no se evidencia la existencia de drenajes en las cajas, son inexistentes los sellos en los tubos de reserva, entre otras; las acometidas (CABLEADO) no se encuentra identificada en cada caja de inspección. (ítem

Avenida Pastrana Borrero - Carrera 1a. A.A. 385 y 974 - PBX 8754753 - Fax 8758890 - 8759124 - 8752374 - 8752436

Carrera 5 No. 23 - 40 - Edificio de Postgrados - PBX 8753686

www.usco.edu.co

NEIVA - HUILA



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

10.7.3); Los tableros de distribución carecen de la certificación correspondiente; la canaleta metálica del ítem 10.6.4.1 del contrato no se encuentra certificada, presenta corrosión y fue mal instalada al hacerle cortes sin la técnica adecuada, presentándose puntas cortantes que impiden su certificación RETIE, la caseta para alojar el transformador tipo pedestal NO fue construida de acuerdo a las especificaciones del ítem 14.3 del contrato, entre otros ítems contractuales, que se definieron con precisión en el trámite administrativo, ejecución defectuosa de obras a cargo del contratista que según los conceptos técnicos rendidos para la expedición de la presente resolución, de no poderse adecuar exigen el cambio total de dichos ítems, incrementándose por la ejecución deficiente del contrato los perjuicios que deberá sufrir la Universidad por el incumplimiento de las prestaciones del contrato.

Del mismo modo, se evidenciaron que muchos ítems contractuales no fueron siquiera instalados por el contratista como las luminarias de emergencia (Ítem 10.5.1.6), los cinco (5) apliques de señalización de salida de emergencia contratados (Ítem 10.5.1.5), los interruptores que sirven de encendido de luminarias que no son los contratados y los instalados no están certificados para ese uso; en cuanto al dispositivo de protección contra sobretensiones DPS no cumple con las especificaciones aprobadas en el contrato.

Expuestas estas consideraciones, respecto de los ítems eléctricos y de las divisiones objetadas, sin mayor lucubración se puede concluir que no se verificó el cumplimiento de las prestaciones contractuales, por lo cual respecto de lo mismo, es necesario mantener la decisión del incumplimiento, el cual fue puesto en conocimiento del ejecutor del contrato, incumplimiento que impide la certificación RETIE y en consecuencia el uso del edificio, que obligará a la Universidad eventualmente al cambio de varios ítems contractuales que redundaran en perjuicios atribuibles a la ejecución del contrato.

5. Sobre la proporcionalidad de la aplicación de la cláusula penal solicitada tanto por el CONSORCIO CR como por la Aseguradora Colseguros S.A.

Para dar respuestas efectiva a este argumento del recurso, es necesario hacer mención nuevamente al objeto del contrato que consistía en la construcción de la terminación de las obras de adecuaciones locativas de la Biblioteca Central de la Universidad Surcolombiana, objeto contractual que se desarrolló en las especificaciones técnicas definidas en la cláusula segunda del contrato.

El contrato de obra al que se comprometió el contratista contiene en su esencia una obligación de resultado como lo ha determinado el Consejo de Estado en multiplicidad de pronunciamientos.²⁰

²⁰ "..... bajo el supuesto, igualmente, de que el contrato de obra pública es un contrato de resultados y no de medios. El valor del contrato que se señale en su texto, es apenas estimativo del costo total, pero deberá ser cambiado a medida que se establezcan las reales cantidades de obra ejecutadas en cumplimiento del objeto contractual" Concepto 1439 de



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

El consorcio y la aseguradora, argumentan que es pertinente aplicar la proporcionalidad de la cláusula penal, habida cuenta de la naturaleza de las obras y en esencia que el problema del contrato se traduce en una ejecución tardía del mismo y no en el incumplimiento total de su objeto, para lo cual es esencial determinar si para aplicar este precepto, la Administración encuentra satisfecho el contenido de las prestaciones del contrato, siendo claro que la respuesta a este interrogante es negativa, pues a pesar de haberse ejecutado partes de las obras objeto del contrato, los incumplimientos **han sido de tal importancia que a la fecha a más de nueve (9) meses de terminado el plazo de ejecución, la obra no ha podido ser utilizada, ni podrá serlo hasta tanto no se rehagan las obras y se arreglen los daños ocasionados por la deficiencia de éstas.**

Así las cosas, no es posible a la Universidad Surcolombiana aplicar la rebaja de la pena consagrada en el artículo 1596 del Código Civil, pues siendo el objeto del contrato que el contratista entregara la obra *terminada*, dicho contenido prestacional a la fecha está insoluto por la imposibilidad de destinarlo a su uso corriente, situación que altera significativamente la prestación del servicio público de educación superior atribuido a la Universidad y perjudicó ostensiblemente los fines para el cual está concebida la Biblioteca, recurso físico que puede denominarse como esencial para la materialización del servicio de educación superior.

Amén de lo anterior, cuantificados los perjuicios por las obras incumplidas e inacabadas, de verificarse dicha cuantificación tendríamos que respecto de la cubierta, parte eléctrica general (incluyendo divisiones e instalación de luminarias), y la imposibilidad de destinación del inmueble tiene las siguientes estimaciones:

El cálculo de los perjuicios causados por la inejecución o ejecución defectuosa de la parte eléctrica de la obra se estima en la suma de **NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$91.822.159.00) MCTE**, como consta en detalle en el informe presentado por el Ingeniero MAURICIO LARGO, el cual hace parte integral del presente Acto Administrativo.

De igual forma, el no uso de la infraestructura de la Biblioteca ha generado un costo de transacción mensual para la Universidad equivalente a **VEINTISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$26.833.333) MCTE**, mensuales, es decir, que durante estos nueve (9) meses el valor total del costo de transacción asciende a **DOSCIENTOS**

julio 18 de 2002. Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri

Avenida Pastrana Borrero - Carrera 1a. A.A. 385 y 974 - PBX 8754753 - Fax 8758890 - 8759124 - 8752374 - 8752436

Carrera 5 No. 23 - 40 - Edificio de Postgrados - PBX 8753686

www.usco.edu.co

NEIVA - HUILA



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

DIEZ MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$210.795.000) MCTE, que se resume como se discrimina a continuación:

Los datos de los costos de transacción realizados para dicho cálculo están contenidos en el informe presentado por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación, el cual hace parte integral del presente Acto Administrativo.

En conclusión el perjuicio generado a la Universidad por el incumplimiento del Contrato No. 021 de 2010, asciende a QUINIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL VEINTINUEVE PESOS (\$512.415.029) MCTE, conforme las estimaciones realizadas por la Universidad por los ítems del contrato incumplidos, los costos que tendría poner en funcionamiento el edificio y el no uso de la Biblioteca.

A lo anterior, deben sumarse los costos que le implicará a la Universidad llevar a cabo el nuevo proceso contractual y los costos de no uso del Edificio mientras se llevan a cabo las nuevas obras, el daño a la imagen de la Institución, en especial al Goodwill de la entidad y la afectación a la comunidad educativa en el entendido que la Biblioteca es el alma de una Universidad.

Así las cosas, la Administración no considera incumplida parte del contrato de obra, sino la prestación contractual principal, pues atendiendo al contenido obligacional descrito en el objeto del contrato, el contratista no cumplió con dicha carga prestacional, amén de obras ejecutadas y recibidas, lo cual tiene por consecuencia que se declare el incumplimiento del contrato en su generalidad, siendo responsable el contratista por la totalidad de la cláusula penal pactada en el contrato.

6. La inexistencia de recibo final y a satisfacción de la obra.

A pesar, que mediante oficio de fecha 31 de agosto de 2011, el Representante Legal de la Interventoría, radicó un Acta de Recibo de fecha 18 de julio de 2011, éste documento no cumple con los requisitos jurídicos y técnicos para que se determine con el mismo, un recibo total y a satisfacción de la entidad como exige el Manual de Interventoría de la Universidad.

Primero, debido a que la naturaleza del acta de entrega final queda absolutamente sin piso jurídico cuando se comprueba que este documento fue entregado a la Universidad apenas el 31 de agosto de 2011, pero con anterioridad mediante oficio del 10 de agosto de 2011 (que reposa en la carpeta del contrato) dirigido por el interventor al contratista, el primero manifiesta lo siguiente: *"Con relación al objeto de la referencia, la interventoría le informa el incumplimiento del plazo, ya que a la fecha no ha entregado a la interventoría una justificación de la demora en la entrega de la obra. Donde se le reitera que la debía de **haber entregado el día 18 de julio**, según contrato de adición en tiempo y actas de suspensión y de*

yn
Avenida Pastrana Borrero - Carrera 1a. A.A. 385 y 974 - PBX 8754753 - Fax 8758890 - 8759124 - 8752374 - 8752436

Carrera 5 No. 23 - 40 - Edificio de Postgrados - PBX 8753686

www.usco.edu.co

NEIVA - HUILA





Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

reinicio(...) de esta forma le reitero el incumplimiento generado sin justa causa o justificación hecha a la interventoría para ser expuesta a la entidad contratante de los motivos de su demora". (Subrayado y negrillas propias).

Las situaciones anteriormente descritas son consideradas como prueba contundente de que la supuesta Acta no fue suscrita el 18 de julio de 2011, sino en fecha posterior, pues si el 10 de agosto del mismo, el interventor declara al contratista en incumplimiento, es imposible que le haya recibido la obra el 18 de julio, más aún cuando la supuesta Acta de recibo sólo aparece el 31 de agosto de 2011, situación que demuestra un actuar de mala fe por parte de contratista e interventor y que deberá ser puesto en conocimiento de los entes de control.

Además, la citada "acta de recibo" al ser suscrita por el contratista y el interventor del contrato, no registra cantidades de obra y en ésta se determinan un sinnúmero de actividades que debía ejecutar el contratista,²¹ circunstancia que denota que ésta no es una entrega definitiva pues en la misma se dejan salvedades de prestaciones contractuales insolutas, por cuanto el interventor verifica su inexistencia en la obra o sencillamente en su concepto no cumplen preceptos de calidad de las mismas.

Adicionalmente, abundan notas y oficios con destino a la Universidad suscritas por el interventor del contrato, en particular una nota del 22 de septiembre de 2011, en la cual el Representante de la Interventoría señala que vencido el plazo del contrato, el contratista no ha entregado "Planos record de nivel arquitectónico, estructural, eléctrico, diagnóstico y estudios pertinentes de reforzamiento realizado, Memorias de Cálculo cantidades ejecutadas".

En la citada nota que se dio traslado al contratista, se puede concluir sin mayor esfuerzo, que efectivamente el documento supuestamente suscrito el 18 de julio de 2011, no constituye una entrega definitiva de obras, pues además de verificarse la existencia de obras que no fueron ejecutadas, se evidencia que no se podía determinar por parte del interventor del contrato el cumplimiento final de las obligaciones del contrato de obra el 18 de julio de 2011, pues en dicha fecha no se había hecho la medición de la obras ejecutadas, antes referidas, siendo que mención a la ausencia de las memorias de cálculo de las cantidades ejecutadas.

Si a la fecha de 22 de septiembre de 2011, el contratista no había entregado las memorias de cálculo de las cantidades o ítems de obra ejecutados, esenciales

²¹Se enuncia arreglo y remate muro escalera segundo nivel, resana y remate dry-wall, remate dry-wall cuarto nivel columna de confinamiento filo ventanería, remate tapa dry-wall cuarto nivel sobre ventanería nueva, limpieza general de ventanería, guarda escoba entre otros, remate de pintura por resanes instalación ventanería y puertas de acceso, sellado de orificios en tabletas de granito por instalaciones eléctricas remate piso en gravilla acometida principal plazoleta, remate pintura cerchas y correas a la vista sobre cubierta parte exterior.

cm



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

para hacer la labor de interventoría referida a hacer mediciones de obra ejecutada en el inmueble teniendo en cuenta que se está ante un contrato de obra de precios unitarios, no le era posible al interventor el 18 de julio de 2011, recibir a satisfacción el inmueble cuando no se tenía certeza de la medición de obras a efectos de verificar el cumplimiento y a satisfacción de las prestaciones contractuales, pues es en dichas memorias de cálculo que se determinan las mediciones de cantidades de obras ejecutadas como un trámite esencial para determinar el recibo a satisfacción de las obras, la liquidación del contrato y discriminar los saldos a favor del contratista.

Las salvedades descritas en el documento y los documentos posteriores entregados por el interventor, en especial el del 10 de agosto de 2011, en el cual el interventor anuncia que no se ha entregado la obra, plantean que es imposible que se defina que dicha acta de recibo de obra intuya el acto que materialice cumplimiento del objeto del contrato.

Mención aparte merece el documento denominado "Acta de Recibo de Obras Pendientes", suscrito por el interventor y el contratista supuestamente el 24 de octubre de 2011, pero entregado a la Universidad, en fotocopia solo hasta el 10 de enero de 2012, cuando se había iniciado el trámite previo para declarar el incumplimiento del contrato, situación que demuestra la falta de credibilidad que merece este documento, en todo caso, el mismo tampoco constituye un acta de recibo final.

Es perentorio recordar, que de la práctica de las pruebas en el procedimiento administrativo se puede inferir que aún luego de vencida la ejecución del plazo de contrato, el contratista a través de sus trabajadores o contratistas, ejecutó obras civiles en el edificio de Biblioteca, circunstancia que se verifica con los documentos del contrato y con la misma mención del interventor en el "Acta de Recibo de Obras Complementarias", supuestamente suscrita el 24 de octubre de 2011, así como el testimonio referido del Ingeniero MAURICIO LARGO, cuando se había notificado a las partes de la posibilidad del incumplimiento del contrato, por supuesto ejecutadas por fuera del plazo de ejecución del contrato sin que para el desarrollo de las mismas contara con autorización de la Universidad Surcolombiana.

En ese sentido, la Ley es clara en cuanto a que solo se puede hacer recibo de una obra cuando ésta ha concluido y en todo caso el acta de recibo no exonera al contratista de su responsabilidad:

"ARTICULO 2060. <CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO UNICO>. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

(...)

3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.

4. **El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone" (subrayado y negrillas propias).**

En todo caso está más que demostrado el incumplimiento del contratista razón por la cual no puede existir recibo a satisfacción por parte de la Universidad, ni el documento en cuestión tiene la facultad legal de volver en verdad la mentira, es decir en hacer cumplido al contratista moroso.

7. Sobre la vigencia de las pólizas, y el plazo de las mismas respecto del incumplimiento del contrato.

La ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., señala en el recurso de reposición que no puede ser obligada a pagar el siniestro de incumplimiento, por cuanto la póliza CEST-4210 tiene una vigencia entre el 01 de julio de 2010 y el 26 de febrero de 2011, por lo tanto, considera que al ser notificada de la Resolución de incumplimiento el 13 de enero de esta anualidad, la vigencia del amparo expiró, toda vez que el cumplimiento del plazo del contrato se encuentra vencido.

Lo anterior, no es cierto por cuanto la póliza de cumplimiento fue prorrogada hasta el 20 de enero de 2012, como consta en el respectivo documento original de la ASEGURADORA COLSEGURO S.A., que reposa en el expediente del contrato.

Además, conforme a la frecuente jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien la ocurrencia del riesgo asegurado debe ocurrir dentro del término de vigencia de la póliza, la Administración tiene dos años para declarar el siniestro aún después de terminada dicha vigencia.

A manera de ejemplo, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera C. P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 22 de abril de 2009. Radicación 190012331000199409004-01:



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

"El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos²²:

Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo.

Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza."

Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor."

Conforme a esta posición jurisprudencial, que constituye el criterio definido por el máximo tribunal contencioso administrativo, no existe ninguna posibilidad de exonerar a la asegura de su responsabilidad como institución garante del contratista CONSORCIO CR, siendo evidente su obligación de cancelar el riesgo materializado y declarado de incumplimiento del contrato.

8. Sobre la inscripción en el RUP de la Resolución No. 005 de 2012 y la liquidación unilateral del contrato.

Aunque estos no son argumentos que pretendan defensa del contratista respecto de su actuación como ejecutor del contrato de obra 021 de 2010, se requiere hacer mención expresa de la entidad sobre la solicitud de no comunicar el incumplimiento del contrato a Cámara de Comercio a fin de ser inscritas en el

²² Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002 (C. P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

registro único de proponentes de los miembros del consorcio y de la supuesta incompetencia de la Universidad para decretar la liquidación unilateral del contrato.

En cuanto a la primera solicitud, la misma es improcedente por cuanto respecto del Registro Único de Proponentes el Estatuto de Contratación de la Universidad, define que se orienta por las normas nacionales para la celebración y ejecución de los contratos, por lo cual al amparo de lo definido en el artículo 14 del Decreto 1464 de 2010, es obligación de la Institución comunicar el contenido de la Resolución 005 del 13 de enero de 2012, que declara el incumplimiento y el siniestro a las Cámaras de Comercio del domicilio principal de los miembros del consorcio para lo de su competencia.

En cuanto a la liquidación unilateral del contrato, argumento expuesto por parte del CONSORCIO CR, en el sentido que al ser el Contrato de Obra No. 021 de 2010, un contrato sometido al derecho privado, lo conducente es aplicar únicamente al liquidación bilateral (sic), debe entenderse de mutuo acuerdo del contrato, argumento que no tiene sustento por cuanto el deber de liquidación de los contratos es una manifestación del principio de transparencia aplicable a todas las entidades estatales en virtud del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

No es del caso repetir los incuestionables argumentos que denotan y realzan la posición de la Universidad Surcolombiana, que tiene un régimen especial, pero la cual en ejecución de sus actos debe respetar los principios a que tanto se ha hecho referencia, para entender, que una vez declarado el incumplimiento se debe iniciar el trámite de liquidación del contrato, que evidentemente existe una imposibilidad jurídica para que opere la liquidación de mutuo acuerdo, que es el hecho de la declaratoria de incumplimiento por parte del ente universitario autónomo y el hecho que el contratista considera cumplido el objeto, prestaciones y contenido del Contrato de Obra No. 021 de 2010; no de otra manera se entienden las menciones hechas en el recurso respecto del advenimiento del plazo de contrato y el corte de cuentas a que hace referencia el contratista.

La liquidación unilateral del contrato, procede no solo como un acto necesario para la ejecución del mismo sino que es un acto que debe agotar la Universidad para efectos de determinar y calificar la ejecución de todos los ítems contractuales, por lo cual se encuentra abiertamente infundada la solicitud.

En mérito de lo expuesto;

RESUELVE:

Avenida Pastrana Borrero - Carrera 1a. A.A. 385 y 974 - PBX 8754753 - Fax 8758890 - 8759124 - 8752374 - 8752436

Carrera 5 No. 23 - 40 - Edificio de Postgrados - PBX 8753686

www.usco.edu.co

NEIVA - HUILA



Universidad Surcolombiana

- USCO -

NIT 891.180.084-2

ARTÍCULO 1°. CONFIRMAR, en todas sus partes la Resolución No. 005 de 2012, por la cual se declara el siniestro de incumplimiento del contrato de obra civil No. 0021 de 2010, que tiene por objeto la construcción de la terminación de las obras de adecuaciones locativas de la Biblioteca Central de la Universidad Surcolombiana, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTICULO 2°. NOTIFICAR, la presente Resolución al Representante Legal del CONSORCIO CR, conformado por las sociedades CONSTRUCCIONES CF S.A.S., persona jurídica de derecho privado con ánimo de lucro, número de identificación tributaria 860.526.744-1, representada legalmente por el señor PEDRO JAVIER CANO CONSUEGRA, y la sociedad INGEASER LTDA., persona jurídica de derecho privado con ánimo de lucro, número de identificación tributaria 813.001.340-3, representada legalmente por el señor JESÚS MARÍA RUÍZ PÉREZ.

ARTÍCULO 3°. NOTIFICAR, la presente Resolución al señor CARLOS CESAR SÁNCHEZ CUELLAR, apoderado de la ASEGURADORA COLSEGUROS.

ARTÍCULO 4°. La presente Resolución una vez ejecutoriada, presta mérito ejecutivo en los términos del artículo 64 y 68 del Código Contencioso Administrativo.

ARTICULO 5°. La presente Resolución rige a partir de la fecha de notificación y contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE

Dada en Neiva, a los doce (12) días del mes de abril del año dos mil doce (2012).

EDUARDO PASTRANA BONILLA
Rector

JUAN PABLO BARBOSA OTALORA
Secretario General

VLADIMIR SALAZAR ARÉVALO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: JUAN PABLO MURCIA DELGADO (Asesor Jurídico Externo)

Revisó: ADOLFO MANTILLA (Asesor Jurídico Externo)