

VANESSA ÁLVAREZ VILLARREAL

Juez

Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cali

[of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Cali (Valle del Cauca)

E. S. D.

Radicación: 76001-33-33-012-2022-00099-00  
Medio de control: Controversias contractuales  
Demandante: James Orobio Ballesteros  
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali – Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESPM  
Asunto: Contestación de la demanda

DIANA PAZ VELASCO, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.315.694 de Popayán, portadora de la tarjeta profesional No. 132.087 emanada del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, conforme al poder especial a mi conferido por la Dra. MARÍA DEL PILAR CANO STERLING – Directora del Departamento Administrativo de Gestión Jurídica Pública, nombrada mediante decreto No 4112.010.20.0001 del 1 de enero de 2020 y acta de posesión No. 0007 del 1 de enero de 2020, debidamente facultada por el Doctor JORGE IVAN OSPINA GOMEZ en su condición de Alcalde del Distrito Especial de Santiago de Cali y Representante Legal del mismo, según Decreto No. 4112.010.20.0024 del 10 de enero de 2020 “Por medio del cual se efectúa una delegación en materia de Representación Judicial, Administrativa y Extrajudicial y se dictan otras disposiciones; con facultades para actuar en nombre y representación de la Entidad ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales”, encontrándome dentro del término legal, me permito contestar la demanda de la referencia, instaurada por el señor JAMES OROBIO BALLESTEROS, en contra del Alcaldía de Santiago de Cali – Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESPM, con fundamento en las consideraciones fácticas y jurídicas que se exponen a continuación:

## I. OPORTUNIDAD

El 27 de marzo de 2023, el Distrito Especial de Santiago de Cali, recibió correo electrónico por parte del Juzgado, en el que se allegó el link del proceso en el sistema SAMAI que contiene las piezas procesales con el fin de ejercer el derecho de defensa y de esta forma dar cumplimiento a la notificación personal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, el Distrito Especial de Santiago de Cali se entenderá notificado una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Así las cosas, tenemos que el correo electrónico para lograr la notificación personal fue recibido por mi representada el 27 de marzo de 2023, por lo cual se entiende notificada el día 29 de marzo de 2023 y a partir del 30 de marzo de 2023, comenzó a correr el término de traslado de la contestación de la demanda, teniendo en cuenta el período de vacancia judicial comprendido entre el 03 y el 07 de abril de 2023, se tiene que el término para contestar la demanda finaliza el 18 de mayo de 2023; en consecuencia, esta contestación se presenta en término.

## II. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Me opongo a las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable su prosperidad, frente al DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI, ya que no existe en el expediente prueba fehaciente que permita realizar el cobro de las sumas reclamadas a la entidad territorial demandada, habida cuenta que los supuestos hechos que sirven de base al presente medio de control al igual que las pretensiones están encaminadas a reclamar la actuación del Distrito al aplicar la cláusula penal del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019, no pagar facturas emitidas por el contratista y la liquidación del contrato, ya que no se cuenta con elementos de juicio que permitan atribuir tal carga al Distrito.

Precisado lo anterior, le corresponde a la parte actora probar en debida forma las afirmaciones argüidas en el libelo introductorio, puesto que no basta solo con señalar que se adeudan unos valores sino que éstos debe acreditarse fehacientemente, lo cual no acontece en el sub examine.

**Ahora, frente a las pretensiones individualmente consideradas, procedo a pronunciarme individualmente, así:**

**Frente a la pretensión PRIMERA:** NO ME PRONUNCIARÉ respecto de esta pretensión en razón a que mediante auto interlocutorio de fecha 13 de febrero de 2023, mediante el cual se admitió la demanda, en el numeral 1 de la parte resolutive, el despacho a su cargo decidió aceptar el desistimiento de la pretensión alusiva a la nulidad de la Resolución 4182.010.21.0.146 de 11 de diciembre de 2020 y, por consiguiente, de la Resolución 4182.010.21.0.155 del 21 de diciembre de 2020 que resolvió el recurso de reposición contra la primera, de acuerdo a lo solicitado por la parte demandante, en consecuencia solicito que los argumentos relacionados con esta pretensión sean desestimados.

**Frente a la pretensión SEGUNDA:** ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión, como quiera que la cláusula penal que se hizo efectiva a través de la resolución No. 4182.010.21.0.146 del 11 de diciembre de 2020, es un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, igualmente la aplicación de esta cláusula por valor de \$28.694.3983, se realizó de acuerdo a lo pactado por las partes en la cláusula vigésima primera del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019 en ejercicio de la autonomía de la voluntad, una vez agotado el debido proceso administrativo previsto en la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 537 de 2020, atendiendo al principio de proporcionalidad al aplicar la sanción o tasación anticipada de perjuicios, con ocasión de los incumplimientos del contratista y que fueron probados por la supervisión del contrato, los que fueron detallados en el informe de supervisión del 18 de noviembre de 2020, el cual que dió origen al proceso administrativo sancionatorio, en este documento además se detalla consecuencias que podrían derivarse para el contratista de llegar a declararse el incumplimiento, los efectos inmediatos para la comunidad y para el Municipio, así como las diferentes solicitudes realizadas por el supervisor a la interventoría, las cuales fueron desatendidas.

De conformidad 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”.

La cláusula vigésima segunda del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019 dispuso que:

“CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA. CLAUSULA PENAL. En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del presente contrato, JAMES OROBIO BALLESTEROS, debe pagar a nombre del Municipio de Santiago – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES a título de indemnización, una suma equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato. El valor pactado de la presente cláusula es el de la estimación anticipada de perjuicios, no obstante, la presente cláusula no impide el cobro de todos los perjuicios adicionales que se causen sobre el citado valor. Este valor puede ser compensado con los montos que el Municipio de Santiago de Cali - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES, adeude al contratista con ocasión de la ejecución del presente contrato, de conformidad con las normas que rigen la materia. Nota: El porcentaje (20%) de la cláusula penal corresponde al porcentaje de la garantía de cumplimiento. PARAGRAFO: El procedimiento aplicable para la declaratoria de incumplimiento será el consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o el que se encuentre vigente. El MUNICIPIO hará efectiva directamente la cláusula penal pudiendo acudir para el efecto, entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía o cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva de conformidad con la Ley 1150 de julio 16 de 2007. “

Así las cosas, tenemos que la cláusula penal es una figura que las partes establecen contractualmente para garantizar una tasación anticipada de perjuicios, y se debe aplicar en la forma pactada, cuando se presenta una declaratoria de caducidad o un incumplimiento del contrato, tal como se dispuso en los actos administrativos expedidos dentro del proceso administrativo sancionatorio.

Ahora bien, es importante tener presente que la decisión de hacer efectiva la cláusula penal, no fue una medida arbitraria o carente de motivación, pues ésta se justificó en los hechos probados por el supervisor, los cuales fueron probados dentro del proceso administrativo sancionatorio.

**Frente a la pretensión TERCERA:** NO ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión, teniendo en cuenta que no fue posible un acuerdo entre las partes sobre el

valor ejecutado del contrato de interventoría, en atención a los reiterados incumplimientos del contratista, lo cual dió lugar a la declaratoria de incumplimiento, en tal sentido, la liquidación judicial deberá realizarse conforme los pagos efectivamente autorizados por la supervisión y percibidos por el contratista.

De igual forma, se pone de presente al Despacho, que la entidad mediante comunicación con radicado No. 202141820100041541 del 29 de noviembre de 2021 (Anexo 17 de la demanda), el supervisor del contrato de interventoría le informó al demandante lo siguiente:

“En estos términos, se le conmina para que de manera inmediata contacte a la supervisión del contrato de interventoría 4182.010.26.1.360-2019 en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, con el fin de proceder a la liquidación del contrato de obra 4182.010.26.1.357-2019 objeto de la vigilancia, una vez definida la ecuación financiera y declarado el cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales.” (Subrayado fuera del texto).

Conforme lo transcrito, es claro que la entidad realizó gestiones tendientes a la liquidación bilateral del contrato, sin embargo, esta no fue posible debido a que el demandante no concurrió al llamado realizado por la administración distrital a través del supervisor del contrato de interventoría.

**Frente a la pretensión CUARTA:** ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión, ya que de acuerdo a lo decidido en la Resolución No. 4182.010.21.0.146 del 11 de diciembre de 2020, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. 4182.010.21.0.155 del 21 de diciembre de 2020, la Unidad Administrativa de Servicios Públicos Municipales resolvió declarar el incumplimiento parcial del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1-2019, por lo que no habría lugar a realizar ningún pago al contratista, aparte de los pagos que ya le fueron realizados durante la ejecución del contrato, el primero por valor de \$80.626.500 según el informe de supervisión No. 01 del 19 de diciembre de 2019 y el segundo por la suma de \$80.626.500, de acuerdo al informe de supervisión No. 02 del 27 de diciembre de 2019, en otras palabras el Distrito Especial de Santiago de Cali no está obligado al reconocimiento y pago de la factura FE4 por valor de \$107.502.000, puesto que este valor no se ejecutó valor por parte del contratista y tampoco fue avalado por la supervisión del contrato.

**Frente a la pretensión QUINTA:** ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión, ya que de acuerdo a lo decidido en la Resolución No. 4182.010.21.0.146 del 11 de diciembre de 2020, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. 4182.010.21.0.155 del 21 de diciembre de 2020, la Unidad Administrativa de Servicios Públicos Municipales resolvió declarar el incumplimiento parcial del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019, por lo que no habría lugar a realizar ningún pago al contratista, aparte de los pagos que ya fueron realizados al contratista durante la ejecución del contrato, el primero por valor de \$80.626.500 según el informe de supervisión No. 01 del 19 de diciembre de 2019 y el segundo por la suma de \$80.626.500, de acuerdo al informe de supervisión No. 02 del 27 de diciembre de 2019, en otras palabras el Distrito Especial de Santiago de Cali no está obligado al reconocimiento y pago de la factura FE5 por valor de \$158.251.302.

En este punto, es pertinente aclarar al Despacho que la suma de \$158.251.302, es el valor que se adicionó al contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019 mediante la modificación No. 04 del 28 de agosto de 2020, valor que no fue ejecutado por el contratista y que tampoco fue avalado por la supervisión del contrato, de conformidad con las razones expuestas en el acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato.

**Frente a la pretensión SEXTA:** Actualización de la condena: ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión por cuanto al no reunirse los requisitos esenciales para el pago de las sumas solicitadas, no hay lugar a condenar al pago de cualquier tipo de actualización.

**Frente a la pretensión SÉPTIMA:** Costas y agencias en derecho: ME OPONGO al pago de costas y agencias en derecho en razón a que el actor no tiene derecho a los valores enunciados en su demanda, en los términos en que la solicita.

**Frente a la pretensión OCTAVA:** Frente a esta pretensión debe indicarse al despacho que la misma no puede considerarse como tal, por cuanto la misma se refiere al cumplimiento de las normas del C.P.A.C.A.

### III. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

**Frente al hecho primero:** ES CIERTO, según se desprende de los anexos de la demanda. (Anexo 1)

**Frente al hecho segundo:** ES CIERTO PARCIALMENTE, por cuanto la cláusula vigésima segunda se denomina “Garantías y cobertura del riesgo”, y no como menciona la demanda que es la cláusula 21, el contratista constituyó la garantía de cumplimiento No. 45-44-101107502 del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019 expedida por Seguros del Estado S.A., la cual se aporta como prueba a la presente contestación con su correspondiente aprobación por parte del ordenador del gasto.

**Frente al hecho tercero:** ES CIERTO PARCIALMENTE, en lo que tiene que ver de los numerales 1 al 6, no obstante, cabe precisar que el demandante aportó como pruebas únicamente los numerales 1, 2, 3 y 6 de este hecho, por lo que me permito aportar como prueba el acta de suspensión No. 01 del 16 de abril de 2020 y el acta de reanudación No. 01 del 24 de agosto de 2020, que corresponden a los numerales 4 y 5.

Precisado lo anterior, en cuanto al numeral 7 es necesario aclarar a la señora Juez que el plazo contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019 venció el 06 de noviembre de 2020, según lo dispuesto en la modificación No. 04, enunciado en el numeral 6, más no como lo indica el demandante que fue prorrogado hasta el 05 de diciembre de 2020.

Para mayor conocimiento del Despacho se aporta el link del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019 en el sistema electrónico para la contratación pública – SECOP I, en el cual se puede consultar el expediente contractual y descargar los documentos publicados:

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-15-9702914>

Así mismo, es pertinente mencionar que en virtud del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019, el demandante JAMES OROBIO BALLESTEROS, ejerció interventoría a los siguientes contratos:



Edificio CAM Torre Alcaldía piso 9  
Teléfono: 6617084-85 [www.cali.gov.co](http://www.cali.gov.co)



- Contrato de consultoría No. 4182.0.10.26.1.356-2019 - Objeto: *“Realizar estudios geológicos, geomorfológicos, geotécnicos y diseños de obras de mitigación para la infraestructura de alcantarillado en la zona rural de Cali”*. El interventor deberá conceptuar técnicamente sobre el cumplimiento del alcance contractual y cada una de las obligaciones específicas realizadas por el contratista. Contratista: GESTION – ASESORIA Y DISEÑO DE PROYECTOS SAS.
- Contrato de consultoría No. 4182.0.10.26.1.361-2019 – Objeto: *“Realizar un estudio con alcance de diseños para la construcción de la red de alcantarillado de las veredas Santa Helena – corregimiento Felidia y El Porvenir – corregimiento La Leonera”*. CONTRATISTA: CONSORCIO LEONERA JR.
- Contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.386-2019- Objeto: *“Construir obras de optimización PTAR y alcantarillado secundario Campoalegre de la zona rural del Municipio de Santiago de Cali”*. CONTRATISTA: CONSTRUYENDO CALI 6.
- Contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019 – Objeto: “Construir el sistema de alcantarillado de la vereda Atenas y Pilas del Cabuyal, corregimiento Los Andes”. CONTRATISTA: CONSORCIO SANEAR.

Ahora bien, la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019, se dió únicamente en relación con el contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019.

Conforme lo anterior, se aporta el link del contrato de obra No. 4182.010.26.1.357-2019 en el sistema electrónico para la contratación pública – SECOP I, en el cual se puede consultar el expediente contractual y descargar los documentos publicados:

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-1-202581>

**Frente al hecho cuarto:** NO ES CIERTO, el contratista percibió los ingresos pactados en el contrato de acuerdo a la ejecución aprobada en la interventoría, según lo dispuesto en el informe de supervisión No. 01 del 19 de diciembre de 2019 y el informe



de supervisión No. 02 del 27 de diciembre de 2019.

Por otro lado, debemos recordar que el contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019 fue objeto de suspensión desde el 16 de abril de 2020 hasta el 24 de agosto de 2020, en virtud de la declaratoria del Estado de Emergencia Sanitaria por parte del Gobierno Nacional, debido a la pandemia que se vivió en el mundo por cuenta del virus Covid-19.

Al estar suspendido el contrato durante el tiempo señalado, no había lugar a reconocer ningún incremento por parte de la entidad contratante simplemente por el paso del tiempo, ya que no está probado que hubo ejecución contractual, lo que si está probado es que el contrato estuvo suspendido durante el tiempo señalado.

El contratista mediante oficio JOB-084-2020, allegado mediante correo electrónico de fecha 5 de noviembre de 2020, solicitó que el contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019 se prorrogara por un término de un mes y quince días y se le reconociera una mayor permanencia por valor de NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$ 94.956.781), manifestando que “este valor es equivalente al aprobado al contratista del adicional de la interventoría”, se aporta como prueba este oficio al presente escrito.

Esta comunicación fue respondida por el supervisor del contrato mediante radicado No. 202041820100024301 del 06 de noviembre de 2020, en la cual solo viabilizó la prórroga, más no la adición, porque en su criterio no existía sustento técnico para reconocer este valor, lo cual se abordará con mayor detalle, en el hecho sexto, se aporta como prueba este oficio al presente escrito.

**Frente al hecho quinto:** NO ES CIERTO, el proceso contractual de licitación pública 4182.0.10.32.1.064-2019 que culminó con la adjudicación del contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019, contó con los documentos necesarios para la ejecución de la obra en la vereda Atenas y Pilas del Cabuyal, lo anterior es posible verificarlo en los documentos publicados en el sistema SECOP I.

Ahora bien, el demandante se limita a afirmar que “*se licitó el contrato de interventoría careciendo de todos los permisos necesarios para ejecutar la obra*”, sin embargo, en

este hecho no precisa cuales son los permisos, que en su criterio, eran necesarios para ejecutar la obra y no estaban, ni a quien le corresponde expedirlo, son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte demandante carentes de prueba, las cuales deberá probar en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA.

El plazo de ejecución del contrato de obra 4182.0.10.26.1.357-2019 terminó el 05 de diciembre de 2020, según la prórroga realizada al contrato mediante modificación No. 06 y el del contrato de interventoría 4182.0.10.26.1.360-2019 venció el 06 de noviembre de 2020, de acuerdo a la prórroga contenida en la modificación No. 04.

En este punto es importante mencionar que mediante radicado No. 202041820100024301 del 6 de noviembre de 2020, el supervisor del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019, viabilizó la prórroga del contrato hasta el 05 de diciembre de 2020, de manera concomitante con el contrato de obra, sin embargo, al no aprobar la solicitud de adición de recursos por valor de \$94.956.781, el demandante decidió no suscribir esta prórroga, prueba de ello es que se proyectó la modificación No. 05 al contrato de interventoría y se envió por parte del supervisor al correo electrónico del señor James Orobio Ballesteros, quien guardó silencio sin suscribir el documento, por lo que a partir del 07 de Noviembre de 2020, el plazo de ejecución del contrato se terminó por no haberse suscrito una nueva prórroga.

Se aporta como prueba el envío del correo electrónico mediante el cual se remitió la modificación No. 05 al correo del demandante, sin respuesta alguna.

Así mismo también se aporta la trazabilidad de correos electrónicos que desde la supervisión del contrato de interventoría se envió al demandante con el fin de tramitar la prórroga al mismo, el cual incluye el envío del oficio JOB-084-2020 por parte del demandante.

Posteriormente el día 19 de noviembre de 2020, cuando ya se encontraba vencido el plazo de ejecución del contrato de interventoría, el demandante envía el oficio JOB-094-2020, indicando que no aceptará la prórroga, sin que se adicione el contrato, el cual se aporta como prueba al presente escrito, comunicación enviada de forma tardía pues ya se encontraba vencido el plazo de ejecución del contrato de interventoría.

**Frente al hecho sexto:** ES CIERTO, al presente escrito se aporta como prueba el oficio No. JOB-084-2020 suscrito por el demandante.

**Frente al hecho séptimo:** ES CIERTO, el supervisor del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019, mediante oficio con radicado No. 202041820100024301 del 6 de noviembre de 2020, dió respuesta a la solicitud del demandante realizada mediante oficio No. JOB-084-2020, sin embargo, para claridad del despacho se transcriben todos los argumentos expresados por la interventoría, así:

“Si bien es cierto una Entidad Estatal puede en virtud de la Ley 1474 de 2011 en los contratos de interventoría, prorrogarlos por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia, caso en el cual el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que sea aplicable el límite establecido en la ley para las adiciones a los contratos estatales, también es cierto que el valor de NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$ 94.956.781), por usted solicitado, **no cuenta con ningún soporte técnico para ser reconocido, pues no corresponde con lo acontecido en el contrato, teniendo en cuenta que no se ha realizado hasta el día de hoy, ningún tipo de actividad que genere pago al contratista de obra desde el 25 de agosto de 2020, fecha de reanudación del contrato No. 4182.010.26.1.357-2019.**

Las actividades últimamente realizadas obedecen a responder ante EMCALI por los compromisos planteados desde finales del mes de febrero de 2020, cuando solicitó la topografía y la verificación de los niveles de la tubería instalada. **Sin embargo, como bien es sabido por la interventoría, la ejecución del contrato tuvo que ser suspendida desde 21 de marzo de 2020, como consecuencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Gobierno Nacional por cuenta de la situación presentada a causa de la Covid-19.**

Una vez reanuda la ejecución del contrato, esto es a partir del 25 de agosto de 2020, se retoman las actividades de entrega de la tubería instalada, por lo que las actividades se han centrado en revisar las obras ejecutadas hasta el mes de marzo de 2020 y como usted ha asegurado, recibidas a conformidad por la interventoría. Sin embargo, **hasta el momento la interventoría no ha entregado la totalidad de las evidencias que certifiquen, desde el punto de vista técnico, la correcta instalación de la tubería ajustada a los diseños entregados por EMCALI.**

Continuamente se le ha informado en las últimas reuniones virtuales y refrendado mediante oficio, que la entrega completa de la Cartera de Nivelación es condición previa para proceder con la revisión de la tubería mediante la prueba de trazadores y la cámara robótica que se encuentra prevista en el presupuesto de obra.

No puede pretender que su demora en atender las reiteradas solicitudes de esta Supervisión para entregar todas las evidencias que demuestren la correcta instalación de la tubería, y que ha llevado a EMCALI a no autorizar la construcción del último tramo de empalme al colector urbano del alcantarillado hasta tanto no se hagan las pruebas respectivas, sean reconocidas por la UAESPM como mayor permanencia de la interventoría, **ya que el retraso en la ejecución de las actividades del contrato vigilado es imputable a la interventoría y en consecuencia, no se evidencia motivo alguno para reconocer el valor por usted solicitado.**

Por todo lo anterior, en mi calidad de supervisor sólo viabilizo la prórroga del contrato de interventoría por el término solicitado.” (Subrayado fuera del texto).

Conforme lo anterior, es claro Señora Juez, que no había lugar a la prosperidad de la solicitud del demandante a la supervisión, como quiera que no existía fundamento técnico alguno que le permitiera a quien ejerce la vigilancia contractual viabilizar de forma legal y válida los recursos adicionales, por lo tanto, el ente territorial actuó con apego a realidad de la ejecución del contrato y a las leyes contractuales.

**Frente al hecho octavo:** NO ES CIERTO, el proceso de licitación pública No. 4182.010.32.1.064-2019 que concluyó con la adjudicación del contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019, contó con todos los documentos necesarios para la ejecución de las actividades contractuales, lo anterior es posible verificarlo en los documentos publicados en el sistema SECOP I.

En este punto, debemos tener en cuenta que desde la misma estructuración de los contratos tanto del de obra como del de interventoría, se estableció cual iba a ser el papel que iba a desempeñar EMCALI, en primer lugar, tenemos que las obras en las veredas Atenas y Pilas del Cabuyal sobre las cuales versa el contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019, se hicieron con los diseños proporcionados por EMCALI y en segundo lugar esta empresa haría interventoría a la obra, como quiera que una vez terminada la misma, sería el operador del servicio, veamos el detalle de las cláusulas:

- Contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019:

Considerando No. 02 y cláusula segunda: “...Teniendo en cuenta que la cámara final de este alcantarillado se conectará a la cámara del alcantarillado de la ciudad, Emcali EICE ESP hará interventoría a la obra, ya que una vez se termine la obra, este será el operador del servicio. El trazado del proyecto se muestra en la gráfica No. 1. Para la ejecución de la obra, el contratista recibirá los planos

existentes del diseño y que fueron aprobados por Emcali EICE ESP...” (páginas 5 y 6)

- Contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019:

Cláusula tercera Numeral 1: “REALIZAR INTERVENTORÍA A LA OBRA DE CONSTRUCCIÓN ALCANTARILLADO ATENAS-PILAS DEL CABUYAL: ...Teniendo en cuenta que la cámara final de este alcantarillado se conectará a la cámara del alcantarillado de la ciudad, Emcali EICE ESP hará interventoría a la obra, ya que una vez se termine la obra, este será el operador del servicio. El trazado de la Fase 1 se muestra en la gráfica No. 1. Para la ejecución de la obra, el contratista recibirá los planos existentes del diseño y que fueron aprobados por Emcali. (Página 6).

Conforme lo anterior, tenemos que EMCALI efectivamente participó tanto en la estructuración del contrato con los diseños, como en la ejecución del mismo haciendo interventoría, por lo tanto, no es cierto que se requería una “licencia de obras” de EMCALI, es más esta función citada por el demandante, no hace parte del objeto social de esta empresa ni de sus funciones contenidas en sus estatutos (Resolución JD No. 001 del 06 de octubre de 2020), es decir no le corresponde otorgar este tipo de licencias, esto evidencia que esta es una afirmación del apoderado carente de toda prueba.

Recordemos que EMCALI es una empresa industrial y comercial del Estado regida por el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 que dispone que son organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, dedicada en este caso a la prestación a la prestación de servicios públicos domiciliarios, por lo que escapa a su competencia la expedición de “licencia de obras” como lo indica el demandante.

Así las cosas, estaba claro para el demandante cual era el papel que desempeñaba EMCALI en la ejecución del contrato de obra No. 4182.010.26.1.357-2019, en el entendido que la empresa de servicios públicos domiciliarios, también le correspondía realizar interventoría a la obra de construcción del alcantarillado de la vereda Atenas y Pilas del Cabuyal, por lo que la interventoría del Distrito debía articularse con la interventoría de EMCALI, procurando una correcta ejecución del contrato de obra.

En tal sentido, se aporta como prueba la solicitud de interventoría de EMCALI para la

obra por parte de la UAESPM (201941820100026421 del 16 de octubre de 2019) y su correspondiente respuesta (consecutivo 3120828682019 del 25 de octubre de 2019 y memorando 312.1-DI-01917.17 del 20 de octubre de 2017), que acredita la calidad en que actuó la empresa de servicios públicos dentro de la ejecución del contrato de obra.

Por otro lado, el demandante manifiesta en este hecho que “dado que el formato de liquidación lo diligencia la misma entidad”, frente a este punto es preciso indicar al Despacho que el Distrito Especial de Santiago de Cali, cuenta con formatos para la elaboración de diferentes documentos que se producen al interior de los procesos contractuales, incluido uno para el acta de liquidación de los contratos, como también es cierto que es al interventor del contrato a quien le corresponde diligenciar, gestionar y firmar el acta de liquidación bilateral de los contratos, así se encuentra pactado en el contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019, en la cláusula tercera, obligaciones específicas del interventor, así:

“5. Preparar el acta y los documentos necesarios para la liquidación del contrato, garantizando que las actividades, se reciban efectiva y definitivamente ejecutadas y satisfacción de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales.”

**Frente al hecho noveno:** No es cierto, el demandante afirmó que el 24 de octubre de 2020 radicó la factura No. 118 ante el Distrito Especial de Santiago de Cali, así mismo, mencionó la factura No. 113 sin indicar la fecha de radicación, sin embargo, ninguna de estas pruebas se aportaron al proceso por parte del demandante, siendo de su resorte hacerlo ya que el demandante tiene la carga de la prueba, en atención a lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA.

Lo cierto es que las facturas No. FE 4 y No. FE 5 fueron radicadas por el contratista ante la supervisión del contrato de interventoría el día 22 de diciembre de 2020, para lo cual aportó como pruebas al presente escrito los oficios No. JOB-111-2020 (remite factura No. FE 4) y JOB-112-2020 (remite factura No. FE 5), así como los respectivos correos electrónicos de envío.

En línea con lo anterior, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales mediante comunicación con radicado No. 202141820100000761 del 28 de enero de 2021 dió respuesta al demandante sobre el pago de las facturas FE4 y FE5, indicando que fueron presentadas de forma extemporánea de acuerdo a los



lineamientos del Departamento Administrativo de Hacienda del Distrito, que tales facturas no tuvieron en consideración lo resuelto en el acto administrativo que declaró el incumplimiento parcial del contrato de interventoría y resaltó la importancia de liquidar este contrato en conjunto con la supervisión, comunicación que me permito aportar como prueba a la presente contestación, se resalta entonces que la solicitud del demandante fue respondida a tiempo por la entidad, habida cuenta de la extensión de términos para dar respuesta a los derechos de petición de conformidad con el Decreto Legislativo 491 de 2020, y adicional a lo anterior estas solicitudes del contratista se presentaron vencido el plazo de ejecución del contrato, que había vencido el 06 de noviembre de 2020.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993, estableció que:

“16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley.”

Por su parte, el artículo 85 del CPACA, dispuso que:

“La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto”

En el presente caso, el demandante no ha realizado el trámite correspondiente para protocolizar el silencio administrativo positivo, por lo que no podría afirmar válidamente que existe un silencio administrativo positivo, de igual forma, el demandante presentó su solicitud cuando el plazo del contrato se encontraba vencido, así mismo, la entidad contestó de manera oportuna la petición del demandante sobre el pago de las facturas FE4 y FE5, con lo cual se desvirtúa la supuesta configuración del silencio administrativo positivo.

Por otro lado, el Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre el silencio administrativo positivo en materia de contratación estatal, así:



“No obstante, la figura del silencio administrativo positivo no fue concebida por el legislador para subsanar o convalidar situaciones irregulares ni para instituir a favor del contratista derechos inexistentes, pues las actuaciones enmarcadas en él deben ajustarse al principio de legalidad, dado que no son ajenas a este, como tampoco al deber de obrar bajo los postulados de la buena fe, principio expuesto en el artículo 83 de la Constitución Política y exigible en la actividad contractual del Estado y de los particulares, en la cual no basta con la buena fe subjetiva, sino que debe atenderse al principio de la buena fe objetiva. En ese sentido, es claro que la figura del silencio administrativo positivo no está prevista para dar cabida a cualquier pretensión del contratista,.....”<sup>1</sup>

Conforme lo anterior, tenemos que una vez finalizado el proceso de incumplimiento del contrato, está claro que el contratista no tiene derecho al pago de las facturas mencionadas en este hecho, por cuanto estos valores no fueron ejecutados dentro del plazo del contrato.

**Frente al hecho décimo:** ES CIERTO PARCIALMENTE, en efecto la administración distrital declaró el incumplimiento parcial del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019 mediante la Resolución No. 4182.010.21.0.146 del 11 de diciembre de 2020 y decidió hacer efectiva la cláusula penal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del acto administrativo.

Igualmente es cierto que se ordenó en su artículo sexto que una vez ejecutoriada la resolución se comunicara a la Cámara de Comercio correspondiente y a la Procuraduría General de la Nación.

Lo que no es cierto es que la administración distrital “*sorpresivamente*” haya declarado el incumplimiento parcial, ya que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, aplicó lo previsto en la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, el cual contempla el procedimiento que deben adelantar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento, así como imponer multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal. El proceso administrativo sancionatorio inició con el informe de interventoría del 18 de noviembre de 2020, que detalló los reiterados incumplimientos del contrato y que hizo inviable la ejecución del contrato de interventoría, en lo sucesivo

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección A, radicación número: 250002326000200800107 01 (41442), tres (3) de abril de dos mil veinte (2020), Ponente: María Adriana Marín.

se adelantó conforme lo indica el artículo del Estatuto Anticorrupción.

En el curso de este procedimiento se le garantizó al demandante el derecho de defensa y el debido proceso, lo cual consta en los diferentes documentos que se produjeron durante el mismo, que se aportan al presente escrito, tales como, citaciones, audiencias, descargos, solicitudes y respuestas a requerimientos, tanto de la parte demandante, como de la aseguradora que expidió la póliza de cumplimiento que amparaba el contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019.

**Frente al hecho décimo primero:** ES CIERTO PARCIALMENTE, lo transcrito por el demandante corresponde a uno de los argumentos esgrimidos por la Administración en la parte motiva del acto administrativo que declaró el incumplimiento parcial, pero no es la única motivación de la administración, como hábilmente lo quiere hacer ver el actor, en el informe de supervisión de fecha 18 de noviembre de 2020 y en el acto administrativo se puede ver en detalle los argumentos que justificaron la decisión del ente territorial.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar que lo narrado en este hecho, fue ampliamente debatido dentro del proceso de incumplimiento del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019, por lo que en la Resolución No. 4182.010.21.0.146 del 11 de diciembre de 2020, que declaró el incumplimiento parcial, el Distrito de Cali argumentó de manera técnica el tema de la siguiente manera:

**“FRENTE AL CONTRATO DE OBRA No. 4182.010.26.1.357-2019**

**1. ENTREGAR COPIA DE LAS CARTERAS DE TOPOGRAFÍA DEL RECIBO DE TODOS LOS TRAMOS DE LA TUBERÍA INSTALADA. SOLICITUD REITERADA Y EVIDENCIADA EN EL ÚLTIMO COMITÉ TÉCNICO DEL 13/OCT/2020:**

Se hace claridad al apoderado del ingeniero Ballesteros, que las carteras de topografía corresponden a los niveles de la tubería tomadas al momento de su instalación, con equipo de precisión, verificando la pendiente de cada tubo y su correcto alineamiento que cumpla con los diseños entregados por EMCALI. Esta verificación en terreno la hace la interventoría con su propia comisión de topografía, y es el adecuado procedimiento para recibir los tramos ejecutados por el contratista de obra y validar el pago de la actividad en la respectiva Acta.

El no contar con esa información, solicitada al Interventor en forma reiterada por la Supervisión, ha sembrado un manto de duda si efectivamente este procedimiento se hizo. De ahí que el

ingeniero supervisor de EMCALI ha solicitado hacer apique en el intermedio de cada tramo (espacio entre dos cámaras de inspección) de la tubería instalada, para verificar si se ha mantenido la pendiente, y en caso de hallarse contrapendientes se debe corregir reinstalando la tubería, lo cual implica volver a excavar y rellenar de nuevo.

Teniendo en cuenta que la interventoría siempre ha asegurado que la tubería la recibió porque hizo la verificación del caso y está bien instalada, la UAESP intervino ante EMCALI asegurándoles que podemos trasladarles las carteras cuando nos la entregue el Interventor para posteriormente hacer las pruebas de revisión de la tubería que estipula el contrato del CONSORCIO SANEAR, y que en la CLAUSULA SEGUNDA: ACTIVIDADES ESPECIFICAS Y/O ALCANCE DEL CONTRATO se refiere a la descripción de actividades a ejecutar: Capítulo 5 – OBRAS COMPLEMENTARIAS. Ítem 5.6 – REVISION CON CAMARA DE VIDEO ALCANTARILLADO PARA ENTREGA A EMCALI EICE ESP.

A la fecha del presente acto administrativo el interventor no ha hecho de la entrega de las carteras de topografía de todos los tramos instalados de tubería para que EMCALI reciba la tubería y nos permita el empalme del sistema de alcantarillado construido al colector urbano administrado y operado por esta empresa de servicios públicos.

**Se aclara que tanto el contratista CONSORCIO SANEAR y la interventoría, siempre han tenido conocimiento del papel que desempeña EMCALI E.I.C.E ESP en la obra de construcción de la red de alcantarillado de las veredas Atenas y Pilas del Cabuyal, corregimiento Los Andes.**

Veamos:

Contrato No. 4182.010.26.1.357-2019:

Punto 2 de las consideraciones: ...Teniendo en cuenta que la cámara final de este alcantarillado se conectará a la cámara del alcantarillado de la ciudad, Emcali EICE ESP hará interventoría a la obra, ya que una vez se termine la obra, este será el operador del servicio. El trazado del proyecto se muestra en la gráfica No. 1. Para la ejecución de la obra, el contratista recibirá los planos existentes del diseño y que fueron aprobados por Emcali EICE ESP. (pág. 5).

Contrato No. 4182.010.26.1.360-2019:

Clausula Tercera: Obligaciones específicas: 1) REALIZAR INTERVENTORÍA A LA OBRA DE CONSTRUCCIÓN ALCANTARILLADO ATENAS-PILAS DEL CABUYAL: ...Teniendo en cuenta que la cámara final de este alcantarillado se conectará a la cámara del alcantarillado de la ciudad, Emcali EICE ESP hará interventoría a la obra, ya que una vez se termine la obra, este será el operador del servicio. El trazado de la Fase 1 se muestra en la gráfica No. 1. Para la ejecución de la obra, el contratista recibirá los planos existentes del diseño y que fueron aprobados por Emcali.

(pág. 6).

## **2. AJUSTES AL DISEÑO DEL RAMAL ALCANTARILLADO SECTOR ALTO CABECERA ATENAS.**

La Supervisión mediante el oficio del 23 de octubre de 2020 y complementado con el correo electrónico del 24 de octubre de 2020, dirigidos al interventor James Orobio Ballesteros, le solicita requerir los ajustes pertinentes (al Contratista de Obra) de los diseños del ramal en consideración, teniendo en cuenta lo que dice el Contrato del CONSORCIO SANEAR en la CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, en las Obligaciones relacionadas con los diseños, planos y estudios técnicos, en el numeral 9.88 indica que: "...La responsabilidad por las adecuaciones, complementaciones, ajustes y/o modificaciones a los diseños, planos, estudios técnicos y/o especificaciones de construcción será asumida por el Contratista y no tendrá costo por parte del Municipio".

Podemos evidenciar que la comunicación fue dirigida al Interventor y tiene como fin recordar que existe en el contrato del CONSORCIO SANEAR una cláusula que obliga al contratista de obra a hacer los ajustes a los diseños sin recibir pago por ello.

## **3. REALIZAR AJUSTES AL ACTA No. 3 DEL CONTRATISTA DE OBRA.**

Frente a los 6 puntos solicitados a la interventoría para su ajuste, a la fecha del presente acto administrativo no se corrigieron los siguientes:

1. Afirma la interventoría que excluyó del Acta algunos tramos de tubería que estaba cobrando el Contratista pero olvidó excluir actividades que son posteriores a la instalación de la tubería y no se pueden pagar por adelantado.
2. Se solicitó a la interventoría explicar en el ítem 2.8 Retiro de material de excavación con cargue en volqueta a mano-EN BANCO-..., porque en la memoria de cálculo suministrada por el Contratista, la cantidad de obra en metros cúbicos la afecta con un porcentaje de expansión del 30% cuando la descripción del ítem dice todo lo contrario. Esta corrección posteriormente fue aceptada por el Contratista y representó mermar la cantidad ejecutada en 251 M3 y disminuir el valor del Acta en \$11.987.964, lo que evidencia una clara deficiencia por parte de la interventoría, la cual solo fue corregida gracias a la revisión realizada por la supervisión.
3. Se hace observación a la interventoría sobre la estructura del pavimento a reponer porque con las cantidades de obra cobrada en el Acta no se tiene en cuenta las características aprobadas por la Secretaria de Infraestructura en el Permiso de Rotura.
4. Se solicita a la interventoría explicación el por qué no hay correspondencia lógica entre las cantidades de obra acumuladas de excavación y los rellenos. Una diferencia considerable denota una mala liquidación que va en detrimento de los recursos del Estado.
5. Se le solicita a la interventoría presentar detalle de las cantidades de tubería domiciliaria

ejecutada y su ubicación, y no solo entregar un dato global. Fuera de que esta información es importante para la UAESP, lo es también para el operador del servicio que será EMCALI, el cual requiere la información y ubicación de los usuarios conectados.

6. Se pide aclaración de la forma en que se paga el Acta 03, teniendo en cuenta el Adicional que se le acaba de hacer al Contrato de Obra.

El incumplimiento de la interventoría ocurre en su mayor proporción sobre la interventoría del contrato de obra No. Contrato No. 4182.010.26.1.357-2019, construcción de alcantarillado de la vereda Atenas, cuando no entregó la totalidad de los documentos que acrediten la instalación de la tubería, ni los demás con las observaciones solicitadas por la supervisión UAESP, ni atendió directriz para que el contratista hiciera los ajustes a uno de los ramales, produciendo un efecto altamente negativo sobre la terminación de la obra y la entrega a EMCALI, como administrador y operador del sistema, lo que conlleva que esta empresa no haya autorizado hasta ahora la continuidad de los trabajos. Estos problemas con efectos presupuestales, ambientales, sociales y de salubridad, determinan que el incumplimiento debe hacerse sobre la obra de Atenas como uno de los frentes incumplido por la interventoría. Esto sin contar con los incumplimientos presentados frente a las actas de liquidación de los contratos de consultoría sobre los cuales igualmente ejerció interventoría.” (Subrayado fuera del texto).

Por otro lado, no es cierto que al contratista del contrato de obra No. 4182.010.26.1.357-2019, se le haya cancelado la totalidad del mismo, para dar mayor claridad al despacho se describen los informes de supervisión expedidas en la ejecución contractual así:

- Informe de supervisión No. 01 del 12 de diciembre de 2019, el cual autorizó un pago por valor de \$427.692.669
- Informe de supervisión No. 02 del 02 de marzo de 2020, el cual autorizó un pago por valor de \$427.692.669.
- Informe de supervisión No. 03 del 15 de diciembre de 2020, el cual autorizó un pago por valor de \$570.256.890.

Al presente escrito se aportan los citados informes de supervisión del contrato de obra con sus respectivos soportes.

No obstante lo anterior, tenemos que estos 3 pagos constituyen el valor inicial del contrato de obra que equivale a la suma de \$1.425.642.229, sin embargo este contrato fue adicionado en la suma de \$712.815.700 mediante modificación No. 05, el cual no

fue pagado al contratista, por cuanto no se ejecutó.

**Frente al hecho décimo segundo:** Es cierto, según lo consignado en la Resolución No. 4182.010.21.0146 del 11 de diciembre de 2020. (Anexo 12 de la demanda).

**Frente al hecho décimo tercero:** Es cierto, según lo consignado en la Resolución No. 4182.010.21.0146 del 11 de diciembre de 2020. (Anexo 12 de la demanda).

**Frente al hecho décimo cuarto:** Es cierto, según se desprende de los anexos de la demanda, concretamente en la Resolución No. 4182.010.21.0.155 del 21 de diciembre de 2020. (Anexo 13 de la demanda).

**Frente al hecho décimo quinto:** Es cierto, según se desprende de los anexos de la demanda, concretamente en la Resolución No. 4182.010.21.0.155 del 21 de diciembre de 2020. (Anexo 13 de la demanda).

**Frente al hecho décimo sexto:** Es cierto, según se desprende de los anexos de la demanda, (Anexo 14 de la demanda).

**Frente al hecho décimo séptimo:** Es cierto, según se desprende de los anexos de la demanda. (Anexo 15 de la demanda).

**Frente al hecho décimo octavo:** Es cierto, según se desprende de los anexos de la demanda. (Anexo 19 de la demanda).

**Frente al hecho décimo noveno:** No es cierto, la cláusula penal se hizo efectiva en la resolución No. 4182.010.21.0.146 del 11 de diciembre de 2020 en la suma de \$28.694.393, la comunicación No. 202141820100041541 del 29 de noviembre de 2021 se relaciona con la liquidación del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019.

**Frente al hecho vigésimo:** No es un hecho, son afirmaciones subjetivas del actor, no me constan las manifestaciones que componen este punto y en tal medida, deberán ser acreditadas fehacientemente por el demandante, pues es sobre quien recae la carga probatoria, conforme a lo estipulado en el artículo 103 del CPACA.

Por otro lado, en las pretensiones de la demanda no se reclama ningún valor por concepto de perjuicios, lo cual se reitera no se encuentran probado.

**Frente al hecho vigésimo primero:** No me pronunciaré sobre este hecho, en razón a que la pretensión de nulidad de los actos administrativos (Resolución 4182.010.21.0.146 de 11 de diciembre de 2020 y la Resolución 4182.010.21.0.155 del 21 de diciembre de 2020), fue objeto de desistimiento por parte del demandante y aceptado por el Juzgado mediante auto interlocutorio de fecha 13 de febrero de 2023, mediante el cual se admitió la demanda.

**Frente al hecho vigésimo segundo:** Es cierto, según se desprende de los anexos de la demanda.

#### IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

##### 1. COBRO DE LO NO DEBIDO

En el caso que nos ocupa, el actor pretende que se declare el reconocimiento y pago de los valores correspondientes a las facturas FE 4 por valor de \$107.502.000 y la factura FE 5 por valor de \$158.251.302, no obstante lo anterior, la parte actora en su demanda se encuentra reclamando valores que mi representada no está obligada a reconocer, de acuerdo a las consideraciones que paso a explicar, en concordancia con lo explicado en este escrito frente a las pretensiones 4 y 5 de la demanda.

Como se anotó anteriormente, el Distrito de Santiago de Cali realizó la vigilancia del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1-360-2019, a través de un supervisor que hace parte de la planta de cargos de la Unidad Administrativa de Servicios Públicos Municipales, en ejercicio de esta supervisión realizó diversos requerimientos al demandante James Orobio Ballesteros, en su calidad de interventor del contrato de obra No. 4182.010.26.1-357-2019.



En el informe de supervisión de fecha 18 de noviembre de 2020 que dió origen al procedimiento administrativo sancionatorio, se detallan estos requerimientos de la siguiente manera:

#### SOLICITUDES DE LA SUPERVISIÓN DIRIGIDAS A LA INTERVENTORIA

SOLICITUD DE LA SUPERVISION	RESPUESTA	CONCEPTO DE LA SUPERVISION	CONSECUENCIAS
Entregar copia de las carteras de topografía del recibo de todos los tramos de la tubería instalada. Solicitud reiterada y evidenciada en el último Comité Técnico del 13/oct/2020	El interventor entrega el 5/nov/2020 el documento denominado BITACORA VEREDA ATENAS	Se recibe información parcial correspondiente solo a los tramos desde la cámara 44 a la 55. No entrega información de los tramos trabajados desde la cámara 37 a la 44, ni de los tramos desde la cámara 105 hasta la 132. A pesar que el Interventor afirma que ha recibido a conformidad la instalación de la tubería, haciendo chequeo con equipo de precisión, deja planteada la duda de si esto es cierto, ya que no presenta la totalidad de las carteras de nivel de la instalación, siendo que se ha solicitado reiteradamente.	El no entregar la información solicitada no permite que la supervisión de EMCALI valide las pruebas con trazadores y la revisión con la cámara robótica para recibir la instalación de la tubería. Y proceder luego a permitir el empalme del alcantarillado de Atenas al colector urbano operado por EMCALI.
Realizar ajustes al diseño del ramal de alcantarillado del sector alto de la cabecera Atenas. Solicitud requerida mediante oficio del 23/oct/2020 y complementada con el correo electrónico del 24/oct/2020	Ninguna	El hecho del Interventor de no responder ni evidenciar la entrega de la directriz al Contratista de Obra, no permite conocer cual es la posición y argumento del CONSORCIO SANEAR ante la solicitud. Se evidencia incumplimiento de las obligaciones contractuales del interventor.	No tener el ajuste a los diseños del alcantarillado que atraviesa el predio del señor Karl Narjes para descargar al colector principal sobre la vía asfaltada, produce atraso en el cronograma de ejecución de la obra y demora en la construcción del ramal del alcantarillado que busca conectar las viviendas de un sector de la parte alta de la cabecera de Atenas.

Realizar ajustes al Acta No. 3 presentada por el CONSORCIO SANEAR en las cantidades ejecutadas acumuladas de obra. Solicitud requerida mediante correo electrónico el 22/oct/2020 y reiterada mediante otro correo el 26/oct/2020	Reenvía Cuenta del Contratista con ajustes parciales sin dar respuesta y justificación a todos los puntos solicitados.	El no responder todas las inquietudes señaladas por la supervisión, obliga a la devolución de la Cuenta No. 3 del Consorcio SANEAR. Decisión notificada mediante correo electrónico del 11/nov/2020 A pesar que el Interventor y el Contratista de Obra cuentan con tiempo para hacer los ajustes respectivos y entregar los documentos faltantes, para presentar la cuenta de cobro en el mes de noviembre, no lo han hecho de nuevo.	El no cumplir la interventoría con las obligaciones contractuales de revisar detalladamente el Acta de obra, las memorias de cálculo de las cantidades ejecutadas, las planillas de seguridad social del equipo mínimo ofertado por el Contratista de Obra, y todos los demás documentos que hacen parte de la Cuenta de Cobro, conlleva demora en el desembolso de los pagos y por ende consecuencias de índole financiera para el desarrollo normal del proyecto.
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tales requerimientos no fueron debidamente atendidos por el señor Orobio Ballesteros, recordemos que en virtud del contrato de interventoría, al demandante le correspondía realizar esta función sobre varios contratos estos son:

- Contrato de consultoría No. 4182.0.10.26.1.356-2019 - Objeto: *“Realizar estudios geológicos, geomorfológicos, geotécnicos y diseños de obras de mitigación para la infraestructura de alcantarillado en la zona rural de Cali”*. El interventor deberá conceptuar técnicamente sobre el cumplimiento del alcance contractual y cada una de las obligaciones específicas realizadas por el contratista. Contratista: GESTION – ASESORIA Y DISEÑO DE PROYECTOS SAS.
- Contrato de consultoría No. 4182.0.10.26.1.361-2019 – Objeto: *“Realizar un estudio con alcance de diseños para la construcción de la red de alcantarillado de las veredas Santa Helena – corregimiento Felidia y El Porvenir – corregimiento La Leonera”*. CONTRATISTA: CONSORCIO LEONERA JR.
- Contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.386-2019- Objeto: *“Construir obras de optimización PTAR y alcantarillado secundario Campoalegre de la zona rural del Municipio de Santiago de Cali”*. CONTRATISTA: CONSTRUYENDO CALI 6.
- Contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019 – Objeto: “Construir el sistema de alcantarillado de la vereda Atenas y Pilas del Cabuyal, corregimiento Los Andes”. CONTRATISTA: CONSORCIO SANEAR.

Señora Juez, llegó a tal punto los reiterados incumplimientos del contratista que fue necesario agotar un procedimiento administrativo sancionatorio cuya regulación se encuentra en la Ley 1474 de 2011, con el fin de analizar los incumplimientos del contratista y evaluar si había lugar a aplicar alguna sanción.

Para efectos de analizar en detalles los motivos que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento, es necesario extraerlos del acto administrativo que así lo declaró, fueron básicamente tres aspectos:

**“FRENTE AL CONTRATO DE OBRA No. 4182.010.26.1.357-2019**

**1. ENTREGAR COPIA DE LAS CARTERAS DE TOPOGRAFÍA DEL RECIBO DE TODOS LOS TRAMOS DE LA TUBERÍA INSTALADA. SOLICITUD REITERADA Y EVIDENCIADA EN EL ÚLTIMO COMITÉ TÉCNICO DEL 13/OCT/2020:**

Se hace claridad al apoderado del ingeniero Ballesteros, que las carteras de topografía corresponden a los niveles de la tubería tomadas al momento de su instalación, con equipo de precisión, verificando la pendiente de cada tubo y su correcto alineamiento que cumpla con los diseños entregados por EMCALI. Esta verificación en terreno la hace la interventoría con su propia comisión de topografía, y es el adecuado procedimiento para recibir los tramos ejecutados por el contratista de obra y validar el pago de la actividad en la respectiva Acta.

El no contar con esa información, solicitada al Interventor en forma reiterada por la Supervisión, ha sembrado un manto de duda si efectivamente este procedimiento se hizo. De ahí que el ingeniero supervisor de EMCALI ha solicitado hacer apique en el intermedio de cada tramo (espacio entre dos cámaras de inspección) de la tubería instalada, para verificar si se ha mantenido la pendiente, y en caso de hallarse contrapendientes se debe corregir reinstalando la tubería, lo cual implica volver a excavar y rellenar de nuevo.

Teniendo en cuenta que la interventoría siempre ha asegurado que la tubería la recibió porque hizo la verificación del caso y está bien instalada, la UAESP intervino ante EMCALI asegurándoles que podemos trasladarles las carteras cuando nos la entregue el Interventor para posteriormente hacer las pruebas de revisión de la tubería que estipula el contrato del CONSORCIO SANEAR, y que en la CLAUSULA SEGUNDA: ACTIVIDADES ESPECIFICAS Y/O ALCANCE DEL CONTRATO se refiere a la descripción de actividades a ejecutar: Capítulo 5 – OBRAS COMPLEMENTARIAS. Ítem 5.6 – REVISION CON CAMARA DE VIDEO ALCANTARILLADO PARA ENTREGA A EMCALI EICE ESP.

A la fecha del presente acto administrativo el interventor no ha hecho de la entrega de las carteras de topografía de todos los tramos instalados de tubería para que EMCALI reciba la

tubería y nos permita el empalme del sistema de alcantarillado construido al colector urbano administrado y operado por esta empresa de servicios públicos.

**Se aclara que tanto el contratista CONSORCIO SANEAR y la interventoría, siempre han tenido conocimiento del papel que desempeña EMCALI E.I.C.E ESP en la obra de construcción de la red de alcantarillado de las veredas Atenas y Pilas del Cabuyal, corregimiento Los Andes.**

Veamos:

Contrato No. 4182.010.26.1.357-2019:

Punto 2 de las consideraciones: ...Teniendo en cuenta que la cámara final de este alcantarillado se conectará a la cámara del alcantarillado de la ciudad, Emcali EICE ESP hará interventoría a la obra, ya que una vez se termine la obra, este será el operador del servicio. El trazado del proyecto se muestra en la gráfica No. 1. Para la ejecución de la obra, el contratista recibirá los planos existentes del diseño y que fueron aprobados por Emcali EICE ESP. (pág. 5).

Contrato No. 4182.010.26.1.360-2019:

Clausula Tercera: Obligaciones específicas: 1) REALIZAR INTERVENTORÍA A LA OBRA DE CONSTRUCCIÓN ALCANTARILLADO ATENAS-PILAS DEL CABUYAL: ...Teniendo en cuenta que la cámara final de este alcantarillado se conectará a la cámara del alcantarillado de la ciudad, Emcali EICE ESP hará interventoría a la obra, ya que una vez se termine la obra, este será el operador del servicio. El trazado de la Fase 1 se muestra en la gráfica No. 1. Para la ejecución de la obra, el contratista recibirá los planos existentes del diseño y que fueron aprobados por Emcali. (pág. 6).

## **2. AJUSTES AL DISEÑO DEL RAMAL ALCANTARILLADO SECTOR ALTO CABECERA ATENAS.**

La Supervisión mediante el oficio del 23 de octubre de 2020 y complementado con el correo electrónico del 24 de octubre de 2020, dirigidos al interventor James Orobio Ballesteros, le solicita requerir los ajustes pertinentes (al Contratista de Obra) de los diseños del ramal en consideración, teniendo en cuenta lo que dice el Contrato del CONSORCIO SANEAR en la CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, en las Obligaciones relacionadas con los diseños, planos y estudios técnicos, en el numeral 9.88 indica que: "...La responsabilidad por las adecuaciones, complementaciones, ajustes y/o modificaciones a los diseños, planos, estudios técnicos y/o especificaciones de construcción será asumida por el Contratista y no tendrá costo por parte del Municipio".

Podemos evidenciar que la comunicación fue dirigida al Interventor y tiene como fin recordar que

existe en el contrato del CONSORCIO SANEAR una cláusula que obliga al contratista de obra a hacer los ajustes a los diseños sin recibir pago por ello.

### **3. REALIZAR AJUSTES AL ACTA No. 3 DEL CONTRATISTA DE OBRA.**

Frente a los 6 puntos solicitados a la interventoría para su ajuste, a la fecha del presente acto administrativo no se corrigieron los siguientes:

1. Afirma la interventoría que excluyó del Acta algunos tramos de tubería que estaba cobrando el Contratista pero olvidó excluir actividades que son posteriores a la instalación de la tubería y no se pueden pagar por adelantado.
2. Se solicitó a la interventoría explicar en el ítem 2.8 Retiro de material de excavación con cargue en volqueta a mano-EN BANCO-..., porque en la memoria de cálculo suministrada por el Contratista, la cantidad de obra en metros cúbicos la afecta con un porcentaje de expansión del 30% cuando la descripción del ítem dice todo lo contrario. Esta corrección posteriormente fue aceptada por el Contratista y representó mermar la cantidad ejecutada en 251 M3 y disminuir el valor del Acta en \$11.987.964, lo que evidencia una clara deficiencia por parte de la interventoría, la cual solo fue corregida gracias a la revisión realizada por la supervisión.
3. Se hace observación a la interventoría sobre la estructura del pavimento a reponer porque con las cantidades de obra cobrada en el Acta no se tiene en cuenta las características aprobadas por la Secretaria de Infraestructura en el Permiso de Rotura.
4. Se solicita a la interventoría explicación el por qué no hay correspondencia lógica entre las cantidades de obra acumuladas de excavación y los rellenos. Una diferencia considerable denota una mala liquidación que va en detrimento de los recursos del Estado.
5. Se le solicita a la interventoría presentar detalle de las cantidades de tubería domiciliaria ejecutada y su ubicación, y no solo entregar un dato global. Fuera de que esta información es importante para la UAESP, lo es también para el operador del servicio que será EMCALI, el cual requiere la información y ubicación de los usuarios conectados.
6. Se pide aclaración de la forma en que se paga el Acta 03, teniendo en cuenta el Adicional que se le acaba de hacer al Contrato de Obra.

El incumplimiento de la interventoría ocurre en su mayor proporción sobre la interventoría del contrato de obra No. Contrato No. 4182.010.26.1.357-2019, construcción de alcantarillado de la vereda Atenas, cuando no entregó la totalidad de los documentos que acrediten la instalación de la tubería, ni los demás con las observaciones solicitadas por la supervisión UAESP, ni atendió directriz para que el contratista hiciera los ajustes a uno de los ramales, produciendo un efecto altamente negativo sobre la terminación de la obra y la entrega a EMCALI, como administrador y operador del sistema, lo que conlleva que esta empresa no haya autorizado hasta ahora la continuidad de los trabajos. Estos problemas con efectos presupuestales, ambientales, sociales y de salubridad, determinan que el incumplimiento debe hacerse sobre la obra de Atenas como uno de los frentes incumplido por la interventoría. Esto sin contar con los incumplimientos

presentados frente a las actas de liquidación de los contratos de consultoría sobre los cuales igualmente ejerció interventoría.” (Subrayado fuera del texto).

Posteriormente, mediante Resolución No. 4182.010.21.0.155 del 21 de diciembre de 2020, se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra que declaró el incumplimiento, de la cual se destaca el tema de los incumplimientos a cargo del contratista:

“1. ENTREGAR COPIA DE LAS CARTERAS DE TOPOGRAFÍA DEL RECIBO DE TODOS LOS TRAMOS DE LA TUBERÍA INSTALADA. SOLICITUD REITERADA Y EVIDENCIADA EN EL ÚLTIMO COMITÉ TÉCNICO DEL 13/OCT/2020

Esta obligación si corresponde al objeto de la interventoría, por cuanto es responsabilidad del Interventor hacer seguimiento, vigilar y controlar al contratista de obra para hacer cumplir las especificaciones de obra. Además, la interventoría debía contar con los profesionales y técnicos requeridos para cumplir con el objeto contractual. La interventoría siempre aseguró que tuvo el personal idóneo para verificar esta actividad y que contaba con la información con la cual recibió a satisfacción los trabajos entregados por el Contratista de Obra. De no haber sido así, no se entiende cómo la interventoría pudo permitir la instalación de una tubería con medios artesanales de nivelación y chequearla de la misma forma, sin dejar evidencias que comprobaran que se cumplió con lo establecido en el diseño y que los valores resultantes se encontraban dentro del rango permitido.

Podemos observar que la interventoría entregó información de la instalación de tubería de alcantarillado correspondiente a 11 tramos de los 44 trabajados por el Contratista de obra, faltando por entregar la cartera de nivelación de 33 tramos, sin embargo ante la solicitud del ingeniero supervisor de EMCALI EICE ESP de presentar las carteras topográficas de la instalación de la tubería, tanto el contratista de obra como la interventoría siempre manifestaron que la tenían y estaban dispuestos a entregarlas. En las reuniones previas al reinicio de la obra, es decir al 24 de agosto de 2020, y en varias ocasiones posteriores, manifestaron que harían la entrega a la semana siguiente, dilatando de esta manera la entrega de las carteras topográficas. Posteriormente el Interventor entrega un informe con datos parciales como se observa en el cuadro, sin entregar la información completa de todos los tramos de la tubería instalada, y de nuevo se le reitera al Interventor que EMCALI EICE ESP requiere la información completa, motivo por el cual la supervisión dio plazo perentorio para la entrega definitiva de este documento.

Por este motivo se consideró que el interventor incumplió con su deber, pues al no entregar las carteras topográficas de la tubería instalada en su totalidad afectó el proyecto de manera significativa pues estas debían ser remitidas a la supervisión de EMCALI.

## 2. AJUSTES AL DISEÑO DEL RAMAL ALCANTARILLADO SECTOR ALTO CABECERA ATENAS

Efectivamente no es responsabilidad de la interventoría realizar el ajuste al diseño como tantas veces se ha explicado y así se desprende de la comunicación del 23 de octubre de 2020 dirigida al Interventor, el alcance del requerimiento realizado al interventor Ballesteros, estaba dirigido a que debía darse cumplimiento a la Cláusula Novena del contrato de Obra 4182.0.10.26.1.357-2019 - Obligaciones del Contratista y que en el numeral 9.88 establece que *“La responsabilidad por las adecuaciones, complementaciones, ajustes y/o modificaciones a los diseños, planos, estudios técnicos y/o especificaciones de construcción será asumida por el Contratista y no tendrá costo por parte del Municipio”*. Era obligación del interventor trasladar este requerimiento al Contratista de Obra para que hiciera los ajustes del caso y correspondía a la interventoría realizar el seguimiento y la revisión de los ajustes cumpliendo su papel de interventor.

En 14 días transcurridos desde la comunicación del 23 de octubre hasta el 6 de noviembre fecha de terminación de la última prórroga del contrato de la interventoría, no hubo ninguna objeción ni solicitud de aclaración sobre el oficio enviado. Y no hay evidencia que hubiera trasladado el requerimiento al Contratista de Obra.

## 3. REALIZAR AJUSTES AL ACTA No. 3 DEL CONTRATISTA DE OBRA

Frente a lo anterior debemos manifestar que la interventoría nunca respondió las observaciones planteadas en el correo de la supervisión del 22 de octubre de 2020, ni le brindó a la UAESPM las aclaraciones solicitadas por la Supervisión, motivo por el cual la Entidad procedió a devolver la cuenta del contratista Consorcio Sanear, por falta de respuesta y por no realizar la entrega completa de los documentos requeridos para proceder al pago.

Le correspondió a la UAESPM ante el silencio guardado por el interventor James Orobio Ballesteros frente a las observaciones planteadas al acta No. 3 y una vez vencido el plazo de ejecución del contrato de interventoría, realizar la tarea de requerir al contratista de obra para que ajustara la mencionada acta y, fue el contratista de obra quien respondió las observaciones realizadas, lo que indica que no fue gracias a la gestión de la interventoría que se logró el ajuste del acta No. 3 para su correspondiente pago, sino que esto se debió a la gestión que realizó la Entidad ante la omisión del ingeniero Ballesteros, pues el acta No. 3 inicialmente avalada por el en calidad de interventor, requería de varios ajustes sin los cuales no hubiera procedido el pago. Tenemos entonces que la solicitud de las carteras de topografía, requerir los ajustes al diseño del ramal alcantarillado sector alto cabecera Atenas y responder a la supervisión las observaciones al Acta de obra No. 3 para completar los documentos necesarios para dar trámite a la cuenta de pago del Consorcio Sanear, no las ejecuto el Interventor dentro del plazo establecido para la ejecución del contrato de interventoría, esto es hasta el 06 de noviembre de 2020 y finalizo el



termino de ejecución sin que diera cumplimiento a las mismas, por lo que lo pertinente ahora es proceder a la confirmación de la resolución No. 4182.010.21.0.146 de 11 de diciembre de 2020, así como a la liquidación del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019.”

En efecto, la Unidad Administrativa de Servicios Públicos Municipales actuando en defensa de los intereses del Distrito, los recursos públicos y en especial la consecución de los fines esenciales del Estado, como es en este caso garantizar un servicio de alcantarillado para la población rural de las veredas Atenas y Pilas del Cabuyal y ante los sistemáticos incumplimientos del contratista decidió declarar el incumplimiento parcial del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.386-2019, haciendo efectiva la cláusula penal por valor de \$28.694.393.

Habiendo quedado en firme este último acto administrativo, el demandante en un acto que escapa a la buena fe, decidió radicar las facturas No. FE 4 y FE 5, cuando se había decidido con suficiente justificación que el demandante no tenía derecho a reclamar estos valores.

Es evidente señor Juez, a todas luces que las sumas reclamadas por el actor en su demanda constituyen COBRO DE LO NO DEBIDO, por cuanto no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, lo cual afectó de manera considerable la ejecución del contrato de obra, por lo que la decisión de la administración al declarar el incumplimiento parcial, es legal, se encuentran ajustadas a derecho y tales actos administrativos expedidos dentro del procedimiento administrativo sancionatorio se encuentran revestidos de la presunción de legalidad, lo que los hace plenamente aplicables, por lo tanto el ente territorial no estaría llamado a responder por el pago de estas sumas de dinero.

Por tal razón, ruego señor juez se desestimen las pretensiones del demandante y se declare probada esta excepción.

## **2. INEXISTENCIA DEL DERECHO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL DISTRITO**

El proceso administrativo sancionatorio se inició y adelantó respetando los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del contratista incumplido. Para adelantar el proceso se citó al contratista y a la compañía aseguradora, tal como lo establece el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Las Resoluciones No

4182.010.21.0.146 de 2020 y 4182.010.21.0.155 de 2020, se expidieron con fundamento en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011; adicional a lo anterior, dichos actos administrativos fueron proferidos por funcionario competente, respetando el derecho de audiencia y defensa y se fundamentaron en el comprobado incumplimiento del señor JAMES OROBIO BALLESTEROS, a las obligaciones pactadas en el contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019.

El procedimiento administrativo sancionatorio se inició por solicitud de la supervisión del contrato, en atención a sus requerimientos e informes de supervisión que daban cuenta de los reiterados incumplimientos del contratista, esta potestad conforme a la cual actuó el supervisor es propia de su función, en tal sentido, el supervisor actuó con plena facultad en el proceso sancionatorio, en atención a las responsabilidades que le asistían como tal.

Como consecuencia de lo dispuesto en el numeral anterior del presente escrito, al haberse probado y declarado el incumplimiento al demandante, no existe jurídicamente algún derecho a favor del contratista, así como tampoco una obligación a cargo del Distrito Especial de Santiago de Cali, como quiera que la entidad canceló oportunamente al señor James Orobio Ballesteros lo verdaderamente ejecutado del contrato de interventoría.

Señora Juez, en el presente caso estamos frente a una inexistencia del derecho para el demandante, no nació a la vida jurídica, porque como se explicó anteriormente, al haberse declarado el incumplimiento por parte de la entidad contratante y haberse hecho efectiva la cláusula penal, no hay lugar al pago de las sumas reclamadas en las pretensiones No. 4 y 5 de la demanda, por cuanto en el acto administrativo que se tomó esta decisión no existe orden de algún pago a favor del contratista.

Esta decisión de la administración, se reitera, se tomó una vez se agotó el debido proceso previsto en la Ley 1474 de 2011 y los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y fuerza ejecutoria, es decir que produce efectos jurídicos.

### 3. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

El artículo 1498 del Código Civil establece que los contratos de carácter conmutativo o sinalagmático son aquellos en los cuales cada una de las partes se obliga frente a la otra a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que ésta debe dar o hacer su a vez.

Así las cosas y teniendo en cuenta que este tipo de relaciones negociales se funda en la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, lo que se procura es mantener el equilibrio y la simetría de los intereses de cada una de ellas, para lo cual se han creado algunos mecanismos que pueden ser empleados ante un incumplimiento contractual.

El artículo 1.609 del Código Civil dispone 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”

Se trae a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre este tema en particular en el cual se expuso lo siguiente:

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. (...) No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil.

2. El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es

conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.”<sup>2</sup>

En efecto, al haberse establecido esta excepción en un mecanismo de defensa que puede ser esgrimido por cualquiera de las partes integrantes del contrato, en la que uno de los contratantes deja de cumplir lo pactado, mientras que el otro no se allane a cumplir su parte.

En virtud de lo dispuesto, en el artículo 1609 transcrito en un contrato bilateral el contratante no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando el contratista incumplió las suyas.

Así las cosas, el Distrito no se encuentra incumplido en sus obligaciones contractuales, ya que está probado que cumplió con lo pactado en el contrato de interventoría, inclusive con los pagos que reflejaron lo efectivamente ejecutado. En este sentido, tenemos que el contrato de interventoría generó obligaciones recíprocas para las partes, por lo que el demandante no podría reclamar el incumplimiento del Distrito sobre el pago de las sumas reclamadas en las pretensiones, ya que está probado que el mismo actor es quien incumplió sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo desarrollado en el proceso administrativo sancionatorio.

#### **4. GENÉRICA O INNOMINADA**

Solicito declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el curso del proceso, siempre que exima al Distrito de Santiago de Cali, incluidas las de caducidad y prescripción.

### **V. FRENTE A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA**

En este punto, el apoderado de la parte demandante reitera los argumentos expuestos tanto en los hechos como en las pretensiones, los cuales han quedado desvirtuados uno a uno a lo largo de la presente contestación, sin embargo, es necesario precisar al

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado Radicación número: 73001-23-31-000-1997-14722-01(25131), Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

Despacho que en este acápite en varias oportunidades se afirma que el Distrito Especial de Santiago de Cali declaró la caducidad del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.360-2019, lo cual no corresponde a la realidad por cuanto la decisión de la administración en el proceso administrativo sancionatorio fue declarar el incumplimiento parcial del contrato, valga decir que son figuras distintas, con efectos jurídicos muy diferentes.

La caducidad constituye la sanción más drástica en materia de contratación estatal, la cual se encuentra reglada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, con requisitos propios para su configuración, lo que tienen en común con la declaratoria de incumplimiento, es que se tramitan a través del proceso administrativo sancionatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

## VI. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito decretar y tener como pruebas las siguientes:

Las que se aportan se encuentran en el siguiente link:  
[https://drive.google.com/drive/u/1/folders/1IKE3Z4mvzF27Ne\\_geY8XsxxHK8Nj6CwK](https://drive.google.com/drive/u/1/folders/1IKE3Z4mvzF27Ne_geY8XsxxHK8Nj6CwK)

1. Póliza de seguro de cumplimiento de entidad estatal No. 45-44-101107502 expedida por Seguros del Estado S.A y su respectiva aprobación.
2. Acta de suspensión No. 01 del 16 de abril de 2020.
3. Acta de reanudación No. 01 del 24 de agosto de 2020
4. Informe de supervisión No. 01 del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019 de fecha 19 de diciembre de 2019, con sus respectivos soportes
5. Informe de supervisión No. 02 del contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019 de fecha 27 de diciembre de 2019, con sus respectivos soportes.
6. Expediente sistema SECOP I – Contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019.
7. Expediente sistema SECOP I – Contrato de interventoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019.
8. Oficio No. JOB-084-2020.

9. Oficio radicado 202041820100024301 del 6 de noviembre de 2020, en respuesta al oficio No. JOB-084-2020.
10. Proceso de incumplimiento contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360.2019 en relación con el contrato de obra 4182.010.26.1.360.2019

#### REQUERIMIENTOS A LA INTERVENTORIA

- a. Acta 4182.010.26.1.6 Comité técnico contrato de obra
- b. Acta 4182.010.26.1.7 Comité técnico contrato de obra
- c. Acta 4182.010.26.1.5 Comité técnico contrato de obra
- d. Acta 4182.010.26.1.11 Comité técnico contrato de obra
- e. Comunicación de la supervisión del 29 de octubre de 2020 Incumplimiento entregar Carteras Topográficas instalación tubería
- f. Comunicación de la supervisión del 23 de octubre de 2020. Realizar ajustes al diseño ramal Casilda
- g. Correo electrónico de fecha 22 de octubre de 2020 - Solicitud de Supervisión Cuenta 3
- h. Correo electrónico de fecha 26 de octubre de 2020 - se reitera dar respuesta escrita a solicitud supervisión.
- i. Correo electrónico de fecha 11 de noviembre de 2020 -Correo Devolución Cuenta 3 Obra No. 357 Consorcio SANEAR
- j. Oficio No. JOB-094-2020: Oficio respuesta a oficio - 360 ATENAS

#### PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

- k. Citación al contratista y alcance (Radicados 202041820100025231 y 202041820100025391)
- l. Citación a la aseguradora y alcance (Radicados 202041820100025201 y 202041820100025381)
- m. Informe de supervisión presunto incumplimiento en contrato de consultoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019. (Radicado 202041820100012544).
- n. Resolución No. 4182.010.21.0.141 (diciembre 01 de 2020) por medio del cual se ordena el saneamiento de un vicio de forma dentro de un proceso administrativo sancionatorio.
- o. Saneamiento del Informe de presunto incumplimiento en contrato de

consultoría No. 4182.0.10.26.1.360-2019. (Radicado  
202041820100013314 del 1 de diciembre de 2020.

11. Correo electrónico de fecha 6 de noviembre de 2020, remite modificación No. 05 al contrato de interventoría.
12. Correos electrónicos que gestionan la prórroga del contrato de interventoría previo al vencimiento final.
13. Comunicación con radicado No. 202141820100000761 del 28 de enero de 2021
14. Oficio No. JOB- 111-2020 remite factura No. FE4 y el correo electrónico que radica este oficio ante la supervisión del contrato de interventoría de fecha 22 de diciembre de 2020.
15. Oficio No. JOB- 112-2020 remite factura No. FE5 y el correo electrónico que radica este oficio ante la supervisión del contrato de interventoría de fecha 22 de diciembre de 2020.
16. Comunicación con radicado No. 201941820100026421 del 16 de octubre de 2019.
17. Oficio consecutivo 3120828682019 del 25 de octubre de 2019 (EMCALI)
18. Memorando 312.1-DI-01917.17 del 20 de octubre de 2017
19. Informe de supervisión No. 01 del 12 de diciembre de 2019 del contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019.
20. Informe de supervisión No. 02 del 02 de marzo de 2020 del contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019.
21. Informe de supervisión No. 03 del 15 de diciembre de 2020 del contrato de obra No. 4182.0.10.26.1.357-2019.

## TESTIMONIALES

1. Se solicita citar y hacer comparecer al ingeniero civil Francisco Bonilla Hurtado, Profesional Especializado de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales del Distrito Especial de Santiago de Cali, quien fungió como supervisor del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019, a fin de que deponga en general sobre la ejecución del contrato a cargo del demandante, específicamente en lo que tiene que ver con el contrato de obra No. 4182.010.26.1.357-2019, los incumplimientos atribuidos al contratista, el proceso



administrativo mediante el cual se sancionó al demandante.

2. Se solicita citar y hacer comparecer al ingeniero civil Milton Suárez Aragonés, contratista de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales del Distrito Especial de Santiago de Cali, quien fungió como apoyo técnico a la supervisión del contrato de interventoría No. 4182.010.26.1.360-2019, a fin de que deponga en general sobre la ejecución del contrato a cargo del demandante, específicamente en lo que tiene que ver con el contrato de obra No. 4182.010.26.1357-2019, los incumplimientos atribuidos al contratista, el proceso administrativo mediante el cual se sancionó al demandante.

## **VII. LLAMAMIENTO EN GARANTIA**

En escrito separado a esta contestación de demanda se está efectuando llamamiento en garantía de la Sociedad ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA y las Coaseguradoras CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en caso de presentarse una condena patrimonial en contra del ente territorial.

## **VIII. ANEXOS**

Adjunto a la presente contestación, cada uno de los documentos relacionados en el acápite de pruebas documentales.

1. Poder a mi conferido y sus respectivos anexos.

## **IX. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Como fundamentos de derecho invoco el artículo 172, 175 y 199 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

## X. NOTIFICACIONES

El señor Alcalde Distrital puede ser notificado en su despacho, ubicado en el tercer piso del Centro Administrativo Municipal CAM, Torre Alcaldía.

Buzón correo electrónico: [notificacionesjudiciales@cali.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cali.gov.co)

Las que a mi corresponden, las recibiré en el CAM, Torre Alcaldía, piso noveno, jurídica de la Alcaldía en mi calidad de apoderada judicial del Distrito de Santiago de Cali.

Buzón correo electrónico: [diana.paz@cali.gov.co](mailto:diana.paz@cali.gov.co).

Respetuosamente,



DIANA PAZ VELASCO

Apoderada Distrito de Santiago de Cali

C.C. 34.315.694 de Popayán

T.P. 132.087 del Consejo Superior de la Judicatura