

**RESOLUCION 510
(1 DE DICIEMBRE DEL 2023)**

**POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE PROCESO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA EPC-PDA-C-345-2018**

**EL DELEGADO DEL GERENTE GENERAL DE EMPRESAS PÚBLICAS DE
CUNDINAMARCA S.A. ESP**

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial, las conferidas por delegación efectuada mediante Decisión Empresarial 16 del 27 de mayo del 2016, expedida por la Gerencia General y atendiendo lo preceptuado por el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y, en especial el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011,

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

Que el día 9 de octubre de 2018, EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., celebró el contrato de consultoría EPC-PDA-C-345-2018, con el **CONSORCIO D&P** con Nit. 901.214.246-2 (conformado por: i) PROINGCA S.A.S con NIT. 900.618.804-3, con una participación del 45%; ii) DAG INGENIERIA S.A.S. con NIT. 900.442.807-8, con una participación del 45; y iii) CAJIGAS SPINEL Y ASOCIADOS S.A.S. con NIT. 900.281.389-9 con una participación del 10%) cuyo objeto correspondió a: “Ajustes y actualización a los estudios y diseños del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado Casco Urbano Municipio de Albán”

En este sentido, los datos básicos del precitado contrato se relacionan a continuación, así:

INFORMACION DEL CONTRATO DE CONSULTORIA EPC-PDA-C-345-2018

Contratista: CONSORCIO D&P con Nit. 901.214.246-2

Conformado por: i) PROINGCA S.A.S con NIT. 900.618.804-3, con una participación del 45%; ii) DAG INGENIERIA S.A.S. con NIT. 900.442.807-8, con una participación del 45; y iii) CAJIGAS SPINEL Y ASOCIADOS S.A.S. con NIT. 900.281.389-9 con una participación del 10%.

R/L. Gustavo Andrés Castaño Sierra C.C. 1.026.258.791 de Bogotá.

Objeto: Ajustes y actualización a los estudios y diseños del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado Casco Urbano Municipio de Albán.

Fecha de suscripción: 9 de octubre de 2018.

Valor inicial del contrato: TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS (\$ 394.327.920,00) M/CTE INCLUIDO IVA.

Balance Financiero: "Al consultor únicamente se le realizó el pago del primer producto "Diagnostico, planteamiento y selección de alternativas que corresponde al 30% del valor del contrato, toda vez, que el mismo no cumplió con la totalidad de los requerimientos necesarios para que se configurara la exigibilidad de los demás pagos contemplados en la cláusula séptima del contrato que nos ocupa.

CONCEPTO	DEBE	HABER
Valor del contrato	\$394.327.920	
Primer producto		\$118.298.376
Segundo producto		
Tercer Producto		
Concepto de proyecto viable		
Liquidación		
SUMAS IGUALES	\$394.327.920	\$276.029.544

Plazo inicial: Ocho (08) meses

Acta de inicio: 14 de diciembre de 2018

Fecha de terminación inicial: 13 de agosto de 2019

Fecha de terminación Final (Prorroga 4): 9 de septiembre de 2022

Póliza No 380-47-994000090489 Anexo 15 de Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

II. HECHOS QUE SOPORTAN EL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

PRIMERO: Mediante documento de fecha 04 de octubre de 2022, radicado ante la Dirección de Gestión Contractual el 5 de octubre de 2022, la Directora Operativa y de Proyectos Especiales, en su calidad de interventor, da cuenta del presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato EPC-PDA-C-345-2018 por parte del CONSORCIO D&P, solicitando el inicio del proceso administrativo sancionatorio respectivo, soportado en los siguientes hechos:

"PRIMERO: Que, al Contrato de consultoría EPC-PDA-C-345-2018 suscrito el día 9 de octubre de 2018 entre Empresas Públicas de Cundinamarca S.A E.S.P., y el

CONSORCIO ESTUDIOS D&P y cuya acta de inició se suscribió el 14 de diciembre de 2018, se le fijó un plazo de ocho (8) meses de los cuales los primeros cinco (5) meses estarían destinados a la ejecución de la consultoría propiamente dicha y los tres (03) meses restantes estarían destinados al trámite de obtención del concepto de proyecto viable. (...)

SEGUNDO: Que, el 9 de julio de 2022, se suscribió la prórroga No. 4 del contrato (...)

TERCERO: Que, de conformidad con lo señalado en el hecho que antecede, esta interventoría emitió el respectivo aval al cronograma de actividades por el término de los siete (7) meses adicionales, fijando como fechas de entrega las siguientes:

- **Sistema de acueducto**

- Segundo producto "Diseño de Detalle" con fecha de entrega del 20 de mayo de 2022.
- Tercer producto "documentos para viabilización" con fecha de entrega del 30 de mayo de 2022.
- Viabilidad con fecha de finalización del 26 de agosto de 2022.

- **Sistema de alcantarillado**

- Segundo producto "Diseño de Detalle" con fecha de entrega 9 de junio de 2022.
- Tercer producto "documentos para viabilización" con fecha de entrega del 14 de junio de 2022.
- Viabilidad con fecha de finalización del 9 de septiembre de 2022.

(...)

CUARTO: Que, desde el mes de febrero de 2022, se dio inició a la ejecución de la prórroga No. 4, razón por la cual se le solicitó a la consultoría presentar el cronograma de actividades de acuerdo con lo estipulado en la minuta de la prórroga. (...)

QUINTO: Que, de acuerdo con el cronograma de actividades la consultoría debía presentar ante la interventoría para su correspondiente revisión y verificación el diseño hidráulico del sistema de acueducto, el cual es radicado por medio de correo electrónico de fecha 21 de febrero de 2022. En virtud de lo anterior, para efectuar la revisión del mismo se convoca a una mesa de trabajo para el día 4 de marzo de 2022; de la reunión realizada se generan una serie de observaciones (...)

SEXTO: Que, el día 28 de febrero de 2022, se remite un concepto de topografía con observaciones para ser atendidas por parte de la consultoría; adicionalmente,

se le solicita a la consultoría efectuar la radicación del estudio de suelos del componente de acueducto, el cual debió haberse radicado desde el 9 de febrero de 2022. (...)

SÉPTIMO: Que, el día 22 de marzo de 2022, se le solicita a la consultoría:

- Radicar (ante la Dirección de Gestión Contractual) la ampliación de la póliza conforme a la suscripción de la prórroga No. 4.
- Entregar los ajustes correspondientes al sistema de alcantarillado, en cumplimiento a lo propuesto en la visita de campo del 16 de febrero de 2022,
- Entregar los ajustes señalados a través del concepto de topografía emitido desde el 28 de febrero de 2022.
- Entregarlos ajustes del sistema de acueducto en cumplimiento de lo señalado en el acta de reunión de fecha 4 de marzo de 2022, con compromiso de entrega para el día 15 de marzo de 2022. (...)

OCTAVO: Que, el día 24 de marzo de 2022, se requiere a la consultoría para que presente los ajustes de la PTAP, ya que lo presentado no correspondía a la última versión ni a lo solicitado en mesa de trabajo del 16 de febrero de 22 y 23 de febrero de 22, toda vez que, el informe presentado se encontraba con observaciones (con aplicación de control de cambios desde el año 2021 sin ser ajustados).

NOVENO: Que, el día 25 de marzo de 2022, la consultoría radica el informe de geotecnia y ajustes de la PTAP, teniendo en cuenta la observación comunicada en la mesa de trabajo del 04 de marzo de 2022. De otra parte, se devuelve el estudio de suelos ya que la consultoría no cumplió con la atención de las observaciones hidráulicas al sistema de acueducto, entre ellas las siguientes:

- Realizar el análisis del costo del material de las tuberías
- Incluir las tablas de coeficiente
- Incluir las pérdidas de entrada y salida de los accesorios
- Incluir el cálculo de golpe de ariete

Lo anterior, además de otras observaciones que se especifican en el acta de reunión del 4 de marzo de 2022. (...)

DECIMO: Que, el día 29 de marzo de 2022, nuevamente se le reitera a la consultoría presentar los ajustes correspondientes del diseño hidráulico, del diseño de acueducto y la evaluación de la reubicación la PTAR, lo anterior en atención a los requerimientos realizados desde la visita de campo de fecha 16 de febrero de 2022 y la mesa de trabajo del 4 de marzo de 2022. (...)

DECIMO PRIMERO: Que, en el mes de abril de 2022, la consultoría radica lo siguiente:

- El día 1 y 4 de marzo de 2022 la consultoría radica el estudio predial y ajustes a las observaciones hidráulicas y PTAP del sistema de acueducto. En virtud de lo anterior, se programa una mesa de trabajo para el día 12 de abril de 22.
- El día 04 de marzo de 2022, la consultoría radica los ajustes hidráulicos al diseño del sistema de acueducto. Respecto del mismo se generan observaciones al diseño, se reiteran las observaciones a la red de distribución, se entregan las observaciones al informe predial, con compromiso de entrega a la atención de las observaciones del sistema de acueducto para el día 22 de marzo de 2022. Nuevamente esta interventoría por medio de correo electrónico del 19 de abril de 2022, le solicita dar cumplimiento al cronograma de actividades. (...)

DECIMO SEGUNDO: Que, el día 20 de abril de 2022, la interventoría le solicita a la consultoría el cumplimiento al cronograma de actividades, toda vez que, presentaba los siguientes retrasos:

“(…)

1. Atención de observaciones del componente hidráulico
2. Atención y ajustes de informe de suelos
3. Atención y ajuste de observaciones predial

Para el sistema de alcantarillado, la consultoría no ha atendido ninguno del (sic.) requerimiento solicitados desde el 16 y 22 de febrero de 2022.”

según cronograma fecha de entrega final de los diseños del sistema de acueducto para 20 de mayo de 2022, (...)”

(...)

DECIMO CUARTO: Que, el 22 de abril de 2022, la consultoría radica los ajustes hidráulicos del sistema de acueducto. En virtud de lo anterior, se desarrolla una mesa de trabajo el día 28 de abril de 2022, a través de la cual se generan observaciones y se establece como compromiso de entrega para la Consultoría, la atención a dichas observaciones para el día 2 de mayo de 2022: se solicitó ajuste a los planos de acueducto, cantidades y presupuestos con compromiso de entrega para el 13 de mayo de 2022, de igual manera se le solicitó a la consultoría el ajuste de la PTAP y topografía de la PTAR con compromiso de entrega para los días 28 y 29 de abril de 2022. (...)

(...)

DÉCIMO SEPTIMO: Que, el día el 30 de abril de 2022, la consultoría radica los ajustes al diseño hidráulico de acueducto, razón por la cual, el día 05 de mayo de 2022, se desarrolla una mesa de trabajo para efectuar la revisión de los productos radicados (virtual). (...)

DECIMO OCTAVO: Que, el día 2 de mayo de 2022, la interventoría remite al Consultor el concepto hidráulico de la PTAP con observaciones, ello al no cumplir con todos los requisitos técnicos previstos contractual y normativamente. (...)

DÉCIMO NOVENO: Que, en las siguientes fechas la consultoría realiza los siguientes radicados:

- 9 de mayo de 2022: radica informe de hidrología.
- 11 de mayo de 2022: solita (sic.) información predial faltante
- 12 de mayo de 2022: radica ajuste de topografía acueducto

(...)

VIGESIMO: Que, el día 20 de mayo de 2022, la interventoría remite observaciones respecto de la información de alcantarillado entregada por el Consultor el día 18 de mayo de 2022. De la revisión efectuada se advierte que, la información entregada no corresponde a la última versión, sin embargo, al comunicarle ello a la Consultoría, la misma el 23 de mayo de 2022, asegura que lo entregado corresponde a la última versión: entrega que incluye el análisis de los caudales de infiltración, y nuevamente remite la misma información. Como consecuencia de lo anterior, la interventoría procede a efectuar la revisión de la información generando un concepto hidráulico con observaciones el cual es remitido a la consultoría el 1 de junio de 2022. (...)

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, el día 2 de julio de 2022, la consultoría radica la: Evaluación implantación planta de tratamiento de agua residual - PTAR nueva localización. Esta información es revisada el 13 de junio de 2022 y producto de la misma se generan observaciones. (...)

VIGESIMO SEGUNDO: Que, el día 6 de junio de 2022, esta Interventoría le remite a la consultoría el concepto de topografía con observaciones (...).

VIGESIMO TERCERO: Que, el día 7 de junio de 2022, la interventoría mediante correo electrónico le solicita a la consultoría el cumplimiento integral del cronograma de actividades. (...)

VIGÉSIMO CUARTO: Que, el día 17 de junio de 2022, la consultoría radica los ajustes a la implantación de la PTAR, información que es revisada el día 23 de junio de 2022 por parte de la Interventoría; como resultado de dicha revisión se le solicita a la consultoría realizar un análisis completo, técnico, predial, ambiental indicando las posibles proyecciones de obras de estabilización. El día 30 de junio de 2022, nuevamente se realiza una mesa de trabajo de la cual se generan observaciones respecto a la ubicación de la PTAR.

Para finales del mes de junio de 2022, se advierte que la consultoría no ha cumplido con el cronograma de actividades, que se encuentra pendiente las cantidades y presupuesto del sistema de acueducto junto con sus estudios complementarios que son estudio de suelos, estructural y predial. De otra parte, respecto del sistema de alcantarillado se indica que no ha presentado los ajustes requeridos por la interventoría, y que aún no está definido el predio de PTAR. Respecto a los requerimientos antes indicados, la consultoría no emite respuesta de manera oportuna ni con la calidad esperada dada la experticia que debería ostentar.

(...)

VIGESIMO SEXTO: *Que, mediante oficio de fecha 12 de julio de 2022, la Consultoría solicitó una prórroga al plazo de ejecución del contrato*

(...)

VIGÉSIMO SEPTIMO: *Que, en el mes de julio de 2022, la consultoría radica lo siguiente:*

- 15-07-2022: la consultoría entrega el ajuste de topografía del sistema de acueducto y alcantarillado.
- 21-07-2022: la consultoría entrega el ajuste hidráulico del alcantarillado (hidrología y modelación de fuente)

Se precisa que, la consultoría no entrega el estudio de geotecnia para el sistema de acueducto de acuerdo desatendiendo el compromiso establecido en la reunión del 13 de julio de 2022 antes citada. (...)

VIGESIMO OCTAVO: *Que, mediante oficio del 5 de agosto de 2022, esta interventoría emite respuesta a la solicitud de prórroga informando el “no aval” respecto de la misma, ello teniendo en cuenta que la solicitud carecía de fundamento técnico o jurídico alguno, adicionalmente, se tuvieron en cuenta para tal respuesta, los reiterados requerimientos que se le habían generado a la consultoría hasta la fecha por el retraso en el cumplimiento del cronograma, ello resaltando que dentro de la última prórroga otorgada se contempló la revisión y validación de los diseños y la ubicación de la PTAR, por lo que se determinó como injustificable el presunto incumplimiento en el que ha incurrido la consultoría. (...)*

VIGESIMO NOVENO: *Que, el día 11 de agosto de 2022, en mesa de trabajo virtual se hace entrega de las observaciones de topografía a la consultoría, y, se programa una mesa de trabajo para día 18 de agosto de 2022 a fin de realizar la entrega de los demás conceptos técnicos, y efectuar un balance o análisis del estado de ejecución del contrato. (...)*

TRIGESIMO: Que, el día 16 de agosto de 2022, la interventoría remite el concepto del estudio predial con (...) observaciones para ser atendidas por parte de la consultoría (...)

TRIGESIMO PRIMERO: Que, el día 17 de agosto de 2022, la interventoría remite el concepto de geotecnia para el componente de acueducto con observaciones para ser atendidos por la consultoría (...)

TRIGESIMO SEGUNDO: Que, la consultoría radica mediante correo electrónico del 19 de agosto de 2022 los ajustes al componente de topografía, en tal virtud, la interventoría programa la realización de una mesa de trabajo para el día 5 de septiembre de 2022.

TRIGESIMO TERCERO: Que, por medio de correo electrónico de fecha 26 de agosto de 2022, la interventoría remite un concepto hidráulico para el sistema de alcantarillado (...)

TRIGESIMO CUARTO: Que, el día 5 de septiembre de 2022, se lleva a cabo una mesa de trabajo con el fin de efectuar la revisión a componente de topografía radicado, en dicha mesa se le reiteró a la consultoría las siguientes observaciones: incluir los mojones de replanteo, demostración incluida en el informe para cada GPS y adjuntar las últimas versiones. (...)

TRIGESIMO QUINTO: Que, el 7 de septiembre de 2022, la consultoría radica la siguiente información:

- Ajuste al componente de geotecnia para el sistema de acueducto
- Ajuste al componente de topografía para el sistema de acueducto

Es importante resaltar que, lo radicado por la consultoría no corresponde ni al 20% de la totalidad de actividades que debía presentar para dar cumplimiento tan solo al segundo producto "Diseño de Detalle" para el sistema de acueducto; adicionalmente se destaca que la Consultoría radicó esta información a dos (2) días de terminar el plazo de ejecución del contrato, hecho que deja entrever la precaria diligencia del contratista y su precario interés para desarrollar el objeto al cual se encontraba obligado.

Que, una vez revisada esta información se emiten los (..) conceptos técnicos con observaciones (...)

TRIGESIMO SEXTO: Que, el día 8 de septiembre de 2022, la consultoría reitera por medio de correo electrónico la solicitud de prórroga del contrato, ello teniendo en cuenta las radicaciones realizadas el día 7 de septiembre de 2022 y reiterando la solicitud realizada el 12 de julio de 2022 (citada en el hecho No. Vigésimo octavo del presente documento).

Como consecuencia de lo anterior, esta interventoría mediante oficio del 9 de septiembre de 2022 (enviado por correo electrónico a la consultoría) emite el “no aval” de la prórroga (...)

TRIGESIMO SEPTIMO: Que los hechos aquí descritos, permiten sostener que posiblemente el consultor ha incurrido en incumplimiento definitivo de sus obligaciones contractuales, dado que a la fecha **no presentó a satisfacción los productos esperados de manera completa** y sus avances no han reunido los requisitos mínimos que permitan proceder a la aprobación del Diseño de Detalle, situación que hoy se torna difícil de superar, toda vez que, el contrato finalizó el día 9 de septiembre de 2022. [Negrilla y subraya fuera de texto].

Tal como se ha relacionado a través del presente acápite, es posible evidenciar que **a la consultoría CONSORCIO ESTUDIOS D&P se le otorgó un tiempo adicional de veinte (20) meses para un total de veintiocho (28) meses para el desarrollo del contrato;** de los cuales dieciséis (16) estuvieron destinados para la elaboración del primer producto Diagnóstico, planteamiento y selección de alternativas y doce (12) meses para la ejecución del segundo producto “Diseño de Detalle” y tercer producto “Documentos para viabilización”. [Negrilla y subraya fuera de texto].

En ese sentido, resulta claro que la consultoría contó con el apoyo técnico y administrativo no solo de la interventoría de esta Entidad sino también de la administración municipal de Alban para lograr el cumplimiento y aprobaciones de los entregables que hacen parte de cada uno de los productos del contrato. (...)

Es de resaltar que, dentro de los veintiocho (28) meses de ejecución del contrato, la consultoría CONSORCIO ESTUDIOS D&P logró únicamente la aprobación del primer producto “Diagnóstico, planteamiento y selección de alternativas” hasta el 19 de marzo de 2022 (es decir, por fuera del plazo establecido para ello); adicionalmente, realizó entregas (incompletas) del segundo producto Diseños de Detalle sin lograr ser aprobado en su totalidad por no cumplir con todos los requisitos técnicos. Es importante precisar que el avance y desarrollo de los distintos componentes y productos del proyecto, tienen un orden consecuente para su ejecución, lo que implica la aprobación de ciertas actividades para continuar con el desarrollo de la siguiente; así las cosas, a la fecha se presentaron componentes pendientes por ajustar y aprobar como es la topografía de diagnóstico para el sistema de alcantarillado, informe de prospección de geotecnia y ajuste hidráulicos (razón por la cual no pudo ser aprobado), **adicionalmente, el contratista tampoco logró la elaboración del producto de documentos para viabilización ni surtió tal proceso de viabilización. Es de reiterar que, actualmente el contrato se encuentra finalizado”.** [Negrilla y subraya fuera de texto].

(...)

6. POSIBLES CONSECUENCIAS

*De conformidad con la cláusula antes citada, esta Dependencia establece que el valor a pagar por concepto de perjuicios corresponde a la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$465.130.484) M/CTE.***

Una vez determinada que la Consultoría no ejecutó en debida forma el producto No. 2 y No. 3, lo que concreta un daño consistente en la no obtención del concepto de viabilidad emitido por parte del ente competente y la necesidad de contratar un nuevo consultor que tenga a su cargo la realización de todos los productos no ejecutados por el contratista, en tal virtud, la tasación de perjuicios corresponderá al presupuesto que la entidad tendrá como insumo para la etapa de planeación del futuro proceso de contratación el cual contempla aquellos productos o actividades no ejecutadas o cuyas observaciones no fueron atendidas y/o subsanadas. Así mismo, es importante aclarar que algunos de los entregables realizados por el Consultor y que le fueron aprobados, no constituyen en modo alguno, productos completos y que puedan resultar funcionales, pues dichos entregables (que fueron aprobados) deberán ser actualizados si se realiza un nuevo proceso de contratación.

Se resalta que el consultor no entregó a satisfacción el componente de topografía, geotecnia para el sistema de acueducto, diseño hidráulico de las redes de alcantarillado y PTAR, no presento los estudios complementarios al DISEÑO DE DETALLE: Eléctrico, presupuesto final, estructural, formulación del proyecto en Metodología General Ajustada MGA, con el fin de dar continuidad al proceso de evaluación y viabilización del proyecto. (...)"

SEGUNDO: Con base en lo anterior, el Director de Gestión Contractual, aperturó formalmente el proceso administrativo sancionatorio, mediante documento de citación de fecha 11 de octubre de 2022, en el que se convocó al contratista y a la compañía aseguradora para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el día 19 de octubre de 2022, a las 2:30 pm.

Dicha audiencia fue reprogramada en varias oportunidades por solicitud del Contratista y la compañía de seguros, para ser finalmente instalada el día 13 de julio de 2023 a partir de las 9:00 a.m. En esta audiencia, no se hizo presente el contratista. Por su parte el apoderado de la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia (garante del contratista) presentó los respectivos descargos y realizó las respectivas solicitudes probatorias, teniendo como principales argumentos de la defensa los siguientes:

DESCARGOS PRESENTADOS POR LA FIRMA GARANTE – ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

A. Falta de competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y decretar el siniestro

“(…)las Empresas Públicas de Cundinamarca no pueden aplicar lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 del 2011 para declarar de forma autógena por la misma administración el incumplimiento del contrato de consultoría sobre el que gravita la disputa porque de larga data el Consejo de Estado ha establecido que en materia de contratos de consultoría las entidades públicas no tiene facultades exorbitantes, dentro de las facultades exorbitantes no se encuentre digamos la norma del artículo 86 de la 1474, pero sí la posibilidad de declarar unilateralmente el incumplimiento, esa circunstancia si es una potestad exorbitante y como se trata de un contrato de consultoría pues tengamos que refulge apenas lógico que sea imposible que en este tipo de procesos esa posibilidad se pueda agotar de esa forma.

Esas facultades excepcionales o exorbitantes, se han utilizado esas dos expresiones para denominarlas contravienen lo que establece el artículo 14 de la Ley 80 y al respecto de eso voy a simplemente permitirme en este momento de descargo aludirme a unas providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por ejemplo hay una de expediente 30832 en sentencia de 30 de noviembre del 2006, reiteró es una providencia del Consejo de Estado y también esta tesis vuelve a ser recogida en otra sentencia de la misma corporación de diciembre de 2008 el expediente 35827 hay se hace un desarrollo sesudo de razones por las cuales no es posible en este tipo específico de negocios jurídicos, aunque se trate de contratos estatales el desarrollo y ejercicio bilateral de las posibilidades exorbitantes eso termina traduciéndose palabras más palabras menos en que en este caso específico, digamos que los otros que se comentaron ahora de que se trataba de contratos de obra si tiene la competencia legal para declarar el incumplimiento de forma autógena la Empresas Públicas de Cundinamarca, pero aquí no es decir la competencia legal conferida por el legislador para tales propósito y de hecho si uno revisa los enunciados de las diversas cláusulas del contrato EPC-PDA-C-345-2018 de consultoría, en esas cláusulas no está arrojado ese poder exorbitante de las Empresas Públicas de Cundinamarca.

De la mano de este argumento vendría que tampoco puede o podría digamos por sustracción de materia las Empresas Públicas de Cundinamarca decretar su propio siniestro en el marco de la póliza que fue expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia en la que las Empresas Públicas de Cundinamarca fungen como aseguradas; más adelante detallo las características de la póliza, pero no puede hacerlo básicamente porque si no puede declarar unilateralmente el incumplimiento la ley le permite declarar unilateralmente el siniestro pero en este caso, el amparo que tendría relación con la tesis que esboza la administración, es el amparo de cumplimiento que está en la matriz de amparo en la póliza que termina en 489, que tiene una suma asegurada de \$124.824.336 pesos y básicamente no podría declarar el siniestro porque

según el artículo 1072 y 1077 del Código de Comercio el siniestro la materialidad fenomenológica del riesgo asegurado, el riesgo asegurado en este caso esta descrito en las condiciones generales que acompañan a esa póliza única de garantía de cumplimiento a favor de entidades estatales, esas condiciones generales dicen en el punto 1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO, es decir ahí se desarrolla el concepto del hecho o circunstancia futura que a la luz de la póliza se llegaría a considerar siniestro si llegara a ocurrir y ahí se dice que se cubre a la entidad contratante de los perjuicios derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato como el incumplimiento tardío o defectuoso cuando es imputable al contratista garantizar y aquí surge el problema y es que para poder materializar el incumplimiento y presentarlo como siniestro dentro del trámite de relaciones de contrato de seguro pues es necesario que quede declarado por quien es competente para declararlo, tratándose de un contrato de consultoría por lo que explique y con base en sendos pronunciamientos del Consejo de Estado que me permití evocar anteriormente la administración en este caso Empresas Públicas de Cundinamarca no tiene esa competencia y ni esa posibilidad de manera que tampoco por sustracción de materia podría entrar a resolver si existió o no existió un siniestro en el marco del contrato de seguro de la póliza de garantía única de cumplimiento y pues no podría hacer efectiva o declarar exigible la obligación condicional de la compañía aseguradora porque hay que recordar que todo seguro cualquier tipo de seguro dentro de las tipologías que existen, todas tienen en común o una de las cosas que tienen en común es que la obligación que entrañan es condicional debe ocurrir el siniestro tal y como se concibió para que se pueda hacer exigible y en este caso por supuesto eso no ocurre; (...).

B. Carencia de pruebas de la ocurrencia del daño y su cuantificación

“(...) dentro de este proceso no existe prueba del alcance o valor real del presunto incumplimiento, porque en este caso la administración pública en este caso Empresas Públicas de Cundinamarca quiere hacer prueba de su dicho sin que exista un respaldo contable o actuarial en la liquidación que hacen del perjuicio. Fíjese señor director que en el acto administrativo mediante el cual fuimos citados a este trámite que nos llegó a nosotros en un correo del 11 de octubre del 2022, a partir de la página deme un momento ya le voy a indicar de la página 29 de ese acto administrativo de citación para iniciar el proceso administrativo que hoy nos convoca se hacen una serie de díganos cálculos sobre actividades supuestamente pendientes o no ejecutadas y allí se calcula con base en unos ítems los faltante para terminar acreditando supuestamente el valor o la extensión del valor que se causa a la entidad pública y en el punto cinco en donde dice estado del avance de la consultoría en la página 40 de ese mismo acto administrativo hay un esquema en donde se habla de un presupuesto de valores actuales y se hacen unas tasaciones o unas valoraciones del perjuicio teniendo en cuenta el personal profesional que se dedicó al desarrollo del objeto del contrato de consultoría para la construcción o la elaboración de los entregables ahí se menciona varios cargos se tiene en cuenta un salario básico mensual, un valor total, luego se menciona un personal técnico, un personal administrativo y luego se mencionan unos costos directos.

Frente a este primer punto esa cuadrícula no puede ser prueba del daño porque pues esto es simplemente la manifestación unilateral de lo que la entidad pública o la administración asume que asciende parte del daño de lo que tiene que ver con digamos el presupuesto del personal dedicado, yo con respeto lo indico no encontré dentro del expediente administrativo de este contrato la prueba de lo que allí se dice de cada cifra, es decir el soporte interno o externo de cada cifra, ahí por lo menos se dice que el director de consultoría percibió unos honorarios por mes de con base de una devengación mensual o de meses que recibía 2.380.600 pesos para la fecha y eso está ahí y es medianamente inteligible pero una cosa es que se diga y otra cosa es que eso tenga un respaldo probatorio es decir dónde están los soportes de que eso se tiene pagado y que eso sucede con cada uno de los cargos, el especialista hidráulico, el especialista PTAD, especialista de hidrología en fin todos los que se mencionan en ese esquema de la página 44 a 48 del acto administrativo de la citación a este proceso.

Similar situación ocurre con el razonamiento que se hace a continuación en el punto dos donde dice costos directos a partir de la página 45 del acto administrativo de citación al proceso de incumplimiento se menciona trazado topográfico, se habla de tiempo en meses, se habla de un desarrollo o digamos de la tarifa que se cobraba finalmente un valor que asciende a los \$75.798.000, aquí el desarrollo del resultado de valor total es muy lacónico y nuevamente indico no está el soporte de que ello se hubiere cancelado efectivamente, porque el daño para que resulte indemnizable tiene que ser personal, tiene que ser cierto, es decir tiene que haber sido efectivamente padecido por quien quiere que se le indemnice y esta regla es inmodificable o modulable en materia de contratos o en relaciones jurídicas entre privados y también en relaciones jurídicas entre personas jurídicas valga la redundancia de derecho público, uno puede entrar a discutir como lo hice al principio de la competencia legal que en materia legal de contratos de consultoría para tener la administración para declarar unilateralmente el daño puede llegar a discutir si sí o sino, pero lo que no se puede entrar a discutir es que si la hipótesis fuera que si tiene la competencia pues igual tiene que asumir una carga probatoria sobre esto hay una sentencia del Consejo de Estado que ha revisado estos puntos porque los actos administrativo que se producen de este procedimiento administrativo sancionatorio digamos son cuestionables o son imputables frente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y muchas veces la observación ha estado, puede uno calcular el valor a cuánto asciende, pero tiene que probar, tiene que probarse la certeza de la ocurrencia del daño, porque el daño hipotético esto es una potecma en materia responsabilidad contractual no es indemnizable.

Lo mismo ocurre con los otros ítems se mencionan uno vehículos se dice que fue una camioneta, camión, se dice que hay una cantidad de 0.3 unidades no se menciona a qué se obedece ese valor es decir si se adquirieron unos vehículos cuántos vehículos, si ese valor equivale al desgaste por el uso de los vehículos cuando se utilizaron o se destinaron para la ejecución de las labores que tenían que ver al desarrollo de este contrato. Se hace también un cálculo muy ligero sobre los viáticos y alimentación, no se dice a quién, ni por cuanto ni porque concepto solamente se desarrollan unas sumas

reitero en los ejemplares que la aseguradora tiene a su alcance del expediente administrativo no hay un respaldo contable con soportes externos de estas afirmaciones que aquí se hacen, la interventoría Imagino que hizo estos razonamientos y que esto es casi que una transliteración de lo que puedo haber determinado la interventoría al respecto, pero nuevamente la interventoría tiene que tener unos soportes contables de todas estas sumas que dice que se erogaron y que como no se alcanzó el propósito del contrato de consultoría pues terminan convirtiéndose es en un perjuicio en un detrimento, eso ocurre con todos esos valores, digamos que lo que resulta de este argumento es que uno de los elementos de la responsabilidad contractual para declarar que alguien ha incumplido un contrato y pretender ser indemnizado pues no están, no está la prueba del perjuicio (...)

C. Terminación del contrato de seguro de cumplimiento por falta de comunicación de la agravación del estado del riesgo.

“(...) Se menciona que según en el hecho 12 de ese recuento fáctico a partir del 20 de abril de 2022 la interventoría empieza a visualizar unos retrasos ostensibles por parte del consorcio contratista y exhorta a la consultoría, es decir al contratista a que atienda las observaciones, le dice que tiene que realizar un análisis de costo de materiales de tuberías que haga un ajuste a las observaciones sobre el tema predial para el sistema de alcantarillado también lo hace, eso se puede observar en el anexo número 14 que se llama solicitud de cumplimiento y esto termina siendo muy relevante porque estas circunstancias tenían que serle comunicadas oportunamente a la compañía aseguradora, porque los contratos de seguros incluidos como este seguro de incumplimiento es una garantía única de ley que tiene unas reglas especiales; hay un decreto que reglamenta este tipo de garantías en materia de contratación estatal (...) 1082 del 2015, ahí se dice que a este contrato le son aplicables o transversales las reglas que tienen que ver con la buena fe y en materia en contrato de seguros, la buena fe se califica, es ubérrima buena fe; eso quiere decir que todas las partes del contrato de seguro y entiéndase que las Empresas Públicas de Cundinamarca en este caso son parte, porque según la póliza que es el instrumento probatorio del contrato de seguro la tiene por asegurada y por beneficiaria, el beneficiario no es parte pero el asegurado sí, deben obrar en el tráfico de las relaciones del contrato de seguro con ubérrima o especial buena fe y esa buena fe va en todas las vías, es decir aquí tenía que habersele comunicado a la compañía aseguradora que para el 20 de abril del 2022 habría serias y fundadas razones de juicio para pensar que posiblemente el contratista CONSORCIO D&P iba a incumplir la obligación modular del contrato de consultoría, esto tenía que digamos era derecho de la aseguradora conocerlo porque ello tiene una injerencia directa en la modificación del estado del riesgo que ella asumió y lo asume a cambio de unas primas, esa es la obligación principal de la compañía aseguradora, es decir si el desarrollo de la conducta del contratista y por como venían sucediendo según la cronología todo parecía indicar que iba a haber un incumplimiento porque hubo muchas prorrogas pero además porque para la solicitud de la última prorroga que finalmente no es avalada por la interventoría había un atraso porcentualmente considerable, pues esa situación había que comunicársela a la compañía aseguradora,

porque así lo ordena el artículo 1060 del Código de Comercio, cuando eso no se hace dentro de los términos la consecuencia de eso es la terminación automática del contrato de seguro y eso termina eximiendo a la Aseguradora Solidaria de cualquier tipo de obligación contenida en el seguro pues porque la terminación automática del contrato de seguro permite entender que después de determinada fecha en que opera la terminación ipso iure del contrato de seguro se permite que el contrato inexistente, en ese artículo 1060 simplemente lo voy a parafrasear del Código de Comercio se dice en sus últimos incisos que cuando la modificación o la alteración que tiende a la agravación del estado del riesgo puede ser conocida directamente por la aseguradora, perdón por el interesado en la salvaguarda del riesgo, entonces este en este caso las Empresas Públicas de Cundinamarca o incluso el mismo contratista afianzado, tienen 3 días para comunicarle efectivamente dicha situación a la compañía aseguradora y si por las razones de las circunstancias esos factores o estos hechos que agravan el estado del riesgo o lo modifican, en sentido de agravarlo no pueden ser conocidas directamente entonces cuando se enteran de la agravación del riesgo tienen 10 días para comunicarlo pero eso aquí no ocurrió.

En este tipo de proceso o de procedimientos administrativos sancionatorios, esta consecuencia jurídica de ley prevista por el legislador se ha confundido con la figura de la revocación del contrato de seguro que con base en el decreto único reglamentario de este tipo de seguros que son garantías de contratos estatales pues está vetada, eso digamos que ya es de conocimiento asentado, este tipo de pólizas no se pueden revocar unilateralmente, pero yo quiero llamar la atención en la conceptualización del fenómeno, es que la consecuencia que prevé el artículo 1060 que estoy invocando del Código de Comercio no es un acto unilateral, es una consecuencia que opera de pleno derecho, el legislador así lo previó luego la prohibición de revocar unilateralmente las pólizas de cumplimiento, que afianzan el cumplimiento de contratos estatales nada tiene que ver dentro de este razonamiento (...).

D. Compensación

(...) en [las] condiciones generales [del contrato de seguros], hay una disposición importante que hay que tener en cuenta y esto lo traigo a colación, ligado con el tema de la indeterminación de la prueba del quantum del daño, se dice allí (...): Reducción de la indemnización. Si el asegurado o beneficiario al momento de tener conocimiento del incumplimiento con posterioridad del mismo y anterior al pago de la indemnización termina o es deudor del contratista por cualquier concepto habrá que aplicar una compensación misma que opera por ley sin necesidad de que este pactada pero en este caso pues está pactada y la indemnización habrá que disminuirse en el monto de las acreencias según la ley de conformidad con que señalan los artículos 1714 y 1715 y subsiguientes, que tienen que ver con la figura de la compensación como forma legal de extinción de las obligaciones que nuevamente indico opera de pleno derecho sin necesidad de que eso haya que declararlo; el valor de la disminución en el de los bienes que la entidad estatal asegurada haya obtenido del contratista judicial o extrajudicialmente en ejercicio de acciones derivadas del contrato cuyo cumplimiento

garantiza con la presente póliza, entonces si al finalizar la etapa probatoria de este procedimiento, se llega a la conclusión de que hay pendientes o hay valores insolutos que no se le hayan cancelado al contratista, esto será muy importante tenerlo en cuenta porque por virtud de la ley y por virtud del contrato de seguro debe operar la compensación se debe primero hacer un ejercicio de compensación antes de entrar a realizar el monto de la obligación que se le pretenda imponer a la compañía aseguradora (...).

E. Incumplimiento correlativo del contrato

(...) en la cláusula cuarta del contrato de consultoría las Empresas Públicas de Cundinamarca tiene ahí 3 obligaciones sencillas de entender en su semántica en la sintaxis en la que están expresadas y la tercera dice prestar colaboración para el desarrollo del objeto contractual. Es una obligación que aunque esta precisada de forma escueta es fácilmente inteligible, esto yo lo traigo a colación porque también después de haber revisado lo que a mi alcance tuve del expediente administrativo, hay una carpeta en ese expediente administrativo que se nos dio traslado como material probatorio en donde se dice radicados consultoría y hay dentro de esa pruebas hay varios radicados de la consultoría contratista en el que se le hace varias solicitudes expresas a las Empresas Públicas de Cundinamarca para que desarrollen unas actividades positivas o unas actuaciones positivas que permitan el destrabe del desarrollo de actividades necesarias para avanzar con la culminación de los entregables, es decir que el incumplimiento que hoy se le quiere enrostrar al contratista consultor de alguna manera es correlativo, consecuente y secundario a unas omisiones de colaboración que tienen que ver con esas obligaciones de la cláusula cuarta del contrato de consultoría que estaban en cabeza de Empresas Públicas de Cundinamarca que era ofrecer colaboración en determinados puntos (...).

TERCERO: Que, una vez evacuada la etapa aludida, en el marco de lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, procede el Director de Gestión Contractual (en audiencia llevada a cabo el día 27 de julio de 2023 a partir de las 3:00 pm), a decidir lo pertinente frente a las solicitudes probatorias, así:

“(...) PRIMERO: TENER como prueba todos los documentos del expediente contractual y el expediente del proceso administrativo sancionatorio.

SEGUNDO: DECRETAR la práctica de las siguientes pruebas solicitadas de parte:

- Correo electrónico del 19 de octubre del 2022, contentivo de la póliza No. 380-47-9940000489 expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA junto con sus respectivos anexos y condiciones generales, copia del poder conferido al Doctor Gustavo Alberto Herrera Ávila, identificado con cédula de ciudadanía 19.395.114 de Bogotá D.C., copia de la sustitución del

poder conferido al Doctor Juan Sebastián Londoño, identificado con cédula de ciudadanía 1.094.920.193 y copia del certificado de existencia y representación de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.

- *Interrogatorio de parte de la señora Emma Fernanda Gutiérrez Bohórquez, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.407.461 de Bogotá D.C., con domicilio en la Avenida Caracas No. 34 – 86, oficina 604, de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: Emma.gutierrez@dagingenieria.com teléfono: 3105622509.*
- *Interrogatorio de parte del señor Gustavo Andrés Castaño Sierra, identificado con cédula de ciudadanía 1.026.258.791 de Bogotá D.C, con domicilio en la Avenida Caracas No. 34 – 86, oficina 604, de la ciudad de Bogotá y correo electrónico: gustacasta88@gmail.com.*
- *Testimonio de la señora Angela Marcela Pineda Lozano, quien puede ser ubicada en la Av. Caracas No. 34 – 86, Oficina 607 y al abonado telefonico 3114859107*

TERCERO: RECHAZAR el decreto de la siguiente prueba documental solicitadas por el garante, esto es, la certificación de disponibilidad de las sumas aseguradas en el amparo de cumplimiento contenido en el contrato de seguro contenido en la PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO No. 380-47-9940000489, expedida el 17 de octubre de 2018 (...).

CUARTO: El día 7 de septiembre de 2023 se reanudó la audiencia para practicar las pruebas decretadas. No obstante, pese a la citación que se hiciera a los señores: Emma Fernanda Gutiérrez Bohórquez, Gustavo Andrés Castaño Sierra y Angela Marcela Pineda Lozano, para que rindieran su declaración dentro de la actuación, los mismos no comparecieron, por lo que la Dirección de Gestión Contractual en aras de garantizar los principios de celeridad, eficacia y eficiencia y dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 202 y siguientes del Código General del Proceso (aplicables por remisión normativa al caso bajo examen), decretó el desistimiento de la práctica de las mismas y ordenó seguir adelante con la actuación. Por ello, le confirió el uso de la palabra a la apoderada de la firma garante para que presentara sus alegatos de conclusión, quien ratificó los argumentos de defensa expuestos durante la etapa de descargos, haciendo énfasis en la falta de competencia de Empresas Públicas de Cundinamarca, para adelantar el presente proceso administrativo sancionatorio, para lo cual trajo a acotación lo preceptuado en el artículo 31 de la ley 142 de 1994, así como Jurisprudencia y Doctrina relacionada.

QUINTO: Con base en lo anterior, y contando con los argumentos necesarios a efectos de proferir el correspondiente fallo, se procedió a fijar como fecha para reanudar audiencia el día primero (1) de diciembre de 2023, lo cual fue debidamente comunicado a contratista y garante.

IV. CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD

4.1. PROBLEMAS JURIDICOS

De los planteamientos esgrimidos en el informe de la interventoría y, los descargos presentados por el contratista y la compañía aseguradora, surgen los siguientes problemas jurídicos a resolver: **i)** Es competente EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. (en su condición de gestora de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA)) para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 para declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios y hacer efectiva la cláusula penal, pactada en el contrato EPC-PDA-C-345 -2018?, **ii)** ¿existe un incumplimiento correlativo de las obligaciones contenidas en el contrato de Consultoría No. EPC-PDA-C-345 -2018 por parte del CONSORCIO D&P y EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.? **iii)**, ¿Agravó EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., el estado del riesgo del seguro de cumplimiento que ampara las obligaciones del contrato de Consultoría No. EPC-PDA-C-345-2018, por no comunicar a la compañía aseguradora, los atrasos en que posiblemente habría incurrido el contratista CONSORCIO D&P durante su ejecución? **iv)** ¿Como consecuencia de una eventual declaratoria de incumplimiento, es procedente ordenar al contratista el pago de perjuicios en lo que exceda el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada?

Para resolver estos problemas jurídicos, la Entidad: **i)** traerá a acotación el régimen jurídico que resulta aplicable a los contratos celebrados por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P en su condición de gestora de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA), **ii)** estudiará el incumplimiento correlativo de los contratos estatales, **iii)** analizará el marco jurídico que regula la agravación del estado del riesgo asegurado por falta de notificación de los cambios que en él se producen, **(iv)** abordará la procedencia de la imposición de la cláusula penal y la tasación adicional de perjuicios, y finalmente **v)** analizará la ejecución del contrato de cara a su objeto, alcance y obligaciones, para adoptar la decisión de fondo en el caso concreto.

- **Régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P, en su condición de gestora de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA)**

De conformidad con lo reglado por el numeral 12 del artículo 2.3.3.1.2.3. del Decreto 1425 de 2019, son funciones del Gestor del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento “Adelantar procesos de contratación con cargo a los recursos de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de

Agua y Saneamiento (PDA) una vez los proyectos hayan sido viabilizados cuando aplique, de acuerdo con lo previsto en el presente capítulo, el Manual Operativo señalado en el artículo 2.3.3.1.5.2., el Plan Estratégico de Inversiones señalado en el artículo 2.3.3.1.5.3. y el Plan de Aseguramiento de la Prestación de los Servicios 2.3.3.1.5.4, velando por la pluralidad de oferentes y la publicidad de dichos procesos y de acuerdo con la normatividad contractual aplicable.”.

Los aludidos procesos de contratación se rigen por lo dispuesto en el artículo 2.3.3.1.7.1. del decreto en mención, el cual señala: **“Los procesos de contratación que se realicen con cargo a los recursos aportados por los participantes en el marco de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA) serán adelantados en principio por parte del Gestor del Plan Departamental. El Comité Directivo aprobará los eventos en los que los municipios o distritos y el(los) prestador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto, podrán adelantar el respectivo proceso de contratación, de acuerdo con lo establecido en el Manual Operativo. Lo anterior, observando lo previsto en las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal, el contrato de fiducia mercantil y/o las normas que resulten aplicables, particularmente para los operadores de los servicios (...)**” [Resaltado fuera de texto]

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, dispone con relación al debido proceso que éste: *“(...) será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...)*”.

Por su parte, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando sus perjuicios, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, previa aplicación del procedimiento allí establecido. Igualmente podrá la Entidad dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., es una sociedad mercantil por acciones, empresa de servicios públicos del tipo de las anónimas del orden Departamental, de

carácter oficial, constituida mediante Escritura Pública 2069 del 19 de mayo de 2008 otorgada en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá.

Mediante Decreto Departamental No. 180 del 22 de septiembre de 1998, se designó a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., como Gestor del Plan Departamental de Agua - PDA de Cundinamarca.

En virtud del aludido Plan, EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. adelantó el respectivo proceso de selección de contratistas que culminó con la celebración del contrato de Consultoría EPC-PDA-345-2018 que tuvo por objeto realizar “Ajustes y actualización a los estudios y diseños del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado Casco Urbano Municipio de Albán”. Dicho proceso huelga comentar, en aplicación del marco jurídico expuesto, se adelantó bajo los postulados normativos contenidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (y no bajo el régimen contenido en los artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994), por lo que resultan igualmente aplicables, las normas relativas al debido proceso para declarar el incumplimiento del contrato, cuantificando sus perjuicios, imponer las multas y sanciones pactadas en él, y hacer efectiva la cláusula penal.

Corolario de lo expuesto, Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., en calidad de gestor del Plan Departamental de Agua del Departamento de Cundinamarca, es competente para adelantar el presente proceso administrativo bajo los lineamientos del artículo 86 de la ley 1474 de 2011; así como para decretar posiblemente, la ocurrencia del siniestro de la póliza de garantía única de cumplimiento No 380-47-994000090489 Anexo 15.

- **Incumplimiento correlativo de los contratos estatales.**

El incumplimiento contractual, entendido como la inexecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios, siempre que dicha inexecución le hubiere causado un daño al acreedor. No obstante, resulta pertinente cuestionar ¿qué ocurre cuando dicho incumplimiento es recíproco y simultáneo?.

Pues bien, la respuesta al aludido interrogante está dada en el artículo 1609 del Código Civil (aplicable al caso bajo examen por remisión expresa que hiciera el artículo 13 de la ley 80 de 1993), a través del cual el legislador dispuso que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Lo anterior significa en palabras de la Honorable Corte Suprema de Justicia que:

“(…) Ante el incumplimiento mutuo de las partes del contrato surgen consecuencias para las obligaciones derivadas del contrato, pues en los

*contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente (...)*¹

Esta postura ha hecho tránsito en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en sentencia del 4 de Mayo de 2000, dentro del radicado 16766, señaló que:

“(...) Advierte que el Tribunal encontró que hubo incumplimiento de las dos partes, lo que, a su vez, se tradujo en la intención inequívoca de éstas de no iniciar la ejecución del contrato celebrado, es decir, de terminarlo por mutuo disenso, que en este caso fue tácito, por cuanto no hubo manifestación alguna de las partes durante un período de seis meses.

*(...) entre la disolución de un contrato sinalagmático por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y la que acontece como consecuencia de **la resiliación por mutuo disenso**, existen radicales diferencias que nunca los jueces de instancia pueden ignorar (...). A través del primero..., se pide de manera unilateral **por el contratante libre de culpa que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella convención extintiva..., el acto jurídico primigenio se tenga por desistido, sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase, ya que... este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (artículo 1615 del Código Civil) y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 ibidem***²

Ahora bien, la misma corporación en proveído del 4 de septiembre de 2003, emitido dentro del radicado 10883, recalcó que:

“La exceptio non adimpleti contractus, [...] prevista en el artículo 1609 del Código Civil, [...] es una regla de equidad, que orienta los contratos conmutativos y que permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co contratante no ejecute la suya. Y ha condicionado su aplicación respecto de los contratos estatales, al cumplimiento de los siguientes supuestos: “a) La existencia de un

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (7 de diciembre de 1982) Gaceta judicial No. 2406. [MP Jorge Salcedo Seguro].

² Consejo de Estado, Sentencia n° 16766 de Sección Tercera, 4 de Mayo de 2000, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. (...) b) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; porque, indicó la Sala: ‘A nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido, con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, porque esta forma de incumplimiento no podría producir sino un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable.’ c) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista. Este presupuesto fue planteado por la Sala así: ‘es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. (...)’.

Visto lo anterior, y descendiendo al caso concreto, se tiene que el supuesto de hecho que en sentir del apoderado de la Aseguradora Solidaria de Colombia configura la exceptio non adimpleti contractus, guarda relación con la respuesta negativa que la Dirección Operativa y de proyectos Especiales de E.P.C. S.A. E.S.P. dio a las solicitudes de prórroga presentadas por el contratista los días 12 de julio y 8 de septiembre de 2022.

Al respecto, debe señalarse que la prórroga del plazo de ejecución de los contratos estatales, atañe a situaciones excepcionales, las cuales deben estar debidamente justificadas y demostradas. En consecuencia, tales actos no responden a un ejercicio propio de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que corresponden a razones objetivas, pues con la celebración de dichos contratos se propende por la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines esenciales del estado.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001, señaló que:

*“Ahora bien, como se indicó en ese concepto, **el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante;** por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación **debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.** (...) Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado (...)”*

De este modo, se encuentra acreditado con las documentales que obran en el plenario que: la respuesta negativa a las solicitudes de prórroga de fechas 12 de julio y 8 de

septiembre de 2022 presentadas por la consultoría, obedeció a razones objetivas que impedían su aprobación.

Con todo, está demostrado que al CONSORCIO D&P se le otorgó un plazo adicional de ejecución al inicialmente previsto de veinte (20) meses (para un total de veintiocho (28) meses), para que dentro de dicho termino pudiera ejecutar el objeto del contrato. Sin embargo, durante el plazo referido únicamente logró la aprobación del primer producto “Diagnóstico, planteamiento y selección de alternativas” y realizó entregas (incompletas) del segundo producto “Diseños de Detalle” sin lograr su aprobación por no cumplir el lleno de los requisitos técnicos.

En ese sentido, esta claro que la consultoría contó con el apoyo técnico y administrativo de la interventoría de la Entidad para lograr el cumplimiento y aprobaciones de los entregables que hacen parte de cada uno de los productos del contrato.

A diferencia de lo afirmado en la etapa de descargos, no existe prueba alguna que dé cuenta que Empresas Públicas de Cundinamarca incumplió con alguna de las obligaciones a su cargo, contenidas en el contrato EPC-PDA-345 DE 2018.

- **Agravación del estado del riesgo asegurado por falta de notificación de los cambios que en él se producen.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio: *“El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local”.*

De acuerdo con el alcance de esta disposición, en concordancia con lo señalado el artículo 1058 ibídem, la obligación del asegurado o del tomador, no se limita a declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinen el estado del riesgo, sino que trasciende para mantener las condiciones del estado que fue conocido por el asegurador al momento de otorgar la póliza de seguro. En consecuencia, uno u otro, tienen el deber de notificar a la compañía de seguros, si se produce alguna modificación que pueda afectar tales condiciones originarias.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de julio de 2007 dentro del radicado 1999-0359-01, realizó las siguientes consideraciones que resultan de interés para el caso bajo estudio:

“En efecto, en relación con el apellidado estado del riesgo, ab initio, es necesario distinguir dos fases claramente identificadas en el derecho comparado y también en la legislación comercial patria:

- a) La primera, vinculada a la formación del contrato, durante la cual el tomador tiene "la obligación" -preferiblemente carga, según concepto precisado en sentencia de 30 de septiembre de 2004, Exp. 7142- de declarar sinceramente la situación en que se encuentra el riesgo que se pretende amparar (art. 1058 C. de Co.)

(...)

- b) La segunda de las fases ya aludidas, relativa al desenvolvimiento del negocio asegurativo, previamente concertado o perfeccionado, ello es basilar, le impone al tomador y, dado el caso, al asegurado, **la carga de mantener el riesgo en las condiciones en que se aseguró primigeniamente, hipótesis en la cual deberán notificarse al asegurador los hechos o circunstancias relevantes, imprevisibles y sobrevinientes que de una u otra manera alteren el mencionado estado del riesgo** (art. 1060, ib.). De allí que justamente, por tratarse de un deber de prestación que concierne al desarrollo del contrato (etapa de ejecución negocial), su quebrantamiento genera la terminación del seguro, como efecto propio de los negocios jurídicos de duración y, más concretamente, de tracto sucesivo (art. 1036 C. de Co.).”

En cuanto a la connotación que debe reunir la modificación del riesgo para que se produzca su agravación Narváez (2011) manifiesta:

“Para que pueda aducirse la terminación automática del amparo conferido por una póliza de cumplimiento, **no se debe tratar de una simple modificación en relación con algunas de las características del riesgo inicialmente sometido a consideración del respectivo asegurador, sino que debe tratarse de una alteración en el estado del riesgo que desde el punto de vista jurídico sea relevante, vale decir que afecte los chances o las posibilidades de ejecución del contrato por parte del respectivo contratista**, cosa que, claramente sucedería, cuando el contratista se compromete a realizar obras adicionales o a introducir modificaciones en los trabajos contratados, por cuanto de esta manera estaría asumiendo obligaciones mayores y por contera, aumentando su responsabilidad y haciendo también más gravosa la ejecución del contrato”. (pp. 168 - 169).

En este orden de ideas, la alteración del estado del riesgo debe ser jurídicamente relevante, lo cual implica la afectación de la ejecución del contrato por parte del respectivo contratista. De igual modo, resulta menester señalar que los hechos que requieren notificación, son solamente los nuevos no previsibles, porque se presume que los advertidos al momento de la contratación de la póliza, ya fueron conocidos por el asegurador para evaluar la probabilidad de siniestro y fijar el monto de la prima.

Descendiendo al caso concreto, refiere el apoderado de la compañía aseguradora que para el 20 de abril de 2022, la interventoría de Empresas Publicas de Cundinamarca empieza a visualizar unos retrasos ostensibles por parte del consorcio contratista, que a su juicio, llevarían a pensar que el CONSORCIO D&P iba a incumplir la obligación medular del contrato de consultoría. En tal sentido señala, que era un derecho de la aseguradora conocer de dicha situación, motivo por el cual el asegurado debió haberle comunicado oportunamente estas circunstancias, por cuanto las mismas tenían una injerencia directa en la modificación del estado del riesgo que ella asumió.

Vale la pena acotar que de conformidad con las pruebas documentales obrantes en el expediente, si bien para la fecha aludida (20 de abril de 2022) la interventoría requirió al contratista para que se pusiera al corriente con la entrega de los ajustes a: el componente hidraulico, ajuste de informe de suelos y ajuste de observaciones predial, y presentara el componente de alcantarillado; no lo es menos que, el consultor durante los días siguientes al referido requerimiento radicó ajustes hidraulicos del sistema de acueducto (22 de abril de 2022), realizó mesa de trabajo para su revisión (el 28 de abril del mismo año), atendió a las observaciones formuladas (el 2 de mayo de 2022); radicó informe de hidrología (el 9 de mayo de 2022), radicó ajuste de topografía (el 12 de mayo de 2022), por mencionar algunos; con lo cual a diferencia de lo arguido, se entreveía que el contratista estaba empeñado en cumplir con el objeto del contrato. De esta manera, no surgia para Empresas Publicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. el deber de notificar a la aseguradora la ocurrencia de las circunstancias deprecadas, las cuales valga decir corresponden al alea normal del contrato de consultoría asegurado; es decir, no se trataba de hechos nuevos que tuvieran el carácter de imprevisibles, maxime cuando dichas circunstancias quedaron consignadas en la matriz de riesgos del proceso de selección de contratistas que concluyó con la celebración del contrato estatal que ocupa la atención del despacho:

No	Clase	Fuente	Etapas	Tipo	Descripción	Consecuencia de la ocurrencia del evento	Probabilidad	Impacto	Valoración	Categoría	¿A quién se le asigna?	Tratamiento / Control a ser implementado	Impacto después del tratamiento				¿Afecta la ejecución del contrato?	Responsable por implementar el tratamiento	Fecha estimada en que se inicia el tratamiento	Fecha estimada en que se completa el tratamiento	Monitoreo y revisión	
													Probabilidad	Impacto	Valoración	Categoría					¿Cómo se realiza el monitoreo?	Periodicidad
8	ESPECÍFICO	EXTERNA	EJECUCIÓN	OPERACIONAL	Retrasos en la entrega de informes o los productos por parte del contratista, o no se ajustan a lo requerido en el contrato.	Se afecta la ejecución del contrato y puede generarse el incumplimiento de obligaciones y actividades pactadas.	3	4	7	ALTO	CONSULTOR	Reducir la probabilidad y el impacto iniciando procesos de imposición de multas y/o de incumplimientos	2	3	5	MEDIO	SI	Interventor, supervisor, contratista	Al inicio de la etapa de ejecución	A la liquidación del contrato	Seguimiento por parte del interventor y/o supervisor del contrato del cumplimiento de las obligaciones, conforme a las condiciones técnicas pactadas.	Continuo durante la etapa de ejecución de cada contrato

Ahora bien, es menester recordar que en la justificación de la prórroga No. 4 al contrato de consultoría EPC-PDA-C-345-2018, con base en la cual se expidieron de los anexos 14 y 15 de la póliza única de cumplimiento No. 380-47-994000090489, quedaron consignadas algunas circunstancias que tenían incidencia en el desarrollo del mismo (e inclusive podían agravar el estado riesgo asegurado) a saber: necesidad de “cambiar el predio donde se

ubicará la PTAR, por facilidades de adquisición para la administración local”, “el lugar previsto por la hidrología para la nueva captación, presenta problemas de estabilización”, “la necesidad de revisar la población de diseño una vez que (sic.) no estaba contemplado el desarrollo del proyecto urbanístico “Podemos Casa”, “ la necesidad de “realizar las actividades adicionales al diseño de detalle que demandaba realizar actividades de campo no contempladas”, etc.

No obstante lo anterior y pese a que la aseguradora conoció oportunamente de la ocurrencia de estos hechos, no tomó acción alguna frente a la suerte o subsistencia del contrato de seguro y por el contrario resolvió renovar la cobertura ampliando su vigencia sin presentar reparos sobre el particular.

Por las razones expuestas, encuentra esta Dirección que los argumentos de defensa esgrimidos sobre el particular por parte del apoderado de la aseguradora, no están llamados a prosperar.

- **Procedencia de la imposición de la cláusula penal y la tasación adicional de perjuicios**

El artículo 1609 del Código Civil, consagra que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes deben ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna.

El Consejo de Estado ha manifestado que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin: *“(…) la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. Sumado a esto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha señalado consistentemente que *“(…) la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía (…)”*³.

Así mismo, el numeral 1° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos están obligados a: *“(…) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”*.

En concordancia con las distintas disposiciones normativas y jurisprudenciales, es posible inferir que la eficacia administrativa se mide por los resultados producidos; en el marco de

³ Consejo de Estado, Sentencia de 27 de enero de 2016, Radicación número: 760012331000200502371 00 (49.847).

la contratación estatal, la eficacia se encuentra evaluada por la materialización de unos cometidos predeterminados, entre ellos, la satisfacción del interés general y la consecución de los fines del Estado, por lo que la configuración del quehacer de la Administración pública está circunscrita, necesariamente, al principio de eficacia, esto es, a la producción de un resultado como consecuencia de la actuación de un agente en cumplimiento de la ley.

Así las cosas, de acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; en tanto que, la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. En cuanto a esta última institución el Consejo de Estado ha expresado:

*“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. **Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración,** aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”⁴ [Negrilla y subrayado fuera de texto]*

La doctrina también se ha referido a la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

“La cláusula penal es, por su naturaleza y la forma en que es convenida entre las partes, secundaria y accesorio a una obligación primitiva y principal. Ella no existe, si no existe la obligación primitiva que constituye el vínculo obligatorio entre los contratantes y al cual accede con la finalidad de reforzarlo y asegurar así su cumplimiento, porque sean más firmes o mejor guardadas las obligaciones. Su causa se encuentra en el temor del incumplimiento de la obligación principal; y su fuente, en la libre voluntad de las partes.”

(...)

⁴ Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011

*“La cláusula penal es estipulada además con la intención de indemnizar al acreedor el daño que le ocasiona la falta de cumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación principal: **es, por consiguiente, compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el acreedor, según la apreciación que de éstos hacen las partes.**”⁵ [Negrilla y subrayado fuera de texto]*

Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que, aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios a favor de la parte que ha cumplido el acuerdo de voluntades. Sin embargo, puede ocurrir que la penalidad pactada sea insuficiente para resarcir en su totalidad los daños ocasionados, caso en el cual habrá lugar a establecer el monto de los perjuicios adicionales, los cuales no solo deberán ser cuantificados; sino que deberán estar debidamente acreditados.

Al respecto el Honorable Consejo de estado ha señalado:

*“(…) Ahora bien, en atención a que el incumplimiento puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios cuando se ha causado un daño al acreedor, ya que la responsabilidad civil persigue la reparación del daño, es importante resaltar que cuando el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, **aquel tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía del perjuicio invocado.***

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.” [Negrilla fuera de texto]

Así pues, es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga, aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 40 del C.P.A.C.A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediabilmente condenada al fracaso.

⁵ CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil – Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. Santiago de Chile, 1968. Págs. 505 y 508.

- **Ejecución del contrato de cara a su objeto, alcance y obligaciones – Caso Concreto**

Descendiendo al caso bajo examen, se encuentra acreditado con las documentales que obran en el expediente, que el contrato de consultoría EPC-PDA-C-345 DE 2018, culminó su plazo de ejecución sin que el objeto fuera cumplido a completitud por parte del contratista.

Al respecto, obra en el expediente a folio 48 del cuaderno principal, el cronograma de actividades establecido por las partes con ocasión de la celebración de la prórroga No. 4, en virtud del cual, el contratista se obligó a cumplir con la entrega de los productos objeto del contrato en las siguientes oportunidades:

Sistema de acueducto

- Segundo producto “Diseño de Detalle” con fecha de entrega del 20 de mayo de 2022.
- Tercer producto “documentos para viabilización” con fecha de entrega del 30 de mayo de 2022.
- Viabilidad con fecha de finalización del 26 de agosto de 2022.

Sistema de alcantarillado

- Segundo producto “Diseño de Detalle” con fecha de entrega 9 de junio de 2022.
- Tercer producto “documentos para viabilización” con fecha de entrega del 14 de junio de 2022.
- Viabilidad con fecha de finalización del 9 de septiembre de 2022.

En sentido similar a folios 1 a 24 se encuentra el Informe de interventoría de fecha 4 de octubre de 2022, en el cual quedaron consignados en forma detalladas los productos que debían ser entregados por la consultoría, junto con su estado de radicación y aprobación:

PRODUCTO	ACTIVIDAD	ENTREGA POR LA CONSULTORIA	ESTADO DE APROBACION	OBSERVACIONES
SEGUNDO PRODUCTO “DISEÑO DE DETALLE”	Informe de modelación hidráulica e hidrológica de los sistemas de acueducto y alcantarillado	Acueducto: Hidrología acueducto presentada en prime producto	Acueducto: diseño hidráulico redes y PTAP VoBo. Hidrología: aprobada desde septiembre 2019	Aprobado
		Alcantarillado: Radicado 21 de julio de 2022.	Alcantarillado: Concepto 23 de agosto de 2022 con observaciones	No aprobado
	Informe de	Acueducto:	Acueducto: voBo	No aprobado

PRODUCTO	ACTIVIDAD	ENTREGA POR LA CONSULTORIA	ESTADO DE APROBACION	OBSERVACIONES
	diseños técnicos definitivos. Incluye: Diseños hidráulicos,	versión final mayo de 2022	modelación hidráulica, falta presentación de planos definitivos, última versión de memorias y modelos	
		Alcantarillado: Radicado 21 de julio de 2022	Alcantarillado: Concepto 23 de agosto de 2022 con observaciones	No aprobado
	Diseños geotécnicos,	Acueducto: Radicado 7 de septiembre de 2022	Acueducto: Concepto del 16 de septiembre de 2022	No aprobado
		Alcantarillado: No presentado	Alcantarillado:	No aprobado
	Diseños estructurales con los planos de detalle, memorias de cálculo y un informe técnico	Acueducto: No presentado		No aprobado
		Alcantarillado: No presentado		No aprobado
	- Diseño de plan integral de ejecución del proyecto. Informe de identificación predial definitivo	Acueducto: No presentado		No aprobado
		Alcantarillado: No presentado		No aprobado
	de acuerdo a la alternativa seleccionada aprobada por la interventoría			
		Acueducto: No presentado		No aprobado
	- Elaboración del presupuesto detallado de la obra, los respectivos análisis de precios unitarios APU's, especificaciones técnicas de construcción, requerido para el control de calidad de la obra, medida y pago de la misma, esquemas generales de	Alcantarillado: No presentado		No aprobado

PRODUCTO	ACTIVIDAD	ENTREGA POR LA CONSULTORIA	ESTADO DE APROBACION	OBSERVACIONES
	construcción que serán soporte para los pliegos de la contratación de obra, adicional presentar cronograma de ejecución de obra y flujo de fondos de inversiones.			
	- Manual de arranque, puesta en marcha, operación y mantenimiento del sistema de tratamiento.	Acueducto: No presentado		No aprobado
		Alcantarillado: No presentado		No aprobado
	- Diseño del plan integral de ejecución del proyecto, y del Plan de Gestión Social de Obra	Acueducto: No presentado		No aprobado
		Alcantarillado: No presentado		No aprobado
SEGUNDO PRODUCTO DISEÑO DE DETALLE				NO APROBADO
TERCER PRODUCTO "DOCUMENTOS PARA VIABILIZACIÓN"	- Formulación del Formato GPA-F-01 Floja Resumen del Proyecto. - Formulación del proyecto en la Metodología General Ajustada — MGA. - Recopilación de documentos solicitados a la Alcaldía Municipal, como: Las requeridas para la radicación del proyecto contempladas en la normatividad legal vigente aplicable. *Ambientales: Concesión de aguas superficiales, PSMV, Permiso de	Acueducto: No presentado Alcantarillado: No presentado		No aprobado

PRODUCTO	ACTIVIDAD	ENTREGA POR LA CONSULTORIA	ESTADO DE APROBACION	OBSERVACIONES
	Vertimientos, Ocupación de Cauce. *Prediales: Certificado de tradición y Libertad, Autorizaciones de paso y/o Servidumbres legalizadas. Nota: Los soportes Ambientales y prediales presentados son los requeridos por la interventoría en la aprobación de los productos 1, 2, 3, 4y5. -Formato GPA-F- 09 Diagnóstico de la Empresa de Servicios Públicos con todo sus soportes.			

Fuente: Informe interventoría FI 22.

De la aludida documentación se colige que, pese a que algunos productos contratados fueron entregados por la interventoría; tan solo el primero de ellos (Diagnostico y selección de alternativas) fue aprobado por la interventoría y los demás no pudieron serlo, por presentar inconsistencias técnicas.

Habiéndose concedido al contratista la oportunidad para que hiciera la presentación de sus descargos y aportase las pruebas que pretendiera hacer valer para acreditar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, éste guardó silencio y mantuvo una conducta pasiva en el curso de la actuación. No así, la aseguradora presentó sus descargos con miras a atacar la competencia de Empresas Públicas de Cundinamarca para adelantar el presente proceso administrativo sancionatorio, refirió que se había agravado la situación del riesgo asegurado, alegó que no existía prueba del daño y argumentó que en el caso

bajo examen se está en presencia de un incumplimiento correlativo de las obligaciones contractuales; todo lo cual fue analizado y despachado en precedencia.

Por las razones expuestas y en atención a que no se aportaron por parte del contratista elementos de prueba que permitieran desvirtuar que el estado de avance de la consultoría corresponde al señalado por la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales (en el informe de interventoría que dio origen al presente proceso administrativo sancionatorio), resulta imperioso colegir, que se encuentra acreditado el incumplimiento deprecado del contrato de Consultoría No. EPC-PDA-C-345 -2018 por parte del CONSORCIO D&P con Nit. 901.214.246-2.

De igual forma y conforme a lo expuesto, puede argüirse que no se acreditó la existencia de situaciones irresistibles e imprevisibles que constituyan fuerza mayor o lo que es igual, causal eximente de responsabilidad alguna a favor del contratista.

Evidenciado el incumplimiento definitivo del contrato EPC-PDA-345-2018, corresponde al despacho establecer las consecuencias que del mismo se derivan.

Por ello, es oportuno señalar que la CLAUSULA DECIMA SEXTA del contrato, faculta a la EMPRESA, para solicitar al CONSULTOR la totalidad del valor de los perjuicios causados, en lo que exceda al valor de la cláusula penal pecuniaria (20% del valor total del contrato). En virtud del principio de la prueba debida del monto de los daños, es necesario analizar la cuantificación realizada por la interventoría, así como las variables utilizadas, a fin de poder respaldar la misma, cuantificar nuevos o sencillamente dar por no probado el daño que ampara dicha cuantificación.

Según el artículo 1600 el C.C. que textualmente señala:

“ARTICULO 1600. <PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”

Es claro que para nuestro caso se encuentra establecida la posibilidad de reclamarse la pena y la indemnización de perjuicios, caso en el cual, estos deberán estar debidamente cuantificados y probados.

En tal sentido el Despacho entra a valorar los argumentos presentados en el informe de interventoría para cuantificar los perjuicios adicionales, encontrando lo siguiente:

La interventoría presenta un cuadro con personal y costos indirectos que indica, serán necesarios para contratar un nuevo consultor que tenga a su cargo la realización de todos los productos no ejecutados por el contratista. En tal sentido la tasación de perjuicios corresponderá al presupuesto que la entidad tendrá como insumo para la etapa de planeación del futuro proceso de contratación el cual contempla aquellos productos o

actividades no ejecutadas o cuyas observaciones no fueron atendidas y/o subsanadas. Así mismo, es importante aclarar que algunos de los entregables realizados por el Consultor y que fueron aprobados, no constituyen en modo alguno, productos completos y que puedan resultar funcionales, pues dichos entregables deberán ser actualizados si se realiza un nuevo proceso de contratación. Los valores allí señalados se encuentran actualizados para la vigencia 2022 y corresponden a los siguientes:

PRESUPUESTO VALORES ACTUALES 2022						
AJUSTES Y ACTUALIZACION A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO CASCO URBANO MUNICIPIO DE ALBAN						
I. PERSONAL						
PERSONAL	UNIDAD	CANT	DEDICACIÓN MENSUAL (%)	DEDICACIÓN TOTAL (MESES)	SUELDO BASICO MENSUAL (TARIFA)	VALOR TOTAL
1. PERSONAL PROFESIONAL						
Director de Consultoría	H/MES	1	35%	8	\$ 2.380.600	\$ 6.665.680
Especialista Hidráulico	H/MES	1	40%	4	\$ 1.785.450	\$ 2.856.720
Especialista PTAP	H/MES	1	35%	3	\$ 1.785.450	\$ 1.874.723
Especialista PTAR	H/MES	1	50%	4	\$ 1.785.450	\$ 3.570.900
Especialista Geotecnia	H/MES	1	35%	3	\$ 1.785.450	\$ 1.874.723
Especialista Estructural	H/MES	1	35%	3	\$ 1.785.450	\$ 1.874.723
Especialista Hidrología	H/MES	1	35%	3	\$ 1.785.450	\$ 1.874.723
Ingeniero electromecánico	H/MES	1	35%	3	\$ 1.428.360	\$ 1.499.778
Especialista Ambiental	H/MES	1	35%	3	\$ 1.428.360	\$ 1.499.778
Ingeniero Químico	H/MES	1	35%	3	\$ 1.428.360	\$ 1.499.778
Profesional Técnico Gestión Predial	H/MES	1	20%	3	\$ 1.428.360	\$ 857.016
Profesional Jurídico Gestión Predial	H/MES	1	20%	3	\$ 1.428.360	\$ 857.016
Profesional Costos y Presupuestos	H/MES	1	20%	3	\$ 1.428.360	\$ 857.016
Profesional en Trabajo Social	H/MES	1	20%	2	\$ 1.190.300	\$ 476.120
SUBTOTAL PERSONAL PROFESIONAL						\$ 28.138.692
2. PERSONAL TÉCNICO						
Dibujante	H/MES	1	90%	5	\$ 1.071.270	\$ 4.820.715
SUBTOTAL PERSONAL TÉCNICO						\$ 4.820.715
3. PERSONAL AUXILIAR ADMINISTRATIVO						

Auxiliar de Ingeniería	H/MES	1	100%	4	\$ 952.240	\$ 3.332.840
Secretaria	H/MES	1	60%	3	\$ 952.240	\$ 1.714.032
SUBTOTAL PERSONAL AUXILIAR TÉCNICO						\$ 5.046.872
SUBTOTAL PERSONA						\$ 38.006.279
FM			2,2			
TOTAL PERSONAL						\$ 83.613.814
II. COSTOS DIRECTOS						
DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	TIEMPO (MESES)	TARIFA	VALOR TOTAL	
II.1. TRAZADO O TOPOGRAFÍA						
Trazado topográfico, incluye topógrafo, 2 cadeneros, equipo de topografía, desplazamientos, vehículo, alojamiento, comida y demás gastos que se requieran para realizar la actividad la topografía, incluye catastro de redes	Km	32	1	\$ 2.368.697	\$75.798.304	
SUBTOTAL TOPOGRAFIA						\$75.798.304
II.2. VEHÍCULOS						
Campero, Pick-Up, Camioneta, Camión o similar 1200-1300 c.c.	UND	0,3	3	\$ 8.927.250	\$ 8.034.525	
SUBTOTAL VEHÍCULOS						\$ 8.034.525
II.3. VIATICOS						
Alojamiento + Alimentación	Mes	0,3	3	\$ 7.141.800	\$ 6.427.620	
SUBTOTAL VIATICOS						\$ 6.427.620
II.4. ESTUDIOS DE GEOTECNIA						
Ensayos para estudios de suelos (incluye toma y transporte)	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	1		\$ 23.806.000	\$ 23.806.000	
SUBTOTAL GEOTECNIA						\$ 23.806.000
II.5. ESTUDIOS DE VULNERABILIDAD SISMICA						

Ensayos para estudios de vulnerabilidad sísmica infraestructuras de Acueducto y Alcantarillado (incluye toma, estudios de suelo y transporte)	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	1	\$ 34.518.700	\$ 34.518.700
SUBTOTAL VULNERABILIDAD SISMICA				\$ 34.518.700
II.6. PATOLOGIA ESTRUCTURAL				
Ensayos para estudios de Patología infraestructuras de Acueducto y Alcantarillado (incluye toma de muestras y transporte) (2 ensayos máximo)	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	1	\$ 36.304.150	\$ 36.304.150
SUBTOTAL VULNERABILIDAD SISMICA				\$ 36.304.150
II.7. ESTUDIOS DE CALIDAD DE AGUA				
Análisis físico-químico total (Incluye turbiedad, color, pH, alcalinidad, acidez, CO2, dureza total, calcio, magnesio, hierro, manganeso, cloruros, conductividad, nitrógeno amoniacal (destilación), nitrógeno orgánico, nitrógeno total Kjeldhal, sulfatos, fósforo total, oxígeno disuelto, DBO, DQO, sólidos totales, sólidos disueltos totales, sólidos suspendidos totales, sólidos totales fijos, sólidos totales volátiles, sólidos sedimentables (mL/L), grasas y aceites, SAAM)	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	1	\$ 3.570.900	\$ 3.570.900
ANÁLISIS BACTERIOLÓGICO - Coliformes totales aguas residuales - filtro membrana	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	1	\$ 3.570.900	\$ 3.570.900
SUBTOTAL LABORATORIOS Y ESTUDIOS				\$ 7.141.800
II.8. COMPRA DE INFORMACION				

Datos De Estaciones Meteorológicas del IDEAM, planos IGAC y otros	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	1	\$ 952.240	\$ 952.240
SUBTOTAL COMPRA DE INFORMACION				\$ 952.240
II.8. COMPRA DE INFORMACION				
Datos De Estaciones Meteorológicas del IDEAM, planos IGAC y otros	GBL (RECONOCIMIENTO POR REEMBOLSO)	4	\$ 28.567.200	\$114.268.800
SUBTOTAL COMPRA DE INFORMACION				\$114.268.800
TOTAL COSTOS DIRECTOS				\$307.252.139
VALOR CONSULTORIA				\$390.865.953
IVA (19%)				\$74.264.531
VALOR TOTAL				\$465.130.484

De esta manera, estima la interventoría que el valor a pagar por concepto de perjuicios asciende a la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$465.130.484) M/CTE**. Para realizar el cálculo de los perjuicios enunciados, se tuvieron en consideración los siguientes aspectos:

1. Determinación de los profesionales requeridos para la realización de los ajustes no presentados por la consultoría.
2. En atención a los ajustes pendientes por realizar se determinó el porcentaje de dedicación mensual requerido para que los nuevos profesionales efectúen los ajustes no presentados por la consultoría para ser desarrollados en el término de un (1) mes.
3. Los honorarios se establecieron teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución 043 de 2013 "Por la cual se establece tope máximo para salarios y demás para presupuesto de los contratos de consultoría", su aplicabilidad se establece en adjudicar el valor actualizado a la vigencia 2022 y señalado en la resolución para cada profesional en la columna denominada Sueldo Básico Mensual (Tarifa).
4. El factor multiplicador se determina con base en el indicado en los pliegos de condiciones y en el contrato, ello como parte del principio de planeación a través del cual se estructuran las condiciones técnicas y financieras que deben aplicarse al proyecto que nos ocupa.

Este despacho no comparte la estimación de los perjuicios realizada por la Dirección de Operaciones y Proyectos Especiales, habida cuenta que si bien, la estructuración de un nuevo proceso de selección para contratar a un nuevo consultor que tenga a su cargo la

realización de todos los productos no ejecutados por el contratista posiblemente demandará mayores recursos a los comprometidos en el contrato EPC-PDA-C-345-2018; no lo es menos, que los eventuales perjuicios no pueden ascender al valor total del presupuesto que demande la nueva convocatoria; sino a la diferencia que exista entre dicho valor estimado y el monto del contrato EPC-PDA-345 DE 2018.

Ahora bien, conforme a la literatura acotada en precedencia, la estimación de perjuicios (en lo que exceda al valor de la cláusula penal pecuniaria) obedece en estricto sentido a las pruebas del monto del daño y en atención a que tales elementos demostrativos no se vislumbran en la presente actuación, habrá lugar únicamente a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada, esto es, en cuantía equivalente al 20% del valor total del contrato.

Ahora bien, resulta plausible deducir de este monto (en aplicación del principio de proporcionalidad), el porcentaje de avance de la ejecución parcial del objeto contractual (30%), en la medida en que el primer producto entregado por el contratista logró la aprobación por parte de la interventoría, aplicando la siguiente fórmula:

$$CP = (VrC * 20\%) - PE$$

Donde:

CP: Clausula Penal
VrC: Valor total del Contrato
PE: Porcentaje de Ejecución

De este modo se tiene que:

$$CP = (\$394.327.920 * 20\%) - 30\%$$

$$CP = \$ 55.205.909$$

En virtud de lo expuesto, Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, actuando de conformidad con lo previsto en la normatividad vigente,

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- Declarar el incumplimiento parcial del contrato de Consultoría EPC-PDA-C-345-2018 celebrado entre EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A E.S.P y el **CONSORCIO D&P** con Nit. 901.214.246-2 (conformado por: i) PROINGCA S.A.S con NIT. 900.618.804-3, con una participación del 45%; ii) DAG INGENIERIA S.A.S. con NIT. 900.442.807-8, con una participación del 45; y iii) CAJIGAS SPINEL Y ASOCIADOS S.A.S. con NIT. 900.281.389-9 con una participación del 10%) representado legalmente por el

señor GUSTAVO ANDRÉS CASTAÑO SIERRA identificado con C.C. 1.026.258.791, cuyo objeto correspondió a: “Ajustes y actualización a los estudios y diseños del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado Casco Urbano Municipio de Albán”, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO 2º.- Hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria (en forma proporcional al incumplimiento) en los términos previstos en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato número EPC-PDA-C-345-2018 por un valor de CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS (\$55.205.909) M/CTE, en virtud de la parte considerativa de la presente resolución, suma que debe ser consignada en la cuenta de ahorros 473100057495 del banco Davivienda a nombre de EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP, en un término perentorio de 5 días hábiles. PARAGRAFO: Lo anterior, no exonera al contratista de la responsabilidad de responder por el pago de los posibles perjuicios adicionales que llegaran a ser probados ante la jurisdicción contenciosos administrativa, como resultado del presente incumplimiento y que excedan el monto de la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA.

ARTÍCULO 3º Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y adelantar los trámites establecidos para obtener el pago de la indemnización amparada en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento número No. 380-47-994000090489 Anexo 15 de Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. a favor de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. ESP, constituida de conformidad con la Cláusula Decima Tercera del contrato EPC-PDA-C-345-2018.

ARTÍCULO 4º.- Ordénese realizar la liquidación del contrato de Consultoría EPC-PDA-C-345-2018 en el estado en que se encuentre.

ARTÍCULO 5º.- Comunicar la decisión tomada a Cámara de Comercio, la Procuraduría General de la Nación y demás entes públicos o privados que tengan relación con el desarrollo del objeto del contrato de Consultoría EPC-PDA-C-345-2018.

ARTÍCULO 6º.- En firme el presente acto administrativo, publíquese en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP de acuerdo con lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde se encuentre inscrito el contratista, para que inscriba este acto administrativo.

ARTÍCULO 7º.- El presente acto administrativo se notifica en audiencia al Contratista **CONSORCIO D&P** con Nit. 901.214.246-2 representado legalmente por el señor GUSTAVO ANDRÉS CASTAÑO SIERRA identificado con C.C. 1.026.258.791 y a su garante, Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

ARTÍCULO 8°.- Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición ante quien suscribe esta providencia, el cual se interpone, sustenta y decide en la misma audiencia, conforme lo establece el artículo 86 ibidem.

ARTÍCULO 9°.- Comunicar la presente resolución al Interventor del EPC-PDA-C-345-2018, y a las dependencias y funcionarios encargados de atender su cumplimiento.

ARTÍCULO 10°.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición

Dado en Bogotá D.C al primer (1°) día del mes de diciembre de 2023.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



FRANCISCO ANTONIO GARZÓN HINCAPIÉ
Director de Gestión Contractual

Proyectó: Juan Camilo Ruiz Ovalle /Contratista DGC

